ISSN 1678-5029
seer.ufrgs.br/ppgdir

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS

Volume VII | Número 1 | Ano 2012

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS

ISSN 1678-5029

Volume VII | Número 1 | Ano 2012

seer.ufrgs.br/ppgdir

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Reitor: Carlos Alexandre Netto
Vice-Reitor: Rui Vicente Oppermann
FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Danilo Knijnik
Vice-Diretor: Carlos Klein Zanini

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Coordenador:
Humberto Bergmann Ávila
Coordenador Substituto:
José Alcebíades de Oliveira Júnior

Editor-Chefe
José Alcebíades de Oliveira Júnior

Coordenador do Volume
José Alcebíades de Oliveira Júnior

Acadêmico Responsável
Wagner Silveira Feloniuk

Secretária Executiva
Rosmari de Azevedo

Colaborador Executivo
Anderson de Lima Kovalsky

Conselho Editorial
Alvaro Sanchez Bravo
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Vladmir Oliveira Silveira

Editores
Lucas Gerhardt Gavronski
Marcos Pascotto Palermo
Wagner Silveira Feloniuk

Avaliadores

Alfredo de J. Flores	UFRGS
Andressa Fracaro Cavalheiro	UFRGS
Antonio Nedel	
Augusto Jaeger Junior	UFRGS
Camila Vicenci Fernandes	UFRGS
Carlos Magno Spricigo Venerio	
Cecilia Caballero Lois	
Claudia Lima Marques	UFRGS
Claudia Maria Barbosa	
Cleyson de Moraes Mello	
Eduardo Kochenborger Scarparo	UFRGS
Eugenia Cristina Nilsen Ribeiro Barza	
Eugenio Battesini	UFRGS
Evandro Menezes de Carvalho	
Gisele Guimarães Cittadino	
Guilherme Boff	UFRGS
Gustavo Castagna Machado	UFRGS
Igor Danilevicz	UFRGS
Klaus Cohen Koplin	UFRGS
Leandro do Amaral D. de Dorneles	UFRGS
Leonardo Rocha Souza	UFRGS
Lisiane Feiten Wingert Ody	UFRGS
Luciane Cardoso Barzotto	UFRGS
Lucio Machado Almeida	UFRGS
Luiz Felipe Silveira Difini	UFRGS
Marcelo Schenk Duque	UFRGS
Maria Goretti Dal Bosco	
Marta Marques Avila	UFRGS
Rafael Da Cás Maffini	UFRGS
Sérgio Mattos	UFRGS
Tupinambá Pinto de Azevedo	UFRGS

Capa , Projeto Gráfico, e Editoração
Anderson de Lima Kovalsky

A revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito é a publicação virtual e livremente acessível do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, compreendendo o Doutorado e o Mestrado, apresenta como peculiaridade o transpasse, em suas quatro áreas de concentração (Direito Privado, Direito Público, Teoria do Direito e Direito Internacional) de uma mesma idéia nuclear, sintetizada na expressão "Fundamentos da Experiência Jurídica". Em torno dessa idéia se agrupam as três linhas de pesquisa agora propostas, a saber: Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica; Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica; e Fundamentos da Integração Jurídica.

A opção por essa linha transversal – expressa na idéia de "fundamentos da experiência jurídica", a ligar as várias áreas do conhecimento jurídico e projetos institucionais e individuais de pesquisa, encontra justificativa nos planos histórico e metodológico.

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Professores Permanentes

ALFREDO DE JESUS DAL MOLIN FLORES
Doutor em Direito pela Universitat de Valencia, UV, Espanha

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Professor Notório Saber em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
AUGUSTO JAEGER JUNIOR
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
CARLOS KLEIN ZANINI
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
CESAR VITERBO MATOS SANTOLIM
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
CLAUDIA LIMA MARQUES
Doutora em Direito pela Universitat Heidelberg (Ruprecht-Karls), R.K.U.H.*, Alemanha
DANIEL FRANCISCO MITIDIERO
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
DANILO KNIJNIK
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
FABIO MOROSINI
Doutor em Direito Internacional pela University of Texas at Austin
HUMBERTO BERGMANN ÁVILA
Doutor em Direito pela Universidade de Munique, LMU, Alemanha
JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JÚNIOR
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
LUCIANE CARDOSO BARZOTTO
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná
LUÍS AFONSO HECK
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
LUIS FERNANDO BARZOTTO
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
MARTHA LUCÍA OLIVAR JIMENEZ
Doutora em Direito pela Université Robert Schuman Strasbourg III, U.STRASBOURG III, França

Professores Colaboradores

CARLOS SILVEIRA NORONHA
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
LEANDRO AMARAL DORNELES DE DORNELES
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
PETER WALTER ASHTON
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
RAFAEL DA CÁS MAFFINI
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Contato

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Faculdade de Direito UFRGS - Av. João Pessoa, 80 - 2º Andar
90040-000 Porto Alegre RS
Fones:(51) 3308-3306 - 3308-3280 / Fax:(51) 3316-3987
E-mail: ppgd@ufrgs.br
Site: www.ufrgs.br/ppgd
Site da revista: www.seer.ufrgs.br/ppgdir

C122 Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS – vol. 7 n. 1 (2012). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003-
Semestral
ISSN 1678-5029

1. Direito – Periódicos I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CDD 34(05)

CIP – Brasil. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação.
(Jaqueline Trombin – Bibliotecária responsável CRB10/979)

SUMÁRIO

Prefácio

Artigos

CORRUPÇÃO: O PAPEL DOS CONTROLES EXTERNOS – TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL. UMA ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA **09**

Cesar Santolim

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO: considerações preliminares. **23**

Rogério Gesta Leal

PANORAMA JURÍDICO SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS DE GUERRA E AMBIENTAIS **49**

Caroline D. Bender D'Avila
Luísa Zuardi Niencheski

O ICMS-ECOLÓGICO: CRITÉRIOS LEGAIS **73**

Matheus Linck Bassani

A "GUERRA FISCAL" E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA **97**

Juliana Gilioli

A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRESSUPOSTO À CONSAGRAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: UM ENSAIO SOBRE O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA **117**

Paula Gigante Viana

A CONFIGURAÇÃO DA IGUALDADE PELA PROTEÇÃO AO EMPREGADO: RECONHECENDO DIFERENÇAS EM BUSCA DA JUSTIÇA **135**

Dartagnan Ferrer dos Santos

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT IMPOSTAS PELA LEI 12.551/2011 **147**

Fernanda Dalla Valle

PRINCIPAIS INOVAÇÕES JURÍDICAS DA NOVA DISCIPLINA CONCORRENCIAL BRASILEIRA **165**

Andressa Caroline Schneider

REVISITANDO O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DECLARATÓRIA DA SENTENÇA E A COISA JULGADA **179**

Jonathan Doering Darcie

O COMBATE AOS CARTÉIS COMO PARTE DE UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO INTERNACIONAL **201**

Rafael Rott de Campos Velho

O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E NO JUDICIAL REVIEW NORTE-AMERICANO: UM ESTUDO COMPARADO **223**

Isabella Karla Lima dos Santos

ESTUDO SOBRE AS OPINIÕES CONSULTIVAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL: A (IM)POSSIBILIDADE DE CIRCULAÇÃO DA PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA **245**

Joséli Fiorin Gomes

A RELAÇAO ENTRE DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL - A ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS **269**

Iris Saraiva Russowsky

Prefácio

Em meio ao clima de euforia vivido na UFRGS por conta da posição de destaque alcançada no último ranking universitário nacional e latino-americano, primeiro lugar no IGC, que inclui a média ponderada dos Conceitos Preliminares de Curso (CPC) e os conceitos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), responsável por avaliar os programas de pós-graduação das instituições, temos o prazer de lançar o primeiro número dos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS em versão on–line, eletrônica, retomando assim o ciclo virtuoso dessa importante revista.

Tratam-se, com essa iniciativa, para além dos objetivos naturais de oferecer um veículo qualificado para o escoamento da produção jurídica local, nacional e internacional, de adentrarmos na pós-modernidade, tempo no qual a velocidade e a acessibilidade às informações científicas se tornam essenciais e urgentes.

Atenta às orientações da CAPES, a dimensão eletrônica de nossa revista nasce tomando em conta os indicativos do "Qualis Periódicos" para atingir, em tempo recorde, o padrão "A" de excelência. Nesse sentido, caminhou o nosso edital inaugural para o recebimento de artigos, em nível nacional e internacional, trazendo consigo não só um cuidado muito especial com a endogenia, mas, sobretudo, estabelecendo como requisito básico para a aceitação dos artigos e a possibilidade de sua publicação, a aplicação da denominada "dupla revisão cega", executada por pesquisadores das mais variadas regiões do país.

Igualmente, os Cadernos procurarão manter entre às suas exigências, que os artigos publicados possuam relevância acadêmica e interesse social, em meio a um respeito às linhas de pesquisa do PPGD, fruto de transformações estruturais no Curso levadas a efeito no ano de 2007, e que implantaram (1) preocupações teórico-filosóficas com a experiência jurídica, (2) preocupações dogmáticas com a experiência jurídica e, (3) preocupações com os fundamentos da integração jurídica, internacionalização dos direitos e mercados comuns.

Neste primeiro número, pois, apresentamos três blocos principais de discussões:

Primeiramente, três artigos com uma visão interdisciplinar, que associam reflexões teóricas e práticas interessantes sobre o tema da corrupção e da questão dos hoje denominados refugiados ambientais, situações inerentes ao que alguns autores denominam de sociedade do risco, temos (1) do prof. Cesar Santolim, CORRUPÇÃO: O PAPEL DOS CONTROLES EXTERNOS – TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL. UMA ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA; (2) do Prof. Rogério Leal, FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; e (3) de Caroline Bender D. D'Avila e Luíza Niencheski, PANORAMA JURÍDICO SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS DE GUERRA E AMBIENTAIS.

Em segundo lugar, apresentamos discussões mais propriamente relacionadas à nossa linha de fundamentos dogmáticos da experiência jurídica, sendo então (4) de Matheus Linck Bassani, O ICMS ECOLÓGICO: CRITÉRIOS LEGAIS; (5) de Juliana Gillioli, A "GUERRA FISCAL" E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA; (6) de Paula Gigante Viana, A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRESSUPOSTO À CONSAGRAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: UM ENSAIO SOBRE O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA; (7) de Dartagnan Ferrer dos Santos, A CONFIGURAÇÃO DA IGUALDADE PELA PROTEÇÃO AO EMPREGADO: RECONHECENDO DIFERENÇAS EM BUSCA DA JUSTIÇA; (8) de Fernanda Dalla Valle, CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT IMPOSTAS PELA LEI 12.551/2011; (9) de Andressa Caroline Schneider, PRINCIPAIS INOVAÇÕES JURÍDICAS DA NOVA DISCIPLINA CONCORRENCIAL BRASILEIRA; e (10) de Jonathan Doering Darcie, REVISITANDO O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DECLARATÓRIA DA SENTENÇA E A COISA JULGADA.

Em terceiro lugar, apresentamos quatro trabalhos envolvendo a área de integração e direito internacional e que abordam os seguintes temas: (11) de Rafael Rott de Campos Velho, O COMBATE AOS CARTÉIS COMO PARTE DE UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO INTERNACIONAL; (12) de Isabella Karla Lima dos Santos, O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E NO JUDICIAL REVIEW NORTE-AMERICANO: UM ESTUDO COMPARADO; (13) de Joseli Fiorin Gomes, ESTUDO SOBRE AS OPINIÕES CONSULTIVAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL: A (IM)POSSIBILIDADE DE CIRCULAÇÃO DA PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA; (14) e de Iris Saraiva Russowski, A RELAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL - A ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA AO SISTEMA DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.

Enfim, agradecemos o apoio da coordenação do Curso, dos professores, dos alunos, especialmente ao Wagner Silveira Feloniuk, e da secretaria, especialmente ao Anderson de Lima Kovalsky, bem como aos avaliadores "ad hoc", desejando a todos os possíveis interessados pela revista, um excelente proveito com a leitura dos textos.

Porto Alegre, 24 de dezembro de 2012.

Prof. Dr. Humberto Ávila
Coordenador do PPGDir-UFRGS

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Coordenador Substituto do PPGDir-UFRGS
Editor Chefe

Mestrando Wagner Silveira Feloniuk
Mestrando Lucas Gerhardt Gavronski
Mestrando Marcos Pascotto Palermo
Editores Colaboradores

CORRUPÇÃO: O PAPEL DOS CONTROLES EXTERNOS – TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL. UMA ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA

CORRUPTION: EXTERN CONTROL ROLES – TRANSPARENCY AND SOCIAL CONTROLE. A LAW AND ECONOMICS ANALYSIS

Professor Cesar Santolim

Sumário: 1. O controle externo. 2. Corrupção. 3. Transparência e controle social. 4. As estruturas dos órgãos de controle externo. 5. A corrupção na percepção da "*Criminal Law and Economics*". 6. Os Tribunais de Contas no Brasil e o combate à corrupção. Conclusão.

Resumo: É propósito deste artigo tratar das estruturas de controle administrativo/parlamentar ("órgãos de controle externo"), com suas particularidades, dando ênfase à solução que corresponde à tradição constitucional brasileira, e avaliar sobre a capacidade destas instituições serem eficientes no combate à corrupção.

Palavras-chave: Corrupção; controles externos; transparência; tribunal de contas; direito e economia.

Abstract: *The purpose of this article is to study the administrative control structures / parliamentarian ("external control organs"), with its particularities, emphasizing the Brazilian constitutional traditional solution, and evaluate the ability of these institutions to be effective against corruption.*

Keywords: *corruption; external control; transparency; audit office; law and economics.*

1 O CONTROLE EXTERNO

O controle dos atos da administração pública pode ser feito de diversas formas, que variam segundo cada sistema político-jurídico. Fundamentalmente, se reconhece[1] a existência de três campos específicos para essa atividade (administrativo, parlamentar e judiciário), correspondendo, *lato sensu*, a tripartição clássica de Poderes, no Estado Constitucional.

Na realidade, e especialmente quando se trata do combate à corrupção, estas formas de controle interagem, seja porque há expressa previsão nesse sentido, na estrutura jurídica[2], seja porque, por razões operacionais, se torna conveniente um trabalho de cooperação.

---

[1] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 564.

[2] No Brasil, por exemplo, o § 1º do artigo 74 da Constituição Federal vincula os responsáveis pelo controle interno (que é administrativo) a dar ciência de irregularidades ao Tribunal de Contas (que efetua controle administrativo/parlamentar). Já as decisões dos Tribunais de Contas de que resulte débito ou multa têm eficácia de título executivo, que dá suporte à uma ação judicial (controle judiciário).

Também não se pode desconsiderar que há níveis intermediários de exercício do poder estatal, mediando a tripartição clássica, o que permite cogitar de competências para o controle distribuídas entre outros órgãos (agências reguladoras, Ministério Público, Tribunais de Contas, Auditorias e Controladorias-Gerais, organismos de investigação policial, entre outros).

Neste contexto de pluricontrole (às vezes, redundante), a designação "órgãos de controle externo" tem sido reservada às instituições cuja atribuição precípua (ou até exclusiva) é a fiscalização do uso dos recursos públicos pela Administração[3].

Parece certo que uma característica do Estado Constitucional [4] democrático é exatamente o controle do poder.

Robert DAHL, em "Sobre a Democracia" [5], ao analisar quais seriam os critérios de um processo democrático (participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos), assim define o quarto critério, a partir da perspectiva de um grupo (dos "maiores proprietários", minoritário, nos termos do segundo critério) que se pretenda impor, do ponto de vista de seus interesses:

> "Eles apresentam uma solução criativa: uma constituição que corresponderia satisfatoriamente aos três primeiros critérios, e que, até esse ponto, pareceria plenamente democrática. No entanto, para anular esses critérios, propõem exigir que nas reuniões gerais os membros pudessem apenas discutir e votar sobre questões já incluídas no programa por uma comissão executiva; a participação nesse comitê executivo está aberta apenas aos maiores proprietários. Controlando o programa de governo, essa minúscula "igrejinha" teria a certeza de que a associação jamais atuará contra seus interesses, porque jamais permitirá qualquer proposta que se mostre contrária a seus interesses".

[3] Veja-se, a propósito, o site da INTOSAI (International Organisation of Supreme Audit Institutions): www.intosai.org.

[4] Por "Estado Constitucional" entende-se a noção de Joaquim José Gomes CANOTILHO: "O **Estado constitucional** é "mais" que o Estado de direito. O elemento democrático não foi introduzido apenas para "travar" o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*)..." (**in** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

[5] Brasília: Editora UnB, 2001, p. 52.

Não há maior "programa de planejamento" do que aquele definido pelas peças orçamentárias (no Brasil, Leis do Plano Plurianual – PPA –, de Diretrizes Orçamentárias – LDO – e Orçamentária Anual – LOA), que tratam exatamente sobre o uso dos recursos públicos, cujo controle é feito precipuamente pelos órgãos de controle externo. Assim, o controle dos recursos públicos (receitas e gastos) é uma das formas mais efetivas de controle do poder estatal, e é condição para a manutenção da democracia. É possível afirmar, sem grande receio de equívoco, que não há política pública relevante que se possa executar sem a utilização de recursos públicos, de modo que a fiscalização sobre o correto uso destes mesmos recursos é decisiva na determinação do funcionamento do poder do Estado.

2 CORRUPÇÃO

Já a corrupção é definida por Gianfranco PASQUINO como "fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troco de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutural estatal..." [6]. Logo, os mecanismos de controle externo da Administração Pública desempenham um papel fundamental no combate à corrupção, pois que a maior ou menor eficiência destes mecanismos será fator determinante (embora não o único) para que os níveis de corrupção sejam também maiores ou menores. E a existência de corrupção implica no desperdício de recursos (públicos e privados) que poderiam ser alocados em atividades geradoras de maior bem-estar social. Daí a importância econômica de sua redução (para além de razões de ordem estritamente moral).

O Brasil está classificado (2011) na 73ª posição no ranking da Transparência Internacional sobre percepção de corrupção (entre 183 países), com um índice

[6] Verbete "corrupção" **in** *Dicionário de Política*, 9ª ed., Brasília: UnB, 1997, p. 285.

correspondendo a 3,8 (em uma escala de 0 – altamente corrupto – a 10 – altamente livre de corrupção) [7].

3 TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL

Como já foi dito, entre os critérios que definem o processo democrático estão a "participação efetiva" e o "entendimento esclarecido" [8], e nenhum dos dois critérios pode ser plenamente satisfeito sem a observância do princípio da transparência e da existência de controle social.

A "transparência" (que é a qualidade dos objetos que se deixam atravessar pela luz, permitindo que se veja, com nitidez, o que está do outro lado) tem fundamentos político (no ideal democrático, proporcionando um novo *status* à cidadania), jurídico (princípio constitucional implícito, relativo ao dever do Estado de mostrar-se em forma e conteúdo) e social (pois é condição para o controle social efetivo)[9]. Coloca-se, portanto, como uma dimensão tanto do Estado de Direito como da Democracia, princípios imanentes à nossa ordem constitucional.

Joaquim José Gomes CANOTILHO[10] lembra que, além de um modo "positivo" para justificar a democracia ("Fórmula de Lincoln": governo do povo, pelo povo e para o povo), há outro ("negativo", ou "Fórmula de Popper": forma ou técnica processual de seleção e destituição pacífica de dirigentes). Segundo o autor português *"a justificação da democracia*

[7] Dados obtidos no site "http://www.transparency.org/cpi2011/results", em 10/11/2012.
[8] Ainda segundo Robert DAHL, op. cit., p. 49: por *participação efetiva* se deve entender que "antes de ser adotada uma política pela [associação], todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política" e por *entendimento esclarecido* que "dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências".
[9] Para uma melhor compreensão sobre a noção de transparência veja-se *"O Princípio da Transparência e o Direito Fundamental à Informação Administrativa"*, de Evandro T. HOMERCHER (Porto Alegre: Padre Reus, 2009).
[10] *Op. cit.*, p. 291.

em termos negativos e basicamente procedimentais pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania". É por isso, segundo o mesmo autor, que *"essa compreensão do princípio democrático como princípio de controle tem sido agitada em tempos recentes a propósito da limitação temporal de mandatos em cargos eletivos ('problema dos dinossauros políticos') e da capacidade de resposta do sistema político-constitucional à corrupção política".*

Esta proximidade entre a noção de transparência e o enfrentamento da corrupção, pela valorização de uma justificação negativa do princípio democrático[11], ganha ainda mais evidência quando se destaca que, sob a perspectiva de seu fundamento social, a transparência é requisito para um efetivo controle social da Administração Pública. Somente quem está adequadamente informado pode realizar controle, pois não se pode controlar o desconhecido. Para que os integrantes de uma sociedade, de forma individual ou coletiva, possam de fato monitorar aquilo que, em sua representação, é realizado pelos governantes, é preciso que as ações administrativas sejam transparentes, isto é, permitam que se identifique, com nitidez, o seu objeto. Neste sentido, há vários mecanismos disponíveis, alguns deles alçados à proteção constitucional (liberdade de expressão e informação, liberdade de associação, liberdade de manifestação do pensamento, princípios constitucionais da publicidade e da legalidade – estes, quanto à Administração Pública, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal), dentre os quais está o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

A entrada em vigor, no Brasil, da Lei Complementar nº 131/2009 (apelidada de "Lei da Transparência Fiscal") é uma evidência desta relação. Muito embora já se pudesse encontrar na Lei Complementar nº 101/2000 ("Lei da Responsabilidade pela Gestão Fiscal") alguns elementos indicadores da importância do controle social sobre as ações da

[11] Não há Democracia sem controle, ainda que a afirmação, a primeira vista, pareça paradoxal, quando se sabe que a Democracia é tida como o "regime das liberdades". Mas, de fato, não há mesmo "liberdade" sem uma estrutura normativa que preceda as escolhas. Logo, não há "liberdade" sem controle. Acerca do assunto: BERLIN, Isaiah (*"Dos Conceptos de Libertad"*, **in** *"Cuatro Ensayos sobre La Libertad"*, versão de Julio BAYÓN, Madrid: Alianza Editorial, 1998).

Administração Pública (artigo 48), com as modificações introduzidas em 2009 o tratamento jurídico do tema ganhou nova dimensão. Não somente foram explicitadas novas formas de efetivação do princípio da transparência como foi mantida a competência dos Tribunais de Contas para aferição sobre o cumprimento destas medidas, e que decorre do contido no artigo 59 da já referida LC nº 101/2000.

Ainda mais recentemente, a Lei nº 12.527/2011 ("Lei de Acesso a Informações") igualmente veio a reforçar a efetividade dos valores relacionados com a noção de transparência.

4 AS ESTRUTURAS DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

Há dois grandes grupos que contêm os principais órgãos de controle externo, considerando os modelos político-jurídicos no cenário europeu, norte e latino americano e da Oceania:

a) países que adotam um órgão central de controle de recursos públicos (*Australian National Audit Office*, na Austrália, *General Accounting Office*, nos EUA, *National Audit Office*, no Reino Unido, *Office of the Auditor General*, no Canadá, *Auditoría General de la Nación*, na Argentina, *Controloría General de la República*, na Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Peru, Venezuela, Panamá, *Rigsrevisionen*, na Dinamarca, entre outros);

b) países que adotam uma corte (modelo judicialiforme) para o controle externo (França, Finlândia, Espanha, Uruguai, Portugal, Bélgica, Itália, Áustria e Brasil – pela ordem cronológica de criação dos respectivos Tribunais –, também entre outros)[12].

Dentro de cada grupo, há importantes variações (maior ou menor autonomia dos órgãos centrais de controle e dos Tribunais, vinculação estrutural ao Poder Executivo, ao

[12] Para um melhor detalhamento sobre o tema, veja-se *"O Controle da Gestão Pública"*, de Helio Saul MILESKI (2ª ed., revisada, atualizada e aumentada. Belo Horizonte: Forum, 2011)

Poder Legislativo – como ocorre no Brasil – ou, até, ao Poder Judiciário – art. 214 da Constituição Portuguesa).

A tradição constitucional brasileira é a da vinculação dos Tribunais de Contas ao Poder Legislativo. Desde a criação do Tribunal de Contas da União (Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890), todas as Constituições republicanas do Brasil registram os Tribunais de Contas como órgão de existência necessária, destinado ao controle dos recursos públicos, e vinculado estruturalmente ao Poder Legislativo. Apesar desta vinculação, os Tribunais de Contas, de fato, no atual modelo constitucional, constituem o que se convencionou chamar de "categoria intermédia" entre os poderes (assim como, por exemplo, o Ministério Público, que, apesar de vinculado estruturalmente ao Poder Executivo, conserva sua autonomia administrativa, financeira e funcional).

A autonomia dos Tribunais de Contas vem realçada com a norma (§§ 3º e 4º do artigo 73 da Constituição Federal) que garante aos seus membros (Ministros, Conselheiros e Auditores, Substitutos de Ministros e Conselheiros) as garantias, prerrogativas e os impedimentos dados aos membros do Poder Judiciário, o que assegura um elevado grau de independência nas suas ações. Ainda que predomine o critério político na composição da estrutura superior destes órgãos[13] (o que, diga-se de passagem, também é característica dos Tribunais Superiores, no Poder Judiciário), a existência destas garantias e prerrogativas protege os membros dos Tribunais de Contas (e, essencialmente, protege a própria sociedade, que é a destinatária final da sua atividade) quanto à pressões políticas, pois, uma vez empossados, os membros dos Tribunais de Contas são vitalícios e inamovíveis.

[13] Dos nove Ministros do Tribunal de Contas da União, seis são escolhidos pelo Congresso Nacional e três pelo Presidente da República, sendo, destes, um de sua livre escolha e os outros dois de listas tríplices, elaboradas pelo próprio Tribunal, e compostas de Auditores, Substitutos de Ministros, e de integrantes do Ministério Público que atua junto ao TCU, respectivamente; dos sete Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, quatro são escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Governador do Estado, com critério semelhante ao do TCU: um é de livre escolha e os outros dois vêm de listas tríplices, elaboradas pelo próprio Tribunal, e compostas de Auditores, Substitutos de Conselheiros, e de integrantes do Ministério Público que atua junto ao TCU

5 A CORRUPÇÃO NA PERCEPÇÃO DA "CRIMINAL LAW AND ECONOMICS"

A abordagem do "Direito e Economia"[14] acerca da corrupção a vê mais como um problema de incentivos e organização do que como de moral pública ou de normas[15]. A corrupção é tratada como uma "atividade mútua": uma transação onde os negociantes são, ao mesmo tempo, vendedores e compradores, e as partes são conduzidas pelo seu próprio interesse (privado) ao invés do "interesse público". Isso não necessariamente implica em "indignidade moral", mas apenas significa que o desenho das organizações governamentais precisa compensar estes incentivos privados, se quiser estar protegido contra o oportunismo e a exploração. Sob a perspectiva dos seus custos sociais, o dano causado pela corrupção pode ser dividido em dois componentes: o "dano institucional" (que repercute na baixa reputação da Administração Pública) e o "dano efetivo" (por exemplo, o que decorre de não ser contratada uma obra pública pelo seu valor correto, diante de superfaturamento decorrente da existência de corrupção).

Um dado importante, nesta análise, é o de que a corrupção é, via de regra, um modelo de três partes: exige o acordo entre um elemento que integra a Administração Pública com outro, fora dela. Os benefícios deste acordo são partilhados entre estas duas partes as expensas do erário (terceira parte), e, mediatamente, da sociedade.

Como assinala Roger Bowles, ao tratar dos "custos da corrupção", é possível identificar quatro situações: *rent-seeking costs*, custos para a vítima, custos na antecipação do crime e custos do sistema de justiça criminal. Os três últimos são facilmente constatáveis, muito embora, assinala este mesmo autor, em se tratando de corrupção os custos para a vítima (no caso, o erário) são substancialmente mais difusos do que quando se está diante de outra

[14] A disciplina de "Law and Economics" ("Direito e Economia") é uma das mais importantes abordagens teóricas no pensamento norte-americano, desde a segunda metade do século passado. Hoje repercute também no pensamento europeu e latino-americano. Recentes trabalhos publicados no Brasil traduzem esta expansão (cite-se a tradução da obra de Robert COOTER e Thomas ULEN – "Direito & Economia", Porto Alegre, Bookman: 2010 –, e os trabalhos organizados por Bruno Meyerhof SALAMA – "Direito e Economia – Textos Escolhidos", São Paulo: Saraiva, 2010 – e por Luciano Benetti TIMM – "Direito e Economia no Brasil", São Paulo: Atlas, 2012 –).

[15] BOWLES, Roger, *"Corruption"*, **in** *"Criminal Law and Economics",* Encyclopedia of Law and Economics, vol. 3, 2ª ed., Nuno GAROUPA (ed.), Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2009.

forma de ação criminosa (furto, roubo ou lesão pessoal). Se alguém corrompe um servidor público para antecipar-se a outros indivíduos na prestação de um serviço (concessão de um documento, por exemplo), o prejuízo é suportado, na realidade, por todos os demais indivíduos que foram preteridos por essa antecipação, muito embora o serviço, na realidade, devesse ser prestado, de outra maneira. Menos óbvios são os custos dos "agentes de corrupção" (*rent-seeking costs*), mas nem por isso menos importantes. Tanto o "corrupto" quanto o "corruptor" tem que dedicar parte dos seus "ganhos" com a corrupção para proteger os seus interesses. Como as transações feitas em situação de corrupção são ilegais, não é dado aos "negociadores" se valerem das formas de proteção que o sistema jurídico outorga ao cumprimento dos contratos, o que significa que estas garantias deverão ser obtidas de outras maneiras. Altos custos de transação, aqui, podem funcionar como mecanismo eficiente de desestímulo à corrupção.

6 OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Ao estabelecer, no seu artigo 71, que "o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União", a Constituição Federal fixou as competências deste órgão, aplicáveis aos demais Tribunais de Contas do país, nos termos do artigo 75 do mesmo texto constitucional:

> "...
>
> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
>
> III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem

> como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
>
> IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
>
> V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
>
> VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
>
> VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
>
> VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
>
> IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
>
> X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
>
> XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Apenas a primeira das competências fixadas no texto constitucional coloca os Tribunais de Contas na condição de órgãos de auxílio ao Poder Legislativo (e quem "presta auxílio", em situação particular, não é "auxiliar", que é condição permanente). No exercício desta competência, é onde menos se revela a possibilidade concreta do enfrentamento da corrupção, exceto quando se tratar de um quadro sistêmico. É que, aqui, as Cortes de Contas se limitam a uma manifestação (favorável ou desfavorável) acerca da globalidade das contas de cada Gestor Público (no caso, chefes do Poder Executivo), onde a identificação de situações de corrupção somente serão consideradas se puderem ser vistas como perpassando, genericamente, todas as ações da Administração.

Já nos demais casos, quando os Tribunais de Contas exercem suas competências com exclusividade (daí se constituírem nas instituições principais no controle externo dos recursos públicos), as Cortes de Contas podem se valer de políticas de combate à corrupção,

considerando, fundamentalmente, a ideia de que o aumento nos custos de transação dos partícipes das atividades de corrupção é fator determinante na redução dos seus índices.

No julgamento dos responsáveis por *"dinheiros, bens ou valores públicos"* é ampla a possibilidade percepção de situações de corrupção e quanto mais efetiva for a ação fiscalizatória maiores serão os *rent-seeking costs* da corrupção. O controle da receita e da despesa públicas, nos seus aspectos formais e materiais, conduz, necessariamente, a um quadro onde a possibilidade da corrupção é reduzido, mormente quando a ação dos Tribunais de Contas é acompanhada de medidas adotadas por outros órgãos com competências constitucionais específicas, relacionadas com a matéria (autoridades policiais, Ministério Público, Poder Judiciário).

A obtenção de melhores resultados, nesta tarefa, é facilitada pelas possibilidades oferecidas pelo texto constitucional, quando se afirma que os Tribunais de Contas são competentes para *"realizar ... inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial"* e *"fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município"*.

A amplitude da atividade fiscalizatória, somada a possibilidade que têm as Cortes de Contas de se auto-regrarem, quanto aos seus procedimentos internos (e que decorre do disposto no artigo 96, I, da Constituição Federal), lhes dá, do ponto de vista jurídico, um espaço importante no combate à corrupção.

O mesmo se pode dizer da apreciação, para fins de registro, da *"legalidade dos atos de admissão de pessoal ... bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões"*, pois esta é outra fonte importante de corrupção, na medida em que um controle deficiente (ou, até, ausente) destes atos administrativos abre a possibilidade de um sem-número de situações onde podem ocorrer, especialmente, lesões ao princípio da impessoalidade, também de matriz constitucional. A correção das contratações temporárias e das admissões para cargos de provimento efetivo (e empregos públicos), bem como dos atos de inativação de servidores públicos, é garantia de que não houve espaço para situações de

corrupção, pois apenas as situações jurídicas amparadas na lei é que foram respeitadas. Nesta atividade, quanto mais célere for o exame realizado pelos Tribunais de Contas, evitando se criarem situações individuais (ilegais) que acabam protegidas pelo princípio da segurança das relações jurídicas, mais se estará contribuindo para o combate à corrupção.

Por fim, mas não menos importante, é a possibilidade que têm as Cortes de Contas de fixar débitos (nos casos de mau uso dos recursos públicos) e de impor sanções pecuniárias aos Gestores (ainda que, neste último caso, os valores sejam, às vezes, irrisórios[16]). Mais, ainda: conforme o § 3º do artigo 71 da Constituição Federal, os montantes resultantes destes débitos e multas, se não forem satisfeitos pelos que foram responsáveis, permite a emissão de certidão com força de título executivo, com todas as consequências daí decorrentes.

Em decisões recentes[17], o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que, no exercício de suas competências, os Tribunais de Contas podem, valendo-se de medidas cautelares, determinar a sustação de medidas administrativas, quando evidenciado o risco de prejuízo ao erário, o que, a toda vista, pode também funcionar como um instrumento valioso no combate à corrupção.

É certo que estas competências constitucionais, para que possam ser exercidas na plenitude, dependem de recursos materiais que nem sempre estão ao alcance dos Tribunais de Contas. Uma maior percepção da sociedade sobre a importância destes mecanismos de controle, todavia, haverá de servir para que esses recursos sejam adequadamente alocados.

CONCLUSÃO

a) independentemente da estrutura adotada (Tribunais ou Auditorias e Controladorias-Gerais), o controle externo da Administração Pública é uma característica dos sistemas constitucionais contemporâneos;

[16] No Rio Grande do Sul, por exemplo, a maior multa que pode ser aplicada a um Administrador é de R$ 1.500,00, dependendo a alteração deste valor de modificação na legislação local (Lei nº 11.424/2000).
[17] MS nº 24.510/DF, ADI 2633 MC/RR.

b) a corrupção (entendida como favorecimento indevido de interesses) existe, em maior ou menor medida, em toda e qualquer organização pública;

c) a transparência e o controle social são mecanismos que influenciam na redução da corrupção;

d) a tradição constitucional brasileira é a de que o controle externo se faz através dos Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988 reservou-lhes competências específicas;

e) vista a corrupção como dependente de um sistema eficiente de (des)incentivos, os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, podem ser importantes geradores de *rent-seeking costs*, contribuindo para coibir a corrupção

.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

FUNDAMENTALS OF PHILOSOPHICAL-POLITICAL CORRUPTION PHENOMENON: PRELIMINARY CONSIDERATIONS

Professor Rogério Gesta Leal

Sumário: Introdução. 1 As múltiplas faces da Corrupção. 2 No que a filosofia pode auxiliar à compreensão da Corrupção. 3 Conclusão. Referências

Resumo: O presente ensaio pretende enfrentar o tema dos fundamentos filosóficos e políticos da corrupção como fenômeno institucional, cultural e social, a partir de reflexões da ciência política e da filosofia, e de que maneira isto se conecta ao jurídico.

Palavras-chave: Corrupção; Institucional; Direito Público; Ciência Política; Fenômeno.

***Abstract**: This paper intends to address the philosophical and political fundamentals of corruption as a institutional, cultural and social phenomenon, from political science and philosophy reflections, and how it connects to the legal themes.*

***Keywords**: Corruption; Institutional; Public Law; Politic Science, Phenomenon.*

INTRODUÇÃO

Pretendo neste texto trazer alguns elementos de reflexão sobre este problema social, político e institucional que é a corrupção, e de que forma ele contamina ou por vezes constitui as relações sociais. Tais elementos encontram-se, como proposta do texto, em múltiplas fontes filosóficas e da ciência política (sem falar da sociologia, antropologia, etc.), razão pela qual vou lançar mão para esta tarefa de algumas matrizes destes saberes.

Em termos estruturais, minha abordagem dar-se-á sobre os argumentos filosóficos mais clássicos que tentam compreender o fenômeno da corrupção a partir dos seus contornos de fundamentação.

1 AS MÚLTIPLAS FACES DA CORRUPÇÃO

A corrupção tem evidenciado ao longo do tempo faces multisetoriais e capacidade de expansão infinita na rede de relações sociais e institucionais, públicas e privadas, do cotidiano, nos últimos tempos ganhando maior notoriedade em face da difusão e redifusão midiática tradicional (jornais, televisão, rádio) e alternativa (blogs, twiters, facebooks, redes sociais, etc.), não se extraindo daí, em regra, análises, diagnósticos e prognósticos mais aprofundados de suas causas e conseqüências.

A despeito dos aspectos positivos desta progressiva amplitude da transparência material e formal (há mais leis, tratados, convenções, pactos, sentenças judiciais e procedimentos administrativos que se ocupam do tema) que surge em torno da corrupção, gerando até reflexos sobre a opinião pública de massa, que resgata a capacidade de indignação quanto a isto, o que se afigura importante, isto tampouco dá conta da complexidade deste fenômeno.

Por outro lado, o debate sobre corrupção tem se centrado nos seus aspectos econômicos e jurídicos no Ocidente, todavia, o problema é quando estes âmbitos de enquadramento restringem outras abordagens que dizem com causas e conseqüências para além deles, deixando de se reconhecer que, em verdade, que a *corruption destroys the fundamental values of human dignity and political equality, making it impossible to guarantee the rights to life, personal dignity and equality, and many other rights*.[1]

É fácil entender que tais restrições de compreensão do fenômeno sob comento também são decorrência do foco e da intensidade das violações econômicas e jurídicas que a ele provoca, pois ocorre mesmo o que Klitgaard chama de *capture of the state by elites and private interests*.[2]

---

[1] KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 1991, p.33.

[2] Idem, p. 48. Lembra, neste particular, MOODY-STUART, George. *Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries*. Oxford: World View Publishing, 1997, p.45, que: "*Corruption demands a multidisciplinary approach, and many fields of study, from political science to economics, have addressed the issue. Each has a different perception of the problem and therefore generates different policies: operational definitions tend therefore to start broad and become more specific as they try to render corruption measurable. A well-known classification distinguishes grand from petty corruption. Grand corruption refers to the corruption*

É possível diferenciar entre corrupção provocada para ganhos públicos e ganhos privados? Ou mesmo entre corrupção provocada pelo setor público e pelo setor privado? *If ordinary citizens lie when they give testimony in court, this is corruption; it is corruption of the criminal justice system. However, it does not involve abuse of a public office by a public official. And when police fabricate evidence out of a misplaced sense of justice, this is corruption of a public office, but not for private gain*.[3]

Ocorre que há outras situações corruptivas que não se amoldam perfeitamente às dimensões monetárias e normativas de suas existências, como por exemplo na relação entre suborno e nepotismo, sob o instigante argumento de Miller, *The person who accepts a bribe is understood as being required to provide a benefit to the briber, otherwise it is not a bribe; but the person who is the beneficiary of an act of nepotism is not necessarily understood as being required to return the favor*.[4]

A perspectiva norte-americana do conceito de corrupção destaca o impacto que comportamentos corruptivos – sejam quais forem, e cada vez mais estende a caracterização destes – provocam nas instituições e nas relações sociais, eis que dá como exemplo: (a) a situação dos médicos que cerram fileiras em não denunciar ou sequer testemunharem contra colegas seus que foram negligentes no tratamento da vida humana; (b) quando a polícia fabrica provas para serem usadas em processos; (c) quando determinados patrocinadores de atletas em competições importantes os estimulam e mesmo obrigam a consumir produtos fármacos proibidos para obterem melhores resultados; (d) o próprio tema do nepotismo, que não precisa ter contraprestação econômica – suborno – para se caracterizar; isto porque, em todos estes exemplos, o que se distingue é a quebra de confiança no sistema na medida em

---

of heads of state, ministers, and top officials and usually involves large amounts of assets. Petty corruption also called "low" and "street" corruption indicates the kinds of corruption that people experience in their encounters with public officials and when they use public services (hospitals, schools, local licensing authorities, police, tax offices, etc.). It generally involves modest sums of money." Tal perspectiva reduz em muito o conceito de corrupção a sua dimensão econômica, com o que não concordo.

[3] MILLER, Seumas. *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*. New York: Cambridge University Press, 2010, p.61.

[4] MILLER, Seumas, ROBERTS, Peter & SPENCE, Edward. *Corruption and Anti-Corruption: An Applied Philosophical Approach*. New Jersey: Prentice Hall, 2008, p.44.

que procedimentos institucionais são solapados, a despeito de em tais situações não haver a configuração explícita ou ao menos tradicional do suborno propriamente dito.[5]

Veja-se que esta questão do suborno remete à associação do tema da corrupção a causas predominantemente ou exclusivamente econômicas, donde surge o questionamento: "*To some extent this kind of view reflects the dominance of economically focused material in the corpus of academic literature on corruption. It also reflects the preponderance of proposed economic solutions to the problem of corruption. After all, if corruption is essentially an economic phenomenon, is it not plausible that the remedies for corruption will be economic ones?*" [6]

Neste mesmo exemplo, pode-se defender a tese de que a corrupção não pode ser restringida a ilicitudes ou a problemas meramente jurídicos porque, na iniciativa privada das relações de produção de bens e serviços tem se criado formas não oficiais de premiação ou bonificação de comportamentos e condutas profissionais, basta ver a já institucionalizada *gorjeta* para garções em bares e restaurantes, não se caracterizando isto como forma corruptiva de obter favores especiais por parte dos atendentes destes locais, mas mesmo como reconhecimento suplementar, por parte do usuário, do serviço levado a cabo. Não há aqui atribuição de sentido negativo ao ato de dar e receber a gorjeta, isto porque ela não tem em si elementos contaminadores da boaf-fé das pessoas envolvidas, ou sequer é capaz de gerar fenômenos de desvios de finalidade/poder por parte de quem presta o serviço.[7]

Aliás, é de se dizer que a *gorjeta* é a única parcela variável no âmbito das relações laborais e sua contraprestação que tem previsão legal no Brasil, uma vez que o art. 457, da

---

[5] Idem. Algumas situações corruptivas podem, em alguns países, não configurarem crimes ou ilícitos a serem punidos, mas de igual sorte violam Direitos Fundamentais consagradas por conquistas sociais, dizendo o autor que: "*Corrupt practices that may not necessarily be illegal and thus cannot be counterattacked through law enforcement can be combated through the human rights machinery. For instance, in many judicial systems nepotism or political favouritism are not considered corruption in strict legal terms, i.e. it is not prohibited by the law. However, such practice may result in a violation of the rights of political participation and right to equal access to public service. In these cases human rights constitute a way out from strict legal rules. If a corrupt practice does not satisfy legal requirements it may still result in a human rights violation and if it is regarded, understood and explained in terms of a human rights violation such practice may be overruled*." (p.55).

[6] MILLER, Seumas & BLACKLER, John. *Ethical Issues in Policing*. Aldershot: Ashgate, 2005, p.110.

[7] Há empresas que inclusive criam prêmios e bonificações por resultados de atividades profissionais, como forme de fomento às iniciativas do mercado. Atente-se para o fato de que Nos EUA, até o final da década de 1070, "*it was not unlawful for US companies to offer bribes to secure foreign contracts; indeed, elsewhere such bribery was not unlawful until much later*". Idem.

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, determina que, na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, compreende-se, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. O § 3º, do art. 457, considera gorjeta não só a importância paga espontaneamente pelo cliente ao empregado, como também aquela cobrada pela empresa prestadora do serviço como adicional nas contas destinadas à distribuição aos empregados.

A outros exemplos no campo da não restrição motivacional-econômica de atos corruptivos – ao menos não diretamente -, tais como situações de plágio acadêmico, no qual o plagiador não precisa estar motivado necessariamente por um ganho de ordem econômica, mas a um benefício de desempenho curricular ou formativo (por mais ficcional que o seja), como a conclusão de um curso ou especialização, para então se colocar melhor no mercado; a situação do agente público que fabrica ou planta provas incriminatórias em ilícitos penais de alta reprovação social (pois há alguns que não o são mais, como o jogo do bixo, por exemplo), como o estupro ou pedofilia, não desejando com isto qualquer vantagem econômica ou benefício pessoal, mas animado por senso de justiça pessoal/social de que um estrupador e pedófilo não seja punido. Como diz John Crank, "*Many of those who occupy positions of authority are motivated by a desire to exercise power for its own sake, rather than by a desire for financial reward*".[8]

Por outro lado, não se pode dissociar o tema da corrupção institucional da pessoal, pois:

> "*It is plausible that corruption in general, including institutional corruption, typically involves the despoiling of the moral character of persons and in particular, in the case of institutional corruption, the despoiling of the moral character of institutional role occupants qua institutional role occupants. To this extent institutional corruption involves personal corruption*."[9]

[8] CRANK, John & CALDERO, Michael. *Police Ethics: The Corruption of Noble Cause*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2004, p. 24. Refere o autor, mais tarde, que: "*There are a variety of different kinds of attractions that motivate corruption. These include status, power, addiction to drugs or gambling, and sexual gratification, as well as economic gain*." De qualquer sorte é pacífico o entendimento hoje de que há uma relação efetiva entre o fenômeno da corrupção e a violação de Direitos Fundamentais, sendo imperioso entender bem "how the cycle of corruption facilitates, perpetuates and institutionalises human rights violations". (p.59).

[9] ABED, George T. & GUPTA, Sanjeev (eds.). *Governance, Corruption, and Economic Performance*. Washington DC: International Monetary Fund, 2003, p.38. Diz ainda o autor que: "the close relationship between institutional roles on the one hand, and institutional processes and purposes on the other, explains why institutional corruption typically involves both the despoiling of institutional role occupants and the undermining of institutional processes and purposes."

Há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não – modalidade da tentativa, pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas.[10]

Daí a conclusão de que não importa tanto o dimensionamento econômico do prejuízo causado pelos atos corruptivos, mas o próprio ato implica violação de direito *per si*. Em face disto, Seumas Miller dá o exemplo envolvendo o fornecimento, por parte de proprietário de lancheria, de um hambúrguer a um policial, como cortesia ou reconhecimento pelo seu trabalho na segurança pública em geral, não configurando ato corruptivo típico; outra coisa, porém, é haver atos continuados de fornecimento de hambúrgueres ao mesmo policial ou a vários policiais com o fim de ampliar ou garantir proteção especial de segurança pública.[11]

Mas será que se pode falar em causas nobres que justifiquem a corrupção? Miller sustenta que não, e com ele concordo, dando o exemplo do caso em que um servidor público da imigração permite o ingresso irregular de estrangeiro amigo seu no país para que ele possa receber tratamento médico vital a sua saúde, operando verdadeira violação (ou corrupção no sentido de subversão) do sistema e procedimento de imigração, sem qualquer benefício pessoal. Todavia, "But from the fact that the person was not corrupted it does not follow that the act did not corrupt. Moreover, it does not even follow that some person or other was not corrupted. Clearly, in our example, the immigration official was corrupted."[12]

Por este raciocínio se esmorece o conceito de corrupção dado, por exemplo, pela instituição Transparência Internacional, no sentido de que *corruption is the abuse of entrusted*

---

[10] Neste ponto, há interessante questionamento de Baker: "*But if an employee of a private company is bribed by a contractor of the company, is this also a question of corruption? Most would still regard it as a corrupt act, but there exists a minority which holds that the term "corruption" is limited to acts that take place within the public sector*". BAKER, Raymond. *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*. Indianapolis: Wiley, 2005, p.33. Ver também o texto de UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, U.N. Doc. E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, para. 25/27.

[11] MILLER, Seumas. *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*. Op.cit., p.70

[12] MILLER, Seumas & BLACKLER, John. *Ethical Issues in Policing*. Op.cit., p.115.

power for private gain, pois, em tal perspectiva, poderia se admitir o abuso da confiança depositada para ganhos públicos?!

Há, pois, muitas causas e nexos causais que envolvem atos corruptivos (comissivos e omissivos), todos com níveis de complexidade constitutivos muito altos, reclamando a madura e aprofundada reflexão, no que a filosofia pode em muito auxiliar, o que passo a fazer, todavia, concentrando a interlocução com o que se pode chamar de filosofia política mais clássica, sem abordar, agora e com profundidade, autores contemporâneos.

2 NO QUE A FILOSOFIA PODE AUXILIAR À COMPREENSÃO DA CORRUPÇÃO

No plano gramatical do termo, a corrupção é substantivo feminino derivado do latim *corruptĭo*, com o sentido de deterioração, ato, processo ou efeito de corromper. De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa e Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia das Ciências de Lisboa —, este substantivo pode significar: a) deterioração, decomposição física, orgânica de algo ou putrefacção; b) modificação, adulteração das características originais de algo; (c) no sentido mais figurado, a expressão refere também a degradação moral de indivíduos e instituições, o que evidencia a ampla gama de possibilidades conceituais em jogo.

Claro que é difícil sustentar a existência de códigos morais de comportamentos individual e social rídigos e inflexíveis, até pelo fato do reconhecimento à diferença e à telerância como Direito Fundamental de cada qual no convívio com seus semelhantes, mas também isto não significa dizer ser possível aceitar-se qualquer coisa em termos de hábitos ou condutas sob o mesmo fundamento, isto porque há mínimos existenciais conquistados pela Civilização Contenporânea que colocam a natureza humana como protegida de violações – notadamente em face da ampliação de prerrogativas, princípios e regras (internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) asseguradoras de sua dignidade.

Assim, o problema que se coloca é saber em que medida é defensável a existência de uma moralidade pública e outra privada capazes de auxiliar na orientação (porque não são suficientes) das possibilidades de controle e tratamento curativo e preventivo de atos

corruptivos – aqui sempre entendidos como aqueles que dizem respeito aos corruptores e corrompidos, inexistindo discrimem entre eles ao menos neste âmbito.

A filosofia de Aristóteles já tratava destas questões, referindo-se à importância da Virtude (Arete) na vida humana, compreendida também como aquela que é moralmente aprovada, não porque atende determinados fins, mas porque tem elementos universais que lhe permite o reconhecimento universal. Nas palavras de Tugendhat: "Embora no grego não haja nada mais natural do que no caso da virtude falar de um objeto de uso ou de um ginasta, isso não significa que, quando se fala das virtudes dos seres humanos enquanto seres humanos, isso seja compreendido funcionalmente; fala-se das propriedades do caráter dignas de aprovação (louváveis)."[13]

Nesta linha de raciocínio, a Modernidade trouxe os conceitos de moralidade e virtude aristotélicos para seus dias, no sentido da virtude ser compreendida como disposição firme da vontade de agir segundo a regra/norma pela qual é definido o BEM.

O cuidado que se tem de ter é no sentido de que tal definição não se funde sobre o que é bom pragmaticamente para mim, mas ***bom em si***, ou seja, que diga respeito a determinados valores cujo cultivo se afigura necessário para que alguém, independente dos objetivos que tenha individualmente, possa estar bem consigo e com seu semelhante, partindo-se da premissa de que não é possível o estado de bem estar totalmente isolado do universo em que ocorre.

Daí a preocupação de Platão com os governos dos homens de honra (regime timocrático), os quais não poderiam deixar de contar com as orientações dos filósofos, sob pena de deixarem de se orientar pelo interesse geral, com a glória e a defesa da cidade, passando então a reclamar honras e benefícios pessoais, introduzindo na pólis o orgulho e a violência, cindindo sua unidade harmoniosa e dividindo-a em castas de dirigentes nobres e dirigidos ignóbeis.[14]

Tal norma que define o BEM, além de moral e ética, para homens de virtudes, precisa também ser constitutiva das possibilidades civilizatórias das relações humanas em Sociedade, ou seja, em contextos culturais, políticos, de trabalho, religiosos, sexuais,

[13] TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética.* Petrópolis: Vozes, 1999, p.245.
[14] PLATÃO. *A República.* Belém: Edufpa, 2000. Ver também o texto PLATÃO. *As Leis.* Belém: Edufpa, 1980.

educacionais, etc., específicos, razão pela qual devem operar de igual sorte como imperativos de ação, comportamentos e condutas individuais em prol da Sociedade constituída – base do normativismo contratualista do século XVII. Isto está muito presente em Kant, como ensina Tugendaht:

> "A moral de Kant é entretanto uma moral de regras, e não porque ela se funda num princípio, mas porque o princípio é pensado como um princípio que se refere aos conteúdos do contratualismo, ou, para expressá-lo mais claramente quanto ao conteúdo, porque Kant pensou o princípio como um princípio que é concretizado de uma maneira que permite enumerar as máximas ordenadas, isto é, as regras de ação."[15]

O problema de esta norma (regra/princípio) ser única ou não – como quer Kant, com seu imperativo categórico -, já não é pacífico na filosofia e mesmo na antropologia, sociologia e ciência política, até pelo fato do reconhecimento de que, no plano das chamadas éticas das virtudes, sempre existe uma número maior de virtudes, tornando a equação do imperativo categórico menos absoluta.[16]

Estou querendo dizer que o excesso de subjetividades e experiências de comunidades distintas desde a Modernidade, reconhecidas como legítimas sob a perspectiva do convívio social, induz a uma dimensão política da Moral moderna, a qual impõe a moral de regras como central no âmbito das relações individuais e sociais contemporâneas, aqui formatada em termos de *leis de Estado*, laicas e mundanas, que estão a demarcar as possibilidades espaciais e temporais de efetivação do BEM, ao menos em termos de mínimos existenciais, ou seja, ultrapassando o conceito de virtude individual universal, que se potencializa com o desenvolvimento de certas virtudes nos cidadãos.

Tais dimensões normativas – jurídicas – da idéia de BEM (ainda na perspectiva filosófica aristotélica, na Ética a Nicômaco), poderiam dizer com as possibilidades de sentido

---

[15] TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Op.cit., p.248. O autor ainda vai lembrar que *a moral kantiana, ao contrário da opinião corrente, na é uma moral de regras por ter ela um princípio de julgamento unitário.*

[16] É interessante notar que Aristóteles, na Ética a Nicômaco, I-6, já advertia para o fato de que: "a palavra bem tem tantos sentidos quantos ser..., está claro que o bem não podo ser algo único e universalmente presente, pois se assim fosse não poderia ser predicado em todas as categorias, mas somente numa. Ainda mais: como das coisas que correspondem a uma Idéia a ciência é uma só, haveria uma única ciência de todos os bens. Mas o fato é que as ciências são muitas, mesmo das coisas que se incluem numa só categoria." ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* In Aristóteles (II), coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.53.

objetivo de FELICIDADE[17], e, portanto, criam parâmetros métricos gerais para que o ser humano virtuoso (localizado historicamente) possa, através da reflexão (*lógos*), dirigir/escolher seu bem estar (*prohairesis*), e o faz não somente para obter um fim específico que atenda exclusivo interesse próprio, mas tal comportamento e seu fim serão perseguidos *em razão* de uma determinada atitude perante os outros também.

> "Falar agora em equilíbrio não é mais empregar uma fórmula vazia, porque os extremos têm um sentido próprio: representam as possibilidades polares deficitárias na ponte que cada um lança aos outros nas diferentes dimensões do convívio. Todas estas virtudes sociais são excelências do comportamento emque nos abrimos ou nos fechamos diante dos outros. O comportamento para com os outros é como um ato de equilibrismo entre a perda da relação e a perda de si mesmo, entre autonomia e dependência (Bezogenheit). Os extremos são, de sua parte, modos de ser identificáveis, e esta é a razão por que falar de equilíbrios não é uma fórmula vazia."[18]

Na perspectiva jurídica, creio ser possível responder à adequada reflexão de Tugendhat, referindo-se a estas considerações aristotélicas, no sentido de que: "Todas estas características deixam, porém, em aberto como o padrão da medida da reflexão deve ser compreendido. O que consideramos quando tomamos, no continuum de nossas possibilidades de afeto, um lugar determinado na areté? O ponto de vista é, por sua vez, o bem estar ou algo previamente dado (ein vorgegebener)?"[19]. À contemporaneidade, por certo que **se deve considerar** às escolhas públicas um lugar determinado não por juízos subjetivos exclusivos – por mais elevados que sejam -, mas também os marcos normativos identificatórios do bem

[17] Idem, Livro II, capítulos 5 e 6, quando trata das virtudes (pp.71/73). Falo de UMA das possibilidades porque Aristóteles, como lembra Tugendhat, deixou de elaborar um conceito de virtude moral enquanto tal, e sequer se ocupou de estruturar um conceito geral de moral, portanto, "da questão do sobre o bem, como o realmente querido, para a do bem, como o socialmente aprovado.....Daí decorre que toda a doutrina da virtude de Aristóteles oscila entre as duas possibilidades: trata-se de virtudes de felicidade (Glückstugenden) ou de virtudes morais? Aristóteles pretende naturalmente mostrar, exatamente como Platão pretendeu, que somente quem possui virtudes morais é feliz." TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Op.cit.,268.
[18] Idem, p.276.
[19] Idem, p.265. Lembra o autor aqui da areté psíquica de Aristóteles, "entendida como uma hexis, como um "comportar-se" (Sichverhalten) para com os afetos, e, além disso, que deve ser sempre entendida como uma firme disposição da vontade de escolher corretamente entre os sentimentos (prohairesis). A prohairesis, a escolha, é o resultado de uma reflexão (III,4-5)."

que já foram estabelecidom por opções anteriores (via processos legislativos próprios que criam leis vinculantes a todos).[20]

O problema é que a política, sob o ponto de vista das disputas eleitorais e de governança, é pautada, em regra, não pela razão teórica do homem virtuoso que está mais compromissada com a moral e a ética do dever ser, mas à razão prática e pragmática dos fins imediatos de projetos institucionais, pessoais e corporativos, o que contamina a virtude cívica dos cidadãos e vicia a legitimidade de determinados modelos e experiências da democracia representativa, haja vista a ausência de consensos em torno de valores e princípios que a sustentem.

Por isto é que Cícero, seguindo Panetius, alertava para o fato de se atentar para determinados critérios na eleição de escolhas e decisões práticas envolvendo a política e o interesse público, a saber:

> "Se o que se apresenta é honesto ou desonesto; sobre isto o pensamento muitas vezes se confunde. Em segundo lugar, procura-se saber se a decisão aumenta as coisas agradáveis e as comodidades da vida, as riquezas, os recursos, o poder, o crédito, enfim, se há conveniências para si e para os outros; esta segunda relação se atrela à utilidade. Por último, trata-se de saber se aquilo que parece útil no aspecto, não se opõe ao honesto, quando a honestidade nos detém de um lado e o interesse do outro, nessa dúvida o espírito se encontra nos dois sentidos."[21]

Cícero ainda traz orientações ao governante para que evite a corrupção, sustentando que: (a) quem desejar o governo deve ter em conta duas regras platônicas básicas, a saber, que é preciso ter em vista apenas o bem público, sem se preocupar com situações pessoais; que é

[20] Digo isto desde aqui exatamente para lembrar a advertência que faz Tugendhat no sentido de que "é impossível às virtudes, no sentido de Aristóteles, indicar regras de ação, não apenas devido à complexidade excessiva, mas por não se referirem absolutamente a ações que possam ser definidas pela indicação de seus fins. Aristóteles reflete aqui, portanto, sobre um fato fenomênico que desde o início não pode ser absolutamente definido por regras. Agora também se pode compreender melhor até que ponto o ser-assim que se expressa na virtude é o que é em primeira linha aprovado, e as ações em que se manifesta, apenas secundariamente, e na medida em que este ser-assim se mostra nelas." (Idem, p.275).

[21] CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres.* São Paulo: Martin Claret, 2001, p.34. É somente a razão humana que transforma em beleza, assiduidade e ordena os desejos e ações humanas, resguardando o homem da desonestidade e covardia; preservando-o da paixão tanto para seus sentimentos como para seu comportamento. "De tudo isto decorre a honestidade procurada, honestidade que nada perde de sua beleza, mesmo quando não seja notada e que é louvável por si própria, ainda quando por ninguém louvada." (p.35). Não desconheço o compromisso do autor com a ordem estabelecida em termos de estamentos sociais em Roma, notadamente quando afirma que "A honestidade consiste em descobrir a verdade pela astúcia do espírito, ou em manter a sociedade humana dando a cada um o que é seu e observando fielmente as convenções;" (p.35), mas o que me interessa sublinhar aqui são os elementos morais e éticos de gestão da coisa pública que o autor constrói.

imperioso que o governo estenda sua preocupação do mesmo modo a todo o Estado, não negligenciando uma parte para atender a outra; (c) é preciso no governo afabilidade e moderação, mas, quando se trata do bem do Estado, é preciso severidade, sem a qual o governo se torna impossível.[22] Assim, diante de atos corruptivos, a energia do controle e da responsabilidade deveria ser extrema.

Há um retrocesso desta avaliação na Idade Média, em especial com a mudança de paradigma imposta pelo cristianismo à compreensão do fenômeno político e suas desviantes. Como diz Filgueiras:

> "A Idade Média também assistiu a uma mudança conceitual da temática da corrupção, uma vez que o pensamento político estaria marcado pelo dogma cristão e pela existência de uma ontologia cindida entre dois mundos. De um lado, há a mundanidade infinita, pertencente ao reino de Deus, capaz de assegurar, de acordo com Santo Agostinho, as devidas virtudes capazes de gerar a integridade de uma república. De outro lado, a par do mundo sagrado, existe a mundanidade finita, pertencente ao reino dos homens, na qual a corrupção, traduzida como o luxo e a cobiça, desempenha o papel de redenção à fé cristã, além de fazer parte da condição decaída em que se encontravam os homens."[23]

Lembra Gibbon que na Idade Média se pode observar como o Cristianismo impactou o interesse do homem comum do povo pela política e gestão do interesse público, na medida em que exaltou o amor e respeito às autoridades divinas em detrimento dos negócios da República/Cidade, dando ensejo a comportamentos mais contemplativos e reflexivos do que interativos com as demandas empíricas dos atos de governo.[24]

Já no tempo de Maquiavel, no século XV, estas questões vão voltar à tona com mais vigor, em especial no sentido de que o discurso ético e político tiveram de procurar outros fundamentos que não os metafísicos e teológicos até então vigentes na cultura européia, sob o fundamento de que inexistem transcendências a serem invocadas nesta ceara, mas fatos a serem questionados, interpretados e erigidos como fundadores de racionalidades históricas

[22] Idem, p.48.
[23] FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, Democracia e Legitimidade.* Belo Horizonte: UFMG, 2008, p.55. Lembra ainda o autor que: "Desse modo, não haveria uma preocupação, por parte da Igreja, com a temática da corrupção, uma vez que a condição dos homens se fazia decaída, cabendo apenas à contemplação, e não às virtudes, do conhecimento prático, o papel da salvação." (p.56).
[24] GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

concretas, sobre os quais se elevam os valores humanos, principalmente no campo político e governamental.

É preciso ter presente aqui que, enquanto que a França, a Inglaterra e a Espanha conseguiam, mal ou bem, controlar as tendências libertárias desse tempo, instalando a unificação administrativa e política através de um governo forte e centralizador, na Itália o *guelfismo popolare* quebrou o domínio do Sacro Império Romano, tornando independentes as cidades do setentrião e do centro, pela força do novo espírito demoliberal de sua burguesia, configurando-se impossível o reagrupamento pacífico daquelas unidades emancipadas em um grande e só Estado. Permaneceram desunidas, esfaceladas em pequenas cidades-Estados, dominadas por uma aristocracia ambiciosa[25].

As qualidades do bom governante, assim, se fundariam na *virtù* e na *fortuna*, fatores eminentemente empíricos e contingenciais. A primeira característica é a da energia, decisão e capacidade para fazer valer um objetivo estabelecido, sem, entretanto, atrelar-se ao sentido cristão e metafísico da virtude, que pressupõe compromisso ético e religioso em vista de um fim sobrenatural; a segunda, tem o significado de oportunidade, momento propício que tem o Príncipe para tomar suas decisões com eficácia e com a certeza do êxito.[26]

A partir de Maquiavel o Estado Nacional e Soberano que irá se formar nos umbrais da Idade Moderna, depois de ter abalado a tutela imperial, feudal e pontífice, em seguida poderá se emancipar da tutela do direito natural, da justiça, da moral corrente, tão somente válida para os indivíduos. E esta parece ser uma das mais festejadas contribuições do autor à teoria política moderna, i.e., estabelecer uma ruptura entre o exercício do governo e as pautas morais de comportamento e condutas, tão preconizadas e perquiridas pela Igreja medieval. "Se o Secretário florentino imprimiu uma marca tão profunda, tão indelével, na ciência e na

[25] Conforme o texto de RIDOLFI, Ricardo. *Vita di Niccolò Machiavelli*. Roma: Domenico, 1974, pg.32 e ss. Ver também o texto de HALE, Jonh. *Maquiavel e a Itália da Renascença.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

[26] Note-se que o estoicismo, movimento que surgiu por volta de 300, a.C., em Atenas, mas que influenciou a cultura romana até cerca de 200, d.C., fez contribuições importantes para o pensamento de Maquiavel, nomeadamente quando enfrentava questões como a moral, a importância do raciocínio para o conhecimento da natureza, dos princípios de organização social e do valor de se levar uma vida feliz. Ver neste sentido os trabalhos de MACHIAVELLI, Niccollò. *Discursi sul a Prima Década di Tito Lívio.* Nápoles: Daltricce, 1978; TERRIEL, Jean. *Les theories du pacte social Droit naturel, souveranite et contract de Bodin a Rousseau* Paris: PUF, 2001. Há também os textos de BARON, Hans. *Machiavelli: The Republican Citizen and the Autor of the Prince*. In The English Historical Review, vol.76. London: Pharthes, 1971, pg.217/253; GILBERT, Felix. *The humanist concept of the Prince of Machiavelli.* Cambridge: Mass, 1977; GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

arte do poder, foi por ter proclamado com tanta força tranqüila a separação radical entre a política e a moral corrente, entre a autonomia da política e sua prioridade: a política em primeiro lugar."[27]

Daí que só o Estado positivo e mundano teria condições de frear as paixões que, entregues a si mesmas, levariam a comunidade ao colapso, inclusive detratando os seus próprios.[28] Essa positividade só poderia se dar pela normatização do cotidiano do cidadão, que iria regular e controlar condutas e comportamentos societais, exatamente para preservar as diferenças sociais gritantes entre o *popolo grasso* - os grandes burgueses italianos - e o *popolo minuto* - os pobres e assalariados, e para consolidar uma proposta de unificação nacional de um país esfacelado[29].

Não são muito diferentes as conclusões de outro autor importante no tema à Idade Moderna, Thomas Hobbes, ao dizer, no *Sobre o Cidadão*, que: "Por causa de nossa natureza, não buscamos a sociedade por si mesma; o que queremos é receber dela honras e vantagens; estas em primeiro lugar, aquelas, depois."[30]

O ponto de partida da ação humana, moral e política, para Hobbes, é o esforço ou empenho (movimento), considerando o autor a vida como sendo uma corrida na qual é preciso vencer sempre, começa com um esforço inicial, que é a sensação do desejo; estar continuamente ultrapassado corresponderia à miséria, e ultrapassar quem está adiante corresponderia à felicidade. "Para todo o homem, outro homem é um concorrente, como ele, ávido de poder sob todas as suas formas. ..... Concorrência, desconfiança recíproca, avidez de

---

[27] CHEVALIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1990, pg. 265. Ver também SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

[28] A lei intervém para reprimir e combater esta má natureza dos homens, obrigando-os a conciliar o interesse individual como coletivo. PEREIRA, Joacil de Brito. *Idealismo e realismo na obra de Maquiavel.* Brasília: Horizonte, 1981, pg. 95. É curiosa a posição de Maquiavel no *Discursi*, em seu capítulo XVII, quando insiste com a tese de que um povo que tem êxito em suas conquistas acaba por relaxar e permitir-se degradar, partindo da premissa de que a corrupção se refere primordialmente aos costumes do povo que, uma vez corrompido, faz com que as instituições não produzam mais ações positivas ao bem comum. In MACHIAVELLI, Niccollò. *Discursi sul a Prima Década di Tito Lívio*. Op.cit., p.177 e 178.

[29] Mais uma vez, aqui, sua veia humanitária se revela com força, haja vista sua indignação para com o tratamento desigual e marginalizante destinados aos menos favorecidos. Ver o excelente trabalho de CONDE, Francisco Javier. *El Saber Político en Maquiavel.* Madrid: Paidós, 1996, p.158.

[30] HOBBES, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão.* Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p.50.

glória ou de fama têm por resultado a guerra perpétua de cada um contra cada um, de todos contra todos."[31]

A natureza humana, tão perniciosa ao próprio homem, é pintada por Hobbes com muito detalhismo, lembrando o autor que, entre os homens, se for para realizar tarefa comum, nasce certa amizade formal que tem em si mais de ciúme do que de amor; se alguém relatar um fato notável, os outros relatam também os milagres que fizeram, ou, se não fizeram, os inventam. "Toda sociedade, portanto, é forjada pela força do útil ou pelo estímulo da honra, isto é, por amor a si e não aos sócios e componentes." [32]

Mister é que se ateste com Bobbio[33] que, enquanto no *Sobre o Cidadão* o pensador apresenta algumas condições objetivas de indissociabilidade do estado natural[34], no *Leviatã*, Hobbes sustenta a existência de três causas principais de luta entre os homens, aprofundando melhor as conclusões empíricas de seu discurso, a saber: a competição que os homens travam entre si pelo ganho; a desconfiança que os faz lutar pela segurança; a glória que os faz combater pela reputação.

Por outro lado, "o governo republicano só é possível em cidades não corrompidas, estáveis e afortunadas. Ai, a liberdade deve ser confiada ao povo, pois nele é possível perceber uma vontade firme de viver em liberdade."[35] Tal vontade firme decorre daquela compreensão de virtudes cívicas referidas anteriormente. Mas e quando elas faltarem ao homem comum do povo? E quando os cidadãos da República não forem tão virtuosos assim? Está-se diante do mesmo problema antes cotejado, ou seja, será preciso na ausência da virtude algo que assegure os seus fundamentos e condutas consectárias a ela. E que algo é este?

---

[31] CHEVALLIER. Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1982, p.69.
[32] HOBBES, Thomas. *De Cive*. Op.cit., pp.52 e 53.
[33] BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p.35.
[34] Igualdade de fato; escassez dos bens; o direito de cada um sobre todas as coisas (o que gera a guerra). Neste ponto esclarece SABINE, George. *Historia de la Teoria Politica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p.343: "De esta exposición de los motivos humanos se sigue como cosa natural la descripción del estado del hombre fuera de la sociedad. Todo ser humano está movido únicamente por consideraciones que afectan a su propia seguridad o poder y los demás seres humanos le importan sólo en la medida en que afectan a esas consideraciones. Igualmente no hay justicia ni injusticia, derecho ni ilegalidad, ya que la norma de la vida consiste en que sólo pertenece a cada uno lo que puede tomar y sólo en tanto que puede conservalo."
[35] MACHIAVELLI, Niccollò. *Discursi sul a Prima Década di Tito Lívio*. Op.cit., Capítulo V. Ver também o excelente texto de BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo: Loyola, 1991.

No capítulo II, do *Sobre o Cidadão*, Thomas Hobbes assevera que uma das leis naturais derivadas da lei fundamental é que o direito de todos os homens a todas as coisas não deve ser mantido, mas é preciso transferir ou desistir de certos direitos, isto porque, se fosse ao contrário, implicaria que uns teriam o direito de ataque e outros o de defesa, ou, de forma extensiva, a guerra.[36]

É um dever racional do homem natural que pretende se emancipar de tal condição perceber e tomar consciência da necessidade de se portar de acordo com os fins a que quer chegar: felicidade, segurança e prosperidade, o que significa dizer, desistir do direito de livre postura e agir, transferindo-o a outrem.

Estas condutas voltadas para a paz devem ser observadas por todos os homens, ou pela maioria, o que não ocorre no Estado de Natureza, eis que inexiste ali alguém bastante forte para obrigá-los a observá-las. Assim, o único caminho para tornar eficazes as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão e não segundo a paixão, é a instituição de um poder tão irresistível que torne desvantajosa a ação contrária: o Estado e seus aparatos institucionais e jurídicos.

Não que as promessas da República democrática tenham ruído completamente, mas precisaram ser ancoradas em mecanismos menos ideais e mais pragmáticos de controle e garantias, corregedores de desvios comportamentais corruptivos, permanentemente aprimorados. Em outras palavras, "la condición primera de la sociedad es la mutua confianza y el cumplimiento de los pactos ya que sin ella no puede haber certeza de su efectividad, pero tiene que haber una presunción razonable de que las demás personas se colocarán en la misma posición."[37]

Na construção teórica de Hobbes, o Estado, entre outras coisas e autorizado pelo pacto social, detém o monopólio do aparato legal, e, uma vez constituído, não existe outro referencial de regulação e ordenamento social que não as leis civis, as quais, de forma inarredável, servem como critério do justo e do injusto para os súditos, e, observe-se, são características do poder supremo exercido pelo Estado, fazer e ab-rogar leis, donde a

[36] HOBBES, Thomas. *De Cive*. Op.cit., p.62. Ver meu texto LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[37] SABINE, George. *Historia de la Teoria Política*. Op.cit., p.347.

conclusão inevitável: o Estado é a fonte do direito, ele não reconhece direitos preexistentes, mas os cria ao promulgá-los. [38]

O problema aqui é que também não se pode reduzir a corrupção à mera violação da legalidade, mitigando o seu aspecto de imoralidade pública e privada decorrente de vícios éticos recorrentes em vários âmbitos da vida quotidiana, sob pena de autorizar argumentos que defendam tratá-la como qualquer outro ilícito ou delito – inclusive para os efeitos de caracterizar situações corruptivas como de menor potencial ofensivo à sociedade e às suas vítimas (crime de bagatela, por exemplo), decorrendo daí impunibilidades.

Esta construção discursiva, todavia, revela a ausência de medidas que procurem dar eficácia às finalidades do Estado, eis que inexistem sanções ao soberano pelo descumprimento das tarefas que lhe são impostas, ao menos no plano material do cotidiano dos cidadãos, e isto se explica, primeiro, pela impossibilidade de existir sanção contra alguém que é incensurável, e segundo, em razão da soberania do próprio Estado, seus atos gozam da presunção da legitimidade pactuada, inatingível, por pura lógica, pela negação de seu mister.

Se de um lado o pensador tenta aplacar o poder conferido pelo contrato entre os súditos com a disposição de uma finalidade a ser alcançada pelo governo do soberano, que é garantir a felicidade e o desenvolvimento ordenado da sociedade, por outro, não traz nenhuma forma de contestação ou solução aos desvios de caminhos levados a cabo pelo Poder instituído, exatamente porque o seu poder é perpétuo e absoluto.[39] Este será um tema muito pragmático à filosofia política dos primeiros tempos da modernidade.

Na mesma linha vai Montesquieu, ao sustentar que a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção dos princípios[40], e, neste caso, "somente as leis podem corrigir a imoralidade do interesse por meio da coerção, tornando a ação humana reta no sentido de uma ética derivada da realidade efetiva das coisas, que opera no plano externo da consciência. A moral se separou da política, na modernidade, demandando ao Direito o papel de enunciação dos valores."[41]

---

[38] Ver HOBBES, Thomas. *Leviathã*. In Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural.1988.
[39] Sobre o ponto, vale a pena a leitura de MANENT, Pierre. *Naissance de la politique moderne: Machiavel, Hobbes, Rousseau*. Paris: Payot, 2006.
[40] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis.* Brasília: UnB, 2001, p.124.
[41] FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, Democracia e Legitimidade*. Op.cit., p.71. Lembra o autor que: "Dessa forma, a república democrática é corrompida quando as virtudes cívicas dão lugar aos interesses privados – o

Diz o autor francês que um Estado pode mudar de duas maneiras: ou porque a Constituição se corrige, ou porque ela se corrompe. Se ele conservou seus princípios e a Constituição muda, é que ela se corrige; se ele perdeu seus princípios, quando a Constituição vem a mudar é que ela se corrompe.[42] Em suas próprias palavras:

> "Quando essa virtude finda, a ambição entra nos corações que podem recebê-la, e a avareza entra em todos. Os desejos mudam de objetos: o que se amava, não se ama mais; era-se livre com as leis, se quer ser livre contra elas; cada cidadão é como um escravo que escapou da casa de seu senhor; o que era máxima chama-se rigor; o que era regra chama-se embaraço; o que aí era respeito chama-se medo. A frugalidade é agora a avareza, e não o desejo de possuir. Outrora os bens dos particulares constituíam o tesouro público, mas desde então, o tesouro público torna-se o patrimônio dos particulares. A república é um despojo, e sua força não é mais do que o poder de alguns cidadãos e a licença de todos."[43]

Bignotto acentua esta percepção de Montesquieu esclarecendo que o autor definia a República pelo princípio da Virtude, sendo que a perda desta por parte da cidadania evidenciava sinal explícito de degradação corruptiva de todo o regime político. Ou seja, "a virtude orienta as ações dos habitantes de uma república e que, quando ela desaparece ou deixa de guiar as ações políticas, todo um conjunto de valores desaparece ou deixa de ser fundamental. Por isso, o regime se corrompe, ou perde sua identidade, expressa no mais das vezes, em suas leis fundamentais."[44]

Já para Rousseau, a degeneração da política e do Estado/governo se apresentava como algo inexorável, haja vista que a relação que este mantém com o povo soberano vem sempre marcado por níveis de conflituosidade significativos, impossíveis de serem exterminados, apenas gestados:

---

cidadão não mais quer obedecer à autoridade legítima do Estado, mas às próprias convicções -, resultando na desordem, tal como ocorreu em Roma." (p.74).

[42] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis.* Op.Cit., p.141.

[43] Idem, p.145.

[44] BIGNOTTO, Newton. *Republicanismo.* In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p.106. Lembra o autor a obra de PETTIT, Philip. *Republicanism*. Oxford: Oxford University Press, 1999, partindo da idéia de que as pessoas que se ocupam do poder não são todas corruptas, mas são todas corruptíveis; se todas fossem corruptas, as instituições republicanas seriam incapazes de lidar com a virtude dos cidadãos, razão pela qual a preocupação maior tem de ser a preservação do caráter virtuoso de alguns e o combate dos vícios corruptivos de outros.

> "O corpo político, assim como o corpo do homem, começa a morrer desde seu nascimento e carrega em si mesmo as causas de sua destruição. Mas um e outro podem ter uma constituição mais ou menos robusta e própria a conservá-los mais ou menos tempo. A constituição do homem é obra da natureza, a do Estado é obra da arte. Não depende dos homens prolongarem sua vida, depende deles prolongar a do Estado tão longe quanto é possível, dando-lhe a melhor constituição que ele possa ter. O mais bem constituído acabará, mas mais tarde do que o outro, se nenhum acidente imprevisto levar à sua perda antes do tempo."[45]

Em face deste diagnóstico insiste Rousseau que em cada Estado deve haver um equilíbrio entre o poder do soberano e do governo, a fim de que este cumpra sua função sem desviar-se ou abusar de suas atribuições. Mesmo assim, é impossível manter tal equilíbrio por todo o tempo, sendo inexorável que ela se desfaça, pois "deve acontecer cedo ou tarde que o príncipe oprima enfim o soberano e rompa o tratado social. Está aí o vício inerente e inevitável que, desde o nascimento do corpo político, tende sem descanso a destruí-lo, assim como a velhice e a morte destroem o corpo do homem."[46]

Já no Discurso sobre a economia política Rousseau advertia para o fato de que dos conflitos entre interesses particulares e públicos, em regra, os vícios públicos sobrepujam-se, inclusive sobre as leis, às quais os cidadãos estariam obedecendo apenas aparentemente para, depois, poder infringi-las com mais segurança. Assim, "o povo, que não vê que seus vícios são a primeira causa de seus infortúnios, murmura e chora gemendo: Todos os meus males vêem apenas daqueles que eu pago para me proteger deles."[47]

A alienação do povo em relação aos temas de interesse público e em face do Estado é referida por Rousseau como sintomas terminais da enfermidade do corpo político, ou seja, se os cidadãos preferem servir ao Estado com seu dinheiro sem se dedicarem pessoalmente às

---

[45] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens e O Contrato Social*. Capítulo 3, livro XI. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.23.

[46] ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Op.cit., Capítulo 3, livro XI. Para evitar o máximo esta anunciada usurpação do poder pelo príncipe, Rousseau insiste para que o povo soberano se reúna cada vez mais em assembléias para exercitar o controle do exercício do poder político. Esta, aliás, é também uma preocupação de Montesquieu – a despeito de que dirigida à necessidade não do povo se reunir periodicamente, mas dos seus representantes, para evitar o poder absoluto e incontrolável do governo: "Se o corpo legislativo estivesse um tempo considerável sem ser reunido, não haveria mais liberdade. Pois aconteceria uma destas duas coisas: ou não haveria mais resolução legislativa e o Estado cairia na anarquia; ou essas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo e ele se tornaria absoluto." MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis.* Op.Cit., p,151.

[47] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a economia política*. Brasília: UNB, 1985, p.27. Na mesma direção ver o texto ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UNB, 1989.

atividades públicas, isto significa que a ruína já está a caminho, tendo presente que tal fenômeno se dá somente em meio às relações sociais – diferente, pois, das teses religiosas de que o homem é um ser decaído por natureza, carregando em sua existência terrena máculas de origem que explicam suas fraquezas e perversões, o que o levaria à corrupção.[48]

De certa forma a própria democracia representativa vai se ressentir desta previsão rousseauniana – aliás, não só dele, considerando que Tocqueville da mesma forma o fez quando tratou da liberdade política nesta matriz democrática, exigindo a ação cívica da cidadania em face dos representantes, no intento de infundir neles o compromisso de persecução do bem comum, e monitorar/cobrar suas ações, sob pena destes alçarem tal nível de autonomia e independência dos seus representados (fonte legítima do poder) a ponto de se transformarem numa espécie de nova casta.[49]

O liberalismo político, econômico e moral, todavia, não ajudou muito neste debate, exatamente pelo fato de sustentar que uma comunidade justa é aquela que propicia a seus membros as condições para que *cada um possa agir com base em suas próprias convicções*, não cabendo à autoridade política determinar os objetivos e fins – por mais nobres que sejam – aos quais as pessoas devem se empenhar para alcançar, uma vez que inexiste doutrina ou fórmula verdadeira - religiosa, política ou moral – sobre o que constitui a boa vida para o homem.[50]

Desde John Locke, Benjamin Constant e mesmo John Stuart Mill, vem se constituindo a tese de que:

> "Um Estado liberal justo deveria limitar sua intervenção à garantia de uma estrutura de instituições políticas, legais (o Estado de Direito) e socioeconômicas sob a qual indivíduos e grupos podem perseguir os fins e objetivos que julgarem corretos – sujeitando-se a algo similar ao "Harm Priciple" de John Stuart Mill, segundo o qual a coerção coletiva da sociedade só pode ser empregada para restringir a liberdade

[48] ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens e O Contrato Social*. Op.cit., p.35. Ver o texto de ARAÚJO, Cícero. *Rousseau e Hume*. In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Op.citada.

[49] Ver o texto de TOCQUEVILLE, Alex. *O Antigo Regime e a Revolução.* Brasília: UNB, 1998. Da mesma forma TOCQUEVILLE, Alex. *A Democracia na América.* São Paulo: Martins Fontes, 2005. A liberdade política estaria corrompida pela ausência de uma cidadania ativa responsável pela gestão da coisa pública.

[50] Ver o excelente texto de VITA, Álvaro de. *Liberalismo.* In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Op.cit., p.93.

> individual quando isto for necessário para evitar que danos sejam causados a outros."[51]

Ora, mas de que danos se fala e com base em que princípos e valores violados? Está se tratanto tão somente de danos individuais e materiais (de propriedade, liberdade, etc.)? Provavelmente sim! Isto porque o conceito de Direitos Fundamentais Sociais aqui não é objeto de preocupação distinguida, faltando à tradição liberal – ao menos em sede de fundamentos clássicos – a noção de interesse público, difuso e coletivos, necessários à discussão do tema da corrupção.

Aliás, as teses que ancoram a explicação das bases constitutivas da corrupção na degradação das virtudes individuais e nas práticas vilipendiadoreas do interesse público (que importância alguma tem nestes cenários), de igual sorte sobrecarregam a responsabilidade deste complexo fenômeno nas ações comportamentais de pessoas, pouco valorando a contribuição dada pela inércia e cumplicidade das instituições democráticas.

CONCLUSÃO

A reflexão que desenvolvi até aqui também serve – como disse acima – para entender melhor como os Direitos Humanos e Fundamentais são letalmente impactados pelos atos corruptivos, na medida em que, por exemplo, "the ability to promote and protect civil and political rights rests upon effectively combating political and judicial corruption (and vice versa). Transparency and access to information empower individuals to make informed decisions – from exercising their voting rights, to monitoring how state expenditures are spent."[52]

---

[51] Idem, p.94. Sem contar, como adverte o autor, com as facções fundamentalistas como a do *libertarianismo*, associada a autores como Friedrich Hayek, James Buchanan e Robert Nozick, defensores da liberdade negativa, sustentando a não interferência da autoridade política e de quem quer que seja, nos direitos de propriedades ou titularidades adquiridos por meio de transações voluntárias não fraudulentas.

[52] ANECHIARICO, Frank & JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p.71. E acrescenta o autor: "At the same time, creating such openness limits opportunities for abuses by politicians, police and judges. When accountability mechanisms are weak or non-existent, it becomes too easy for violations to occur."

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipofuciencia material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

Heloisa Starling, em instigante texto, lembra que:

> "Na sua origem grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequencias são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão."[53]

É claro que, por outro lado, a corrupção também pode atingir estes Direitos Fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos – evidenciando, por certo, a falha estatal de evitar isto -, como quando alguém paga suborno para obter determinado tratamento médico-hospitalar; ou paga suborno para conseguir vaga escolar, condutas estas que estão a violar o sistema de ensino e de saúde existente. E até indiretamente, como quando autoridades estatais permitem, pela via do suborno, que sejam comercializados resíduos tóxicos e depositados sem as cautelas devidas em áreas de densidade demográfica significativa, gerando às pessoas destas localidades danos as suas saúdes ao longo do tempo.

[53] STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Ditadura Militar*. In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p.259.

Veja-se que, aqui, há igualmente explicita violação do direito de igualdade que as Constituições contemporâneas garantem modo geral, pois se dá tratamento diferenciado a pessoas em face de serviços e atividades que deveriam atender de forma isonômica a todos.[54]

Como diz Lambsdorff, tais demandas envolvem Direitos Fundamentais Civis, Políticos, Sociais, Econômicos e Culturais, sem distinção, implicando altos custos de investimento e proteção, profundamente atingidos por atos corruptivos que esvaziam os recursos públicos:

> "*The obligation to fulfill requires the state to take measures to ensure that people under its jurisdiction can satisfy basic needs (as recognized in human rights instruments) that they cannot secure by their own efforts. Although this is the key state obligation in relation to economic, social and cultural rights, the duty to fulfill also arises in respect to civil and political rights. It is clear, for instance, that enforcing the prohibition of torture (which requires states to investigate and prosecute perpetrators, pass laws to punish them and take preventive measures such as police training), or providing the rights to a fair trial (which requires investment in courts and judges), to free and fair elections, and to legal assistance, all require considerable costs and investments*."[55]

Nesta perspectiva, há que se perguntar quais as melhores estratégias de lidar com este tema? Assunto para outras indagações futuras.

REFERÊNCIAS

ABED, George T. & GUPTA, Sanjeev (eds.). **Governance, Corruption, and Economic Performance**. Washington DC: International Monetary Fund, 2003.

[54] Como diz PRESTON, Noel, and SAMPFORD, Charles (eds.). *Encouraging Ethics and Challenging Corruption*. Sydney: Federation Press, 2002, p.54: "When a person obtains privileged treatment by means of a bribe (when applying for an official document such as a passport or visa, for example, or clearing goods from customs without paying duties and taxes), no other human right is necessarily directly affected except the right to equality, i.e. the right to be treated equally when obtaining the visa or when clearing goods from customs."

[55] LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.88.

ANECHIARICO, Frank & JACOBS, James B. **The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In Aristóteles (II), coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BAKER, Raymond. **Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System**. Indianapolis: Wiley, 2005.

BARON, Hans. **Machiavelli: The Republican Citizen and the Autor of the Prince**. In The English Historical Review, vol.76. London: Pharthes, 1971.

BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991.

_____. **Republicanismo**. In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1990.

_____ **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CONDE, Francisco Javier. **El Saber Político en Maquiavel**. Madrid: Paidós, 1996.

CRANK, John & CALDERO, Michael. **Police Ethics: The Corruption of Noble Cause**. Cincinnati: Anderson Publishing, 2004.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, Democracia e Legitimidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GIBBON, Edward. **Declínio e queda do Império Romano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GILBERT, Felix. **The humanist concept of the Prince of Machiavelli**. Cambridge: Mass, 1977.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HALE, Jonh. **Maquiavel e a Itália da Renascença**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

HOBBES, Thomas. **De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

_____. **Leviathã**. In Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural,1988.

KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991.

LAMBSDORFF, Johann Graf. **The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MACHIAVELLI, Niccollò. **Discursi sul a Prima Década di Tito Lívio**. Nápoles: Daltricce, 1978.

MANENT, Pierre. **Naissance de la politique moderne: Machiavel, Hobbes, Rousseau**. Paris: Payot, 2006.

MILLER, Seumas & BLACKLER, John. **Ethical Issues in Policing**. Aldershot: Ashgate, 2005.

MILLER, Seumas, ROBERTS, Peter & SPENCE, Edward. **Corruption and Anti-Corruption: An Applied Philosophical Approach**. New Jersey: Prentice Hall, 2008.

MILLER, Seumas. **The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study**. New York: Cambridge University Press, 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Brasília: UnB, 2001, p.124.

MOODY-STUART, George. **Grand Corruption: How Business Bribes Damage Developing Countries.** Oxford: World View Publishing, 1997.

PEREIRA, Joacil de Brito. **Idealismo e realismo na obra de Maquiavel**. Brasília: Horizonte, 1981.

PETTIT, Philip. **Republicanism**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PLATÃO. **A República**. Belém: Edufpa, 2000. PLATÃO.

_____. **As Leis**. Belém: Edufpa, 1980.

PRESTON, Noel, and SAMPFORD, Charles (eds.). **Encouraging Ethics and Challenging Corruption.** Sydney: Federation Press, 2002.

RIDOLFI, Ricardo. **Vita di Niccolò Machiavelli**. Roma: Domenico, 1974.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a economia política**. Brasília: UNB, 1985.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens e O Contrato Social**. Capítulo 3, livro XI. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SABINE, George. **Historia de la Teoria Politica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Ditadura Militar**. In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

TERRIEL, Jean. **Les theories du pacte social. Droit naturel, souveranite et contract de Bodin a Rousseau.** Paris: PUF, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O* **Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: UNB, 1998.

_____. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 1999.

UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, U.N. Doc. E/CN.4/2006/97, 22 February 2006.

PANORAMA JURÍDICO SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS DE GUERRA E AMBIENTAIS

COMPREHENSIVE OVERVIEW ON THE LEGAL PROTECTION OF WAR AND ENVIRONMENTAL REFUGEES

Caroline D. Bender D'Avila

Luísa Zuardi Niencheski

Sumário: Introdução. 1. Os Refugiados como Vítimas da Guerra. 1.1 A estrutura normativa de proteção dos refugiados de guerra: origem e desenvolvimento. 1.2 Refugiados e Direitos Humanos. 2. A Questão Ambiental como Fator Propulsor de Refugiados. 2.1. Refugiados ambientais: delimitações e controvérsias. 2.2. Efeitos negativos do não reconhecimento dos "refugiados ambientais" . Conclusão. Referências.

Resumo: Em decorrência da flagrante violação dos direitos humanos perpetrada por vários Estados e da ocorrência de diversos desastres ambientais, assiste-se ao aumento do número de refugiados que deixam seus países em busca de asilo e proteção jurídica. Uma análise que capture as condicionantes que desencadeiam este processo de deslocamento é sem dúvida necessária. O presente artigo, assim, tem por objetivo realçar o empreendimento de esforços globais tanto aos refugiados de guerra quanto aos refugiados ambientais, acentuando as consequências legais sobre esse grupo de indivíduos que se deparam com diversos obstáculos para regressar em segurança aos seus países de origem.

Palavras-Chave: Refugiados de Guerra. Direitos Humanos. Refugiados Ambientais. Alterações ecossistêmicas. Estatuto dos Refugiados de 1951.

Abstract: *Due to human rights violations perpetrated by various States or the occurrence of several environmental disasters, society witnesses the increasing number of refugees who leave their countries in search of asylum and legal protection. An analysis that captures the conditions that trigger this process of displacement is undoubtedly needed. Thus, this article aims to enhance the development of global efforts to both political and environmental refugees, stressing the legal and psychological consequences about this group of individuals who are unable to return safely to their countries of origin.*

Keywords: *War refugees. Human rights. Environmental refugees. Ecosystem changes. 1951 Refugee Convention.*

INTRODUÇÃO

Os governos são os responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais básicos dos indivíduos. No entanto, no momento em que se formam conflitos dentro dos territórios ou que ocorrem desastres ambientais, a população civil se torna frágil e vulnerável, não podendo mais confiar na estrutura governamental para garantir a sua segurança e os seus direitos. Em virtude desses acontecimentos, as pessoas são obrigadas a deixar seus países de origem em

busca de abrigo e passam à condição de "refugiados de guerra" ou de "refugiados ambientais", embora ainda existam divergências quanto à segunda expressão.

O presente artigo tem por finalidade analisar a situação dos refugiados nas mais diversas perspectivas, especialmente a jurídica. Além de garantir os direitos previstos nos instrumentos internacionais protetivos aos refugiados, é preciso manter a saúde mental dessas pessoas tão desafortunadas que precisam reiniciar suas vidas no país que as acolhe. E isso, muitas vezes, sem o devido e indispensável apoio da sociedade internacional.

Na primeira parte deste estudo aborda-se o tema dos refugiados de guerra, cujos direitos, deveres e garantias estão consubstanciados na Convenção da Organização das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e em seu Protocolo de 1967. A segunda parte deste trabalho terá como enfoque o fenômeno caracterizado por uma categoria de indivíduos que são obrigados a se deslocarem além das fronteiras de seus países em decorrência das dramáticas mudanças ambientais. Para tanto, será demonstrado os impasses conceituais que permeiam a definição deste grupo comumente denominado de "refugiados ambientais" ou "deslocados ambientais", os quais, inseridos em uma sociedade marcada pela instabilidade geopolítica e por alterações climáticas, reclamam proteção à comunidade internacional.

Neste sentido, pretende-se delinear as consequências diretas suportadas pelos "refugiados ambientais", resultado da ineficácia das medidas voltadas à promoção da sua segurança e seu bem-estar. Além disso, de acordo com o atual quadro de desastres naturais e de degradação dos recursos naturais, previsões apontam que o número de pessoas que estão sendo deslocadas por perturbações ambientais tende a aumentar em um futuro bem próximo, evidenciando que agora é o momento para considerar seu reconhecimento no ordenamento internacional.

1 OS REFUGIADOS COMO VÍTIMAS DA GUERRA

1.1 A estrutura normativa de proteção dos refugiados de guerra: origem e desenvolvimento

Desde os tempos antigos existe a fuga de pessoas de seus territórios e o consequente asilo em outros países, devido a perseguições de guerra. Manifestações como essa inclusive já foram encontradas em documentos escritos há 3.500 anos na época da expansão dos impérios do Oriente Médio, como o Hitita, o Babilônico, o Assírio e o Egípcio.[1] No entanto, somente após o término da Primeira Guerra Mundial é que a proteção dos refugiados tornou-se parte das preocupações políticas e jurídicas dos Estados e passou a ser tema de discussão no âmbito da sociedade internacional.

Em razão da situação desastrosa percebida ao final da Guerra, na qual uma quantidade enorme de pessoas se encontrava deportada e desabrigada, os Estados perceberam que faltava uma legislação efetiva de proteção aos refugiados. Contudo, a grande contingência de refugiados, somada aos problemas políticos, sociais e econômicos do período pós-guerra, como o desemprego e restrições imigratórias, tornou-se um desafio para a criação de um estatuto jurídico protetivo que beneficiasse essas pessoas desamparadas.

Os documentos internacionais existentes até o momento, entre os quais a Convenção de Genebra de 1906 sobre os feridos e os doentes nos exércitos e as 13 Convenções de Haia relativas às leis e costumes de guerra, nada dispunham a respeito dos refugiados. Dessa forma, ainda sob a égide da Sociedade das Nações (SDN), precursora da Organização das Nações Unidas (ONU), foi dada assistência aos refugiados, mas de forma tímida, uma vez que os

[1] ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro.* Disponível em:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro/>. Acesso em 27 maio 2012.

países do bloco socialista acreditavam que a questão dos refugiados deveria ser resolvida no âmbito interno e não no plano internacional.[2]

Porém, a eclosão da Segunda Guerra Mundial e os eventos trágicos e catastróficos que a caracterizam, impulsionaram, definitivamente, a criação de uma agência especializada sob a égide das Nações Unidas: o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que foi instituído pela Assembleia Geral da ONU em 1950, com a finalidade de dar apoio aos refugiados de guerra nos mais diversos aspectos, entre eles abrigo seguro, assistência médica e alimentação. Por meio da atuação do ACNUR foi convocada em Genebra, no ano de 1951, uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas para elaborar normas acerca do *status* legal dos refugiados, que resultou na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 1951 e em vigor desde 1954.[3]

Conforme a referida Convenção são refugiados as pessoas que se encontram fora do país de sua nacionalidade ou de sua residência habitual por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, e que não possam ou não queiram (por medo) voltar para casa. Contudo, a Convenção só abrangia os acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951, deixando um déficit de proteção às pessoas que se refugiaram posteriormente à data estipulada.[4]

Para preencher a lacuna verificada na Convenção de 1951 e incluir no seu âmbito de proteção o crescente número de refugiados devido aos permanentes e intermináveis conflitos internos e internacionais, em 1967, foi adotado um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, o qual finalmente retirou os limites de data e espaço para o reconhecimento e a proteção dos refugiados.

Foi criado, em 1958, o *Excom* (Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) um órgão subsidiário da Assembléia Geral das Nações Unidas que tem como missão assessorar o ACNUR no exercício de suas funções e revisar o uso dos fundos e programas da agência. Também faz parte da estrutura institucional da instituição,

---

[2] SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 169-204, abr./jun., 2004. p. 192.
[3] O Brasil internalizou a Convenção em 1961, por meio do Decreto n. 50.215.
[4] Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.unric.org/html.portuguese/>. Acesso em 12 de maio de 2012.
humanitarian/Genebra.pdf>. Acesso em 27 maio 2012.

como dirigente, o Alto Comissário, cargo exercido desde 2005 por Antônio Guterres, ex-Primeiro Ministro de Portugal e ex-Presidente do Conselho Europeu. Atualmente o ACNUR possui uma equipe de aproximadamente 7.200 funcionários, os quais se encontram espalhados em mais de 110 países, cumprindo seu papel de fornecer proteção e assistência a cerca de 34 milhões de refugiados e outras pessoas sob seu mandato.[5]

Além de ser uma das maiores agências humanitárias a nível mundial, o ACNUR já recebeu duas vezes o Prêmio Nobel da Paz (1954 e 1981) e recebe auxílio de várias pessoas famosas para dar visibilidade à causa dos refugiados. Adquirindo o *status* de Embaixadores da Boa Vontade do ACNUR, celebridades[6] promovem campanhas para arrecadação de fundos, realizam visitas aos campos de refugiados existentes no mundo e solicitam aos governos que preservem os direitos dos refugiados.

Ao lado do sistema global de proteção dos refugiados, responsável por ajudar milhões de pessoas, existem sistemas regionais que reforçam e fortalecem a proteção dos refugiados. No âmbito do sistema regional de integração dos países do continente americano, a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários", realizado em Cartagena, Colômbia, ampliou a definição de refugiados, seguindo os passos da Convenção da Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) sobre refugiados, aprovada em 1969.

A Terceira conclusão elaborada pelo Colóquio prescreve que também são consideradas refugiadas "as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública".[7] Acerca da extensão do conceito de refugiados, cabe ressaltar que França, Canadá e Estados Unidos reconheceram, oficialmente,

[5] Disponível em: <http://www.acnur.org/>. Acesso em 27 maio 2012.
[6] Entre os Embaixadores da Boa Vontade figuram: a cantora clássica Barbara Hendricks (nomeada em 1987), o ator egípcio Adel Imam (2000), a atriz norte-americana Angelina Jolie (2001), o estilista italiano Giorgio Armani (2002), o cantor e compositor francês Julien Clerc (2003), o cantor grego George Dalaras (2006), o cantor uruguaio Osvaldo Laport (2006), a cantora turca Muazzez Ersoy (2007) e o apresentador de televisão espanhol Jesús Vázquez (2008). Disponível em: <http://www.acnur.org/>. Acesso em 27 maio 2012.
[7] Declaração de Cartagena. Disponível em: <http://www.hrea.org/>. Acesso em 27 maio 2012.

que as mutilações genitais representam uma forma de perseguição, constituindo uma razão válida para solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

De acordo com Piovesan, "a definição ampliada e a definição clássica de refugiados não devem ser consideradas como excludentes e incompatíveis, mas, pelo contrário, complementares".[8] O Brasil regulou a questão dos refugiados segundo essa interpretação, na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça.

O governo brasileiro propôs, em agosto de 2004, um programa regional de Reassentamento Solidário, como resposta humanitária efetiva ao conflito na Colômbia e suas consequências nos países vizinhos que recebem o maior número de refugiados, especialmente Costa Rica, Equador, Panamá e Venezuela. Por meio do reassentamento, Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai recebem refugiados que continuam ameaçados ou não conseguem integrar-se ao primeiro país de refúgio.[9] Assim, fruto desta iniciativa, a população de reassentados no Brasil cresceu de 25 pessoas em 2003, para 208 pessoas em 2006 e para 397 em 2009.

Desse então, os programas estão sendo aprimorados, com a implementação de soluções inovadoras, entre as quais o acesso ao microcrédito e a programas de habitação local, que favorecem a integração e a independência dos refugiados no território nacional. Pela atuação desse Programa, em 2007, por exemplo, o Brasil promoveu o reassentamento de 108 refugiados palestinos vindos do Iraque.[10]

Estão refugiadas no Brasil, segundo dados de 2011, 4.401 pessoas, de 77 nacionalidades diferentes, sendo a maioria proveniente da África.[11] Mais do que qualquer outra pessoa, os refugiados necessitam de auxílio para recomeçar suas vidas, tendo em vista que são pessoas forçadas a se deslocar para preservar a integridade física e moral. O refugiado dispõe da

[8] PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.
[9] ONU. Organização das Nações Unidas. *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/acnur>. Acesso em 27 maio 2012.
[10] Ibidem.
[11] ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Dados sobre refúgio no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Dados_sobre_refugio_no_Brasil_-_Abril_2011a>. Acesso em 27 maio 2012.

proteção do governo brasileiro e pode, portanto, obter documentos, trabalhar, estudar e exercer os mesmos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro legalizado no Brasil.

Percebe-se uma grande evolução no tratamento jurídico destinado aos refugiados desde as primeiras iniciativas empreendidas após a Primeira Guerra Mundial. No entanto, a situação atual, na maioria dos países, encontra-se ainda muito distante do patamar protetivo almejado, de modo que se torna imprescindível garantir a todas as pessoas o acesso aos procedimentos de refúgio e à proteção internacional no mais alto nível, para que efetivamente consigam reconstruir suas vidas.

1.2 Refugiados e Direitos Humanos

Os refugiados, quando ingressam nas fronteiras de outro país, são considerados estrangeiros. A qualificação "estrangeiro" refere-se, conforme o ensinamento de Soares, à "qualidade ou *status* de um indivíduo que não tem os mesmos direitos nem os mesmos deveres daqueles outros indivíduos, os quais a ordem jurídica considera seus nacionais".[12] Porém, conforme o desenvolvimento da estrutura normativa moderna de direitos humanos, o nível de proteção que o Estado deve conceder ao indivíduo não distingue entre nacionais e estrangeiros.[13]

Em 1948, os países membros das Nações Unidas, reunidos em Paris, adotaram e proclamaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), introduzindo o que Piovesan denomina "concepção contemporânea de direitos humanos".[14] São características dessa nova concepção a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, uma vez que, além da violação de um direito implicar necessariamente o desrespeito ao demais, "a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos (...)".[15] Dessa forma, verifica-se que os Estados que recebem estrangeiros tem o dever de

[12] SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun., 2004. p. 170.
[13] Idem, p. 171.
[14] PIOVESAN, Flávia (Coord). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 9-10.
[15] Ibidem.

aplicar as normas protetivas de direitos humanos constantes da Declaração a todos, sem diferenciar indivíduos nacionais e estrangeiros.[16]

Com o desenvolvimento das normas internacionais de direitos humanos, as restrições que sempre existiram no ordenamento interno dos Estados em relação aos estrangeiros, perderam a razão de ser, pois, conforme Soares, "fazer discriminação em razão de origem nacional passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana".[17]

A nacionalidade, inegavelmente, é um vínculo importante e forte, que oferta ao indivíduo o "sentimento de pertencimento".[18] Essa ligação do indivíduo com a comunidade faz parte de uma dimensão sociológica, que, por um lado faz com que o indivíduo comprometa-se com o seu povo, fortalecendo assim a coesão interna da comunidade, mas por outro lado, promove o afastamento de estrangeiros.[19]

Conforme o artigo 14 (1) da DUDH, "toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países". Com base nessa norma, percebe-se que todas as pessoas submetidas a grave violação de direitos humanos tem o direito de acolhimento em um território seguro, capaz de oferecer-lhe proteção efetiva contra a sua devolução ao país de perseguição. Esse direito consagrado na DUDH deve ser visto de forma integrada com o direito dos Refugiados e seus respectivos documentos protetivos (Convenção de 1951 e Protocolo de 1967).

Para Piovesan, "o Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção".[20] A condição de refugiado é decorrente de um Estado que se mostrou incapaz de assegurar os direitos humanos dos indivíduos que nele habitam, por isso há uma ligação íntima entre a DUDH e a Convenção de 1951.[21]

---

[16] SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun., 2004. p. 171.
[17] Idem, p. 172.
[18] Idem, p. 173.
[19] Idem, p. 173.
[20] PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.
[21] Idem, p. 38.

Os direitos dos refugiados não se restringem apenas à DUDH, além dos seus documentos específicos, mas alcança os direitos garantidos também nas Convenções Internacionais contra a Tortura, sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, sobre os Direitos da Criança, entre outras. Segundo Piovesan, os direitos humanos dos refugiados devem ser protegidos antes, durante e depois da solicitação de asilo no país de acolhimento. Quando necessitam deixar seus países por motivo de guerra, as pessoas ficam em uma situação de extrema vulnerabilidade e, além das famílias se separarem, mulheres e crianças muitas vezes são vítimas de abusos e exploração sexual.[22] Enquanto os governos analisam o processo de concessão de asilo, que deve ser o mais rápido possível devido às circunstâncias, os direitos humanos dos que pleiteiam o *status* de refugiado precisam ser respeitados.

O Comitê Executivo do Programa do ACNUR já aprovou várias "Conclusões sobre a Proteção Internacional dos Refugiados" que indicam a sua preocupação com as normas mínimas básicas relacionadas ao tratamento das pessoas que aguardam resposta ao pedido de refúgio.[23] A conclusão n. 22, de 1981, aponta normas "próprias do domínio dos direitos humanos", como ensina Trindade, a exemplo do acesso à justiça e do princípio da não discriminação. Entretanto, o autor mostra que foi a conclusão n. 50, de 1988, que marcou, conforme seu próprio texto, "a relação direta existente entre a observância das normas de direitos humanos, os movimentos de refugiados e os problemas de proteção", referindo a necessidade de proteger os refugiados contra toda forma de detenção arbitrária e de violência, de fomentar os direitos econômicos e sociais básicos para alcançar a autossuficiência e de proteger os apátridas e eliminar as causas da apatridia.[24]

Importante para o desenvolvimento da convergência entre os direitos humanos e o direito dos refugiados também foram os trabalhos preparatórios do ACNUR para a Conferência de Viena promovida pela ONU, em 1993. Conforme Trindade, o ACNUR ressaltou na Reunião Regional Preparatória da América Latina e Caribe, "que só se pode conceber o Direito dos Refugiados no âmbito dos direitos humanos, de que é um "ramo especializado"".[25] Além disso, submeteu um estudo em Genebra, na etapa final dos trabalhos do Comitê Preparatório

[22] Idem, p. 44-45.
[23] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2° ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 394-395.
[24] Ibidem.
[25] Idem. p. 412.

da Conferência Mundial de Direitos Humanos, em que realçou os vínculos entre os direitos humanos e o direito dos refugiados, sugerindo a prevenção da situação de refúgio como o primeiro passo a ser seguido. As pessoas não precisarão deixar seus lares em busca de asilo se os órgãos de direitos humanos cuidarem, efetivamente, de prevenir fluxos maciços de refugiados a partir da eliminação de suas causas, como a perseguição e a privação arbitrária da nacionalidade.[26]

Todavia, caso não seja possível a prevenção, o país que acolhe o refugiado deve lhe conceder a proteção do direito e resgatar a sua cidadania perdida, rumo à recuperação da dignidade.[27] Mulheres e crianças, que constituem a grande maioria dos refugiados, quando são obrigadas a deixar seu país de origem, sua terra natal, trazem consigo lembranças, traumas, medo e insegurança, pois se nem sua pátria ofereceu-lhes proteção, como conseguirão se estabelecer em outro lugar, onde não se identificam com a língua, os costumes e os valores sociais?

O sentimento de perda das próprias origens, do passado que provavelmente não poderá voltar a ser vivido, acompanha o refugiado. Conforme Melo "seja o gorjear das aves, o nascer do sol nas praias ou o frio seco da montanha, nada substitui a lembrança da terra natal e os sonhos que dela permanecem".[28] Ainda segundo a autora, as dificuldades de convivência que os refugiados enfrentam no novo país só podem ser amenizadas em um ambiente que lhes proporcione efetiva integração, fortemente comprometido com a ideia de tolerância e de cidadania compartilhada.[29]

[26] Idem, p. 414.
[27] ALMEIDA, Guilherme Assis de. A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiados: breves considerações. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 166.
[28] MELO, Carolina de Campos de. Revisitando o conceito de refúgio: perspectivas para um patriotismo constitucional. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 265.
[29] Idem, p. 278-279.

2 A QUESTÃO AMBIENTAL COMO FATOR PROPULSOR DE REFUGIADOS

2.1. Refugiados ambientais: delimitações e controvérsias

Muito se discute sobre os fatores que influenciam as mudanças dos ecossistemas - como o aumento da temperatura global, a transformação do solo em áreas de cultivo, a introdução de novas técnicas para abastecimento de alimentos, o aumento excessivo dos nutrientes no solo e no mar - mas pouca ênfase governamental é conferida aos que sofrem as diretas consequências desses distúrbios ambientais. Entretanto, são inegáveis os prejuízos à qualidade de vida dessas pessoas, que são forçadas, inclusive, a se realocarem. Os denominados "refugiados ambientais" ou "deslocados ambientais" constituem uma nova categoria, caracterizada por indivíduos que foram obrigados a, temporária ou permanentemente, deixar sua residência e até mesmo seu país, em razão de uma catástrofe ambiental.

A análise da questão dos refugiados ambientais deve se enquadrar no contexto atual e crescente de preocupação com os problemas ambientais. A abordagem ecológica e seus reflexos na saúde física e mental desses indivíduos foi tradicionalmente ignorada pelas autoridades. Os impactos das rápidas mudanças das condições ambientais sobre os refugiados não é assunto adstrito apenas a interesses econômicos, mas, particularmente, ao nível de bem-estar humano.

Essa falta de interesse pelos refugiados ambientais somente é compreensível sob o ponto de vista da complexidade em delinear e quantificar as variáveis ambientais e as migrações. Keane[30] assevera que esta dificuldade reside em diferenciar os fatores que impulsionam o deslocamento. No entanto, a doutrina[31] parece ser uniforme na determinação dos cinco tipos de condicionantes que desencadeiam o fenômeno dos refugiados ambientais: desastres

[30] KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for meaning of "environmental refugees". In: WEISS, Edith Brown *et al*. *International environmental law and policy*. 2° ed. New York: Aspen Publishers. p. 480.
[31] Nesse sentido ver: HOLLIFIELD, Michael; FULLILOVE, Mindy Thompson; HOBFOLL, Stevan E. Climate Change Refugees. In: *Climate Change and Human Well-Being*, International and Cultural Psychology, chapter 8, USA: Springer Science, 2011. p. 135-162.

naturais, degradação ambiental alongo prazo, desenvolvimento econômico, acidentes industriais e conflitos civis são causas que contribuempara o aumento do número de refugiados que irão precisar de um lugar para viver. McNamara afirma que não apenas as variações climáticas nos ecossistemas, mas fatores econômicos, políticos, sociais e institucionais somados a processos nocivos de guerra civil e pobreza constituem a raiz do problema dos refugiados ambientais.[32]

Segundo o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, IPCC,[33] os efeitos adversos mais próximos de ameaçarem a sociedade, se já não a ameaçam atualmente, são a elevação do nível do mar, variações na temperatura global, períodos de secas e inundações, bem como intensas e frequentes tempestades, furacões e tsunamis. Essas alterações se enquadram nos desastres naturais originados de eventos não planejados, não articulados para produzir migrações, que tornam impróprios os lugares anteriormente habitados.[34]

Além de eventos naturais, também acidentes ocasionados por falha humana podem provocar o aparecimento de refugiados ambientais. O exemplo de maior proporção quanto a acidentes ocasionados por atividades industriais é o vazamento nuclear de Chernobil que causou de imediato 29 mortes e a necessidade de evacuação daqueles que habitavam dentro do raio de 30 kilômetros da estação de energia nuclear.[35] Também o caso da liberação de gases tóxicos em Bhopal, na Índia, em 1984, contribiu para evidenciar os gritantes riscos à vida da população causado por uma ineficiente administração industrial.[36]

---

[32] McNAMARA, Karen Elizabeth. *Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations.* Facing Global Environmental Change. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace, 1, vol. 4. 2007. p. 14.

[33] IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. *Cambio Climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.* Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2012.

[34] BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying humam migrations caused by environmental change. In: *Population & Environment*. Vol. 23, n. 5, New York: Human Science Press, 2002. p. 469.

[35] BENISTON, Martin. Issues relating to environmental change and population migrations: a climatologist's perspective. In: UNRUH, J.D.; KROL, M.S.; KLIOT, N. (eds.). *Environmental Change and its Implications for Population Migration*. v. 20, Netherlands: Kluwer Academic Publishers. 2004. p. 11.

[36] WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (ed.). *Global migrants, global refugees: problems and solutions*. US: Berghahn Books. 2001. P. 51.

Já nos casos das perturbações ambientais decorrentes de conflitos armados, percebe-se que o deslocamento de populações específicas ocorre de forma intencional.[37] Keane pontua que a guerra propicia o núcleo de devastação dos recursos naturais, notadamente porque os serviços do meio ambiente podem ser utilizados como uma arma de destruição ou porque o ponto nevrálgico do conflito reside na possessão de terras e de recursos naturais.[38]

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNEP) foi a primeira agência da ONU a divulgar relatório sobre os refugiados ambientais. Desde essa publicação, no ano de 1985, o reconhecimento e o número dos refugiados ambientais vêm crescendo drasticamente.

O diretor das Nações Unidas no ano de 2000, Klaus Toepfer, confirmou que existiam ao menos 25 milhões de refugiados ambientais contra o total de 22 milhões de refugiados de guerra.[39] Verifica-se, neste cenário de incertezas, a necessidade de proteção a pessoas que, devido as mais diversificadas situações de calamidades ambientais, não têm condições de regressar em segurança aos seus países de origem.

Essam El-Hinnawi, em 1985, conceituou refugiados ambientais como,

> Aqueles indivíduos forçados a deixar sua terra natal, temporariamente ou permanentemente, devido a uma perturbação causada ao meio ambiente (natural e/ou desencadeada pela força humana), expondo-os em perigo ou afetando a qualidade de vida. Por perturbação ambiental entende-se qualquer mudança física, química ou biológica no ecossistema que possa torná-lo, de maneira temporária ou permanente, impróprio para sustentar a vida humana.[40]

Percebe-se que tal definição é um tanto ampla. Não distingue os refugiados ambientais de outros tipos de imigrantes, nem tece considerações sobre os diferentes tipos de refugiados

---

[37] BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. In: *Population & Environment*. Vol. 23, n. 5, New York: Human Science Press. 2002. p. 469.

[38] KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for meaning of "environmental refugees". In: WEISS, Edith Brown *et al*. *International environmental law and policy*. 2° ed. New York: Aspen Publishers. p. 481.

[39] TOEPFER, Klaus. *Environmental Security, Stable Social Order and Culture*. Teri Silver Jubilee Conference Series New Delhi, February 2000. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=115&ArticleID=1758&l=en>. Acesso em 9 de maio de 2012.

[40] Tradução nossa do original: "those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life [sic]. By 'environmental disruption' in this definition is meant any physical, chemical, and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life." EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Kenya: United Nations Environmental Programme. 1985. p. 4

ambientais, tais como os que podem ser definidos em razão de catástrofes, expropriações ou deteriorações ambientais.

Devido a tal fato, a literatura não é pacífica quanto à definição do termo refugiados ambientais. O conceito varia segundo os objetivos de diferentes organizações internacionais e especialistas nas áreas que permeiam o assunto (ciências sociais e humanas, geografia, ecologia, política internacional e interna). A evidência da falta de consenso metodológico na pesquisa desta modalidade de migração forçada por condicionantes ambientais também contribui para a diversidade de termos utilizados para identificar os participantes neste processo.

De acordo com Terminski, "refugiados ambientais" ilustra muito bem a natureza coercitiva da mudança da localidade de habitação, bem como a complexidade e a diversidade dos fatores subjacentes.[41] Afirma o autor que os refugiados ambientais não constituem uma categoria jurídica separada ou institucionalmente desenvolvida, mas sim uma construção teórica de um tipo político e social, razão pela qual deveriam receber o mesmo tratamento do que os refugiados políticos. [42]

Tanto o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), quanto a Organização Internacional para Imigração e o Grupo de Política para os Refugiados prefiriram não utilizar o termo "refugiados ambientais" e adotaram a expressão "*environmentally displaced persons*." [43] Tal expressão designa indivíduos que foram deslocados de sua morada habitual ou que tenham ultrapassado as fronteiras de seu país devido a degradação, deterioração ou destruição ambiental.

Importa salientar que a terminologia "deslocados ambientais" não significa "deslocados internos". Estes são grupos de pessoas que foram obrigados a fugir ou abandonar suas casas devido aos efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou de catástrofes naturais, sem que lhes fosse necessário cruzar uma

[41] TERMINSKI, Bogumil. *Towards Recognition and Protection of Forced Environmental Migrants in the Public International Law: Refugee or IDPs Umbrella*. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2029796>. Acesso em 15 de maio de 2012. p.18.
[42] Ibidem, p.19.
[43] A possível tradução para o termo "environmentally displaced persons" seria deslocados ambientais.

fronteira estatal internacionalmente reconhecida, ou seja, deslocam-se dentro das fronteiras de seu país.[44]

Entre os autores que discordam da classificação da tipologia de refugiados ambientais, McGregor[45] sustenta que a palavra suplementar "ambiental" à categoria dos refugiados implica incorretamente que as mudanças ambientais são causa para o deslocamento da população. Complementa afirmando que essa classificação acaba por encobrir as complexas razões pelas quais os indivíduos são obrigados a procurar abrigo internacionalmente.

Há aqueles que consideram os refugiados ambientais como imigrantes. Segundo o Alto Comissariado da ONU para Refugiados,[46] imigrante pode ser definido como quem voluntariamente deixa o seu país para ter residência em outro lugar. Segundo essa perspectiva, os acidentes ambientais e suas consequências desastrosas não seriam fatores suficientes para determinar que indivíduos deixassem tudo que lhes é mais valioso para começar de novo em outro país. Acredita-se que tais indivíduos estariam, na verdade, em busca de oportunidades econômicas melhores em outros países.

Em complementação, os membros da Diplomacia Estrasburgo[47] sugerem distinguir duas categorias principais de migrantes relacionadas ao meio ambiente: os "migrantes ambientais" e os "refugiados ambientais". Os primeiros incluem grupos de pessoas que se deslocam de seu lugar habitual de residência devido a circunstâncias previsíveis e de longo prazo causadas por fatores ambientais, temporária ou permanentemente, dentro de seu próprio país. Já os refugiados ambientais são grupos de pessoas subitamente expulsas do seu país, devido ao fato de suas vidas, seus meios de subsistência e bem-estar terem sido colocados em sério risco por causa dos processos ambientais adversos. Terminski, neste sentido, acredita ser "impossível

[44] PATIL, Yuvraj D. *Disaster affected Environmental Refugees & Human Rights*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2002497>. Acesso em 09 de maio de 2012. p. 5.
[45] McGREGOR, JoAnn. *Are there environmental refugees?* Disponível em: <http://www.fmreview.org/RPN/18.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2012. p. 8
[46] ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status.* Geneva: ACNUR. 1992. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/refugeehandbook.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2012.
[47] Strasbourg Diplomacy Working Paper. *Climate change and migration.* Human Rights Council. Disponível em: <http://strasdiplomacy.web.officelive.com/Documents/Resolution%202.3.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2012.

reduzir a compreensão contemporânea de refugiados somente às pessoas que atravessam as fronteiras do Estado (ou, por exemplo, se beneficiam de assistência do ACNUR).”[48]

William Wood, por sua vez, propõem o uso da terminologia “ecoimigrante” que relaciona indivíduos entrelaçados pelo processo, muitas vezes desestabilizador do desenvolvimento econômico. Aponta que a expressão “refugiado ambiental” é imprecisa, eis que fatores ecológicos afetam a maior parte dos imigrantes, não exclusivamente aos refugiados. “Ecoimigrantes”, então, incluiria tanto aqueles que se deslocaram voluntariarmente para novas áreas a fim de explorar os recursos naturais ali existentes, quanto os que foram forçados a se deslocar devido à degradação ambiental.[49]

Neste sentido, a afirmação de que o uso do termo refugiados ambientais é incorreta faz parte de uma construção social embasada pela omissão em reconhecer e atribuir identidade a esses sujeitos. A autora McNamara[50] assevera que um dos motivos pelos quais as Nações Unidas não solidifica uma política em prol dos refugiados ambientais está na tentativa de afastar a responsabilidade dos Estados para lidar com essa questão. A capacidade da comunidade internacional para proteger e ajudar os refugiados ambientais é fortemente dependente da vontade dos Estados de reconhecê-los como um problema tanto humano quanto político.[51]

Por conseguinte, apesar dos primeiros estudos sobre a questão do deslocamento ambiental datar de meados dos anos 80, o consenso conceitual ainda não foi atingido. Tampouco, infortunadamente, nenhuma dessas definições encontra guarida na Convenção de Refugiados de 1951.

---

[48] Ibidem, p.13.
[49] WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (ed.). *Global migrants, global refugees: problems and solutions*. US: Berghahn Books, 2001. p. 47.
[50] McNAMARA, Karen Elizabeth. Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations. *Facing Global Environmental Change*. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace, 1, vol. 4. 2007. p. 15.
[51] Ibidem, p. 21.

2.2. Efeitos negativos do não reconhecimento dos "refugiados ambientais"

A Convenção das Nações Unidas sobre Refugiados de 1951 e o Protocolo dessa Convenção, de 1967, compõem os documentos internacionais que asseguram aos refugiados proteção e asilo. A Convenção, no seu artigo 1°, §1°, define quem são os refugiados, delineia seus direitos e estipula os deveres dos Estados-signatários.

A definição expressa do artigo 1°, conforme McNamara,[52] não se estende para os indivíduos que fogem, deixam sua morada habitual ou pátria por causa de mudanças ambientais catastróficas. Em 1951, quando a Convenção das Nações Unidas sobre Refugiados foi elaborada, seu objetivo não foi pensado para enquadrar tais grupos de pessoas. Entretanto, modernamente reinvindica-se uma interpretação bastante extensiva para incluí-los.

Enquanto existe um regime sólido, concreto e relativamente eficaz sobre a proteção dos refugiados políticos, as instituições governamentais estão se deparando com significativos obstáculos na tentativa de responder às necessidades dos refugiados ambientais. Na verdade, não existe texto legal que vincule os Estados-signatários da Convenção dos Refugiados ao reconhecimento da situação dos indivíduos que se tornam desabrigados pelos desastres ambientais.

Seguindo a esteira de proteção dos Direitos Humanos, é possível que os refugiados ambientais encontrem tutela jurídica sob a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Convenção dos Refugiados expressamente reconhece que a condição de refugiado resulta da ausência de direitos humanos, bem como atribuiu aos refugiados o direito à proteção internacional, ou conforme o artigo 14 (1) da Declaração de Direitos Humanos,[53] o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países. Então, Keane[54] assevera que uma possível solução seria estender a definição de refugiados contida na Convenção de 1951 de acordo com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

---

[52] Ibidem, p. 13.

[53] Artigo XIV: 1.Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10 de maio de 2012.

[54] KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for meaning of "environmental refugees". In: WEISS, Edith Brown *et al*. *International environmental law and policy*. 2° ed. New York: Aspen Publishers. p. 483.

Uma Conferência promovida pelo governo das Maldívias, em 2006, contou com representantes dos governos, das agências das Nações Unidas e de organizações ambientais em prol dos direitos humanos para a discussão de programas e instrumentos para a tutela dos refugiados ambientais. Uma das significativas sugestões feitas em 2006 foi a emenda à Convenção de 1951 para incluir a proteção dos refugiados ambientais. Entretanto, é questionável não só a viabilidade política, mas também a eficácia de tal alteração, se algum dia for aceita.[55]

Percebe-se que os Estados não almejam assumir mais obrigações vinculativas à proteção dos refugiados. Isto porque existem limites na capacidade dos países que acolhem os refugiados ambientais. Muitos países em vias de desenvolvimento, cujos recursos naturais e financeiros já são escassos, por causa do súbito influxo de refugiados ambientais, veem-se confrontados com os efeitos sociais e econômicos desestabilizadores. De acordo com Myers[56] pelo fato dos países desenvolvidos serem o principal destino dos refugiados ambientais, verifica-se o aumento de medidas que restrinjam ainda mais os fluxos dessa categoria.

Dentre essas ações que objetivam prevenir a entrada de refugiados ou a obtenção de asilo nos seus territórios, incluem-se barreiras tanto de natureza física, quanto de natureza jurídica. O destaque, ainda que pequeno, concedido à questão dos refugiados ambientais, garantiu espaço na agenda internacional justamente por tratar do impacto criado sobre o quadro de segurança política. A abordagem centrada nessa securitização cria obstáculos ainda maiores para atender às necessidades destas populações.[57]

Na verdade, os refugiados ambientais deveriam ganhar a atenção da sociedade mais em razão dos desafios que esses movimentos criam para a vida e bem-estar dos desabrigados. O Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados apontou que "a inexistência de padrões de tratamento uniformizados a nível internacional, conduz, por vezes, a que os refugiados caiam no esquecimento."[58]

---

[55] DUYGULU, Sirin. *Unpacking the Question of Rights for Environmental Refugees*: *what if securitization is not the only thing to blame*? APSA 2011 Annual Meeting Paper. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1902669>. Acesso em 4 de maio de 2012. p. 5.
[56] MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. 2005. Disponível em: <http://www.osce.org/eea/14851>. Acesso em 17 de maio de 2012. p. 3.
[57] Ibidem, p. 2
[58] ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Proteção Internacional em Situações de Influxo em Larga Escala*. Nota sobre Proteção Internacional. Comitê Executivo do ACNUR. 46ª sessão. 1995. p. 3.

No entanto, a implementação dos direitos dos refugiados ambientais não precisa depender de um argumento de injustiça histórica, assim como se justifica a proteção dos refugiados políticos. Se a mudança climática imprime impactos negativos sobre a distribuição dos benefícios e encargos entre as pessoas ou sociedades, Bell [59] acredita que os refugiados ambientais gozariam de um crédito sobre aqueles melhor posicionados para lidar com efeitos adversos.

Em contrapartida, a adesão aos instrumentos para aliviar o sofrimento dos refugiados diminui drasticamente em relação à escala crescente do problema. Tendo em vista que a situação dos refugiados ambientais caminha no sentido do seu agravamento, torna-se iminente a definição de quais direitos podem usufruir e quais são os deveres da sociedade para com esse grupo de indivíduos que carece de proteção jurídica. Para tanto é preciso ampliar a interpretação sobre o conceito de refugiados em geral. É insustentável o carecimento de reconhecimento dos refugiados ambientais fundamentado na tese de que não há modo institucionalizado para lidar com eles.[60]

A falta de reconhecimento oficial, por parte dos governos ou das agências internacionais, do problema dos refugiados ambientais traz consequencias dramáticas e por vezes irreversíveis, refletindo o ceticismo sobre a gravidade da situação das pessoas deslocadas por perturbações ambientais. A alteração das condicionantes ambientais produz efeitos no bem-estar e na saúde humana. São inúmeros os efeitos negativos, incluindo insuficiência nutricional devido às secas, doenças causadas pelas alterações drásticas na temperatura, doenças contagiosas por insetos e pela contaminação da água.

As normas de proteção internacional ao meio ambiente precisam ser consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana.[61] Assim, para assegurar uma proteção internacional, seria eficaz o empreendimento de esforços globais para tratar deste relevante e crucial problema, de maneira a promover o apoio e participação dos Estados e organismos internacionais. Estratégias devem ser delineadas no sentido de reforçar a implementação e a extensão da interpretação da Convenção de 1951, do

[59] BELL, Derek R. *Environmental Refugees: What Rights? Which Duties?* Vol. 10, n. 2. Res Publica. Kluwer: Netherlands. 2004. p. 139.
[60] MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. 2005. Disponível em: <http://www.osce.org/eea/14851>. Acesso em 17 de maio de 2012. p. 4.
[61] SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Baueri: Manole, 2003. p. 173.

Protocolo de 1967 e dos instrumentos regionais existentes para promover a incorporação da condição de refugiados ambientais e, assim, assegurar direitos e garantias aos deslocados por uma mudança súbita ambiental.

CONCLUSÃO

O tema dos refugiados é de extrema relevância na sociedade atual, marcada por intensos conflitos internos nos países, especialmente árabes e africanos, e também por mudanças cada vez mais surpreendentes da natureza. Esses dois fatores – guerra e desastres naturais – fazem com que muitas pessoas sejam obrigadas a atravessar as fronteiras de seu país em busca de abrigo e proteção em outro local.

Os países que recebem refugiados, juntamente com o apoio da comunidade internacional devem estar preparados para conceder direitos básicos a esses indivíduos. Porém, muitas vezes, a proteção ocorre de forma insuficiente, gerando violação de direitos humanos e um maior abalo psicológico nesses seres que, de forma totalmente alheia à sua vontade, não podem mais permanecer na sua terra natal.

A questão dos refugiados assume uma nova dimensão a partir do momento que as alterações climáticas e nos ecossistemas interagem negativamente com a dinâmica social. Da mesma forma que os refugiados de guerra recebem o enquadramento de um estatuto jurídico datado de 1951, os refugiados ou deslocados ambientais, seja qual for a expressão que melhor designe o fenômeno, reclamam a devida proteção jurídica. A fim de conceder uma resposta à violação dos direitos humanos e garantir o bem-estar, é necessário que aqueles indivíduos forçados a se deslocar de sua morada habitual em resultado das catástrofes ambientais recebam a devida proteção jurídica e, assim, gozem de padrões de tratamento uniformizados a nível internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro.* Disponível em:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro/>.

ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Dados sobre refúgio no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Dados_sobre_refugio_no_Brasil_-_Abril_2011a>.

ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status.* Geneva: ACNUR. 1992. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/refugeehandbook.pdf>.

ACNUR. Agência das Nações Unidas para Refugiados. *Proteção Internacional em Situações de Influxo em Larga Escala*. Nota sobre Proteção Internacional. Comitê Executivo do ACNUR. 46ª sessão. 1995.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiados: breves considerações. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11° ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2011.

ARENDT, Hannah. Entre o passado e o future. 6° ed. São Paulo: Perspectiva. 2007.

BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population & Environment*. Vol. 23, n. 5, New York: Human Science Press. 2002.

BELL, Derek R. *Environmental Refugees: What Rights? Which Duties?* Vol. 10, n. 2. Res Publica. Kluwer: Netherlands. 2004.

BENISTON, Martin. Issues relating to environmental change and population migrations: a climatologist's perspective. In: UNRUH, J.D.; KROL, M.S.; KLIOT, N. (eds.). *Environmental Change and its Implications for Population Migration*. v. 20, Netherlands: Kluwer Academic Publishers. 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2° ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2003.

DUYGULU, Sirin. *Unpacking the Question of Rights for Environmental Refugees*: *what if securitization is not the only thing to blame*? APSA 2011 Annual Meeting Paper. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1902669>.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Kenya: United Nations Environmental Programme. 1985.

IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. *Cambio Climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.* Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf>.

HOLLIFIELD, Michael; FULLILOVE, Mindy Thompson; HOBFOLL, Stevan E. Climate Change Refugees. In: *Climate Change and Human Well-Being*, International and Cultural Psychology, chapter 8. USA: Springer Science. 2011.

KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for meaning of "environmental refugees". In: WEISS, Edith Brown *et al*. *International environmental law and policy*. 2° ed. New York: Aspen Publishers.

McGREGOR, JoAnn. *Are there environmental refugees?* Disponível em: <http://www.fmreview.org/RPN/18.pdf>.

McNAMARA, Karen Elizabeth. Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations. *Facing Global Environmental Change*. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace, 1, vol. 4. 2007.

MELO, Carolina de Campos de. Revisitando o conceito de refúgio: perspectivas para um patriotismo constitucional. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. 2005. Disponível em: <http://www.osce.org/eea/14851>.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.* Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/acnur>. Acesso em 27 maio 2012.

PATIL, Yuvraj D. *Disaster affected Environmental Refugees & Human Rights*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2002497>.

PIOVESAN, Flávia (Coord). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora. 2008.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Baueri: Manole, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun., 2004.

STRASBOURG DIPLOMACY. *Climate change and migration.* Human Rights Council. Disponível em: <http://strasdiplomacy.web.officelive.com/Documents/Resolution%202.3.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2012.

TERMINSKI, Bogumil. *Towards Recognition and Protection of Forced Environmental Migrants in the Public International Law: Refugee or IDPs Umbrella*. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2029796>.

TOEPFER, Klaus. *Environmental Security, Stable Social Order and Culture*. Teri Silver Jubilee Conference Series New Delhi, February 2000. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=115&ArticleID=1758&l=en>.

WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (ed.). *Global migrants, global refugees: problems and solutions*. US: Berghahn Books. 2001.

O ICMS-ECOLÓGICO: CRITÉRIOS LEGAIS

THE ECOLOGICAL-ICMS: LEGAL STANDARDS

Matheus Linck Bassani

Sumário: Introdução. 1 Repartição das receitas tributárias como ramo do direito financeiro. 2 A repartição das receitas tributárias na constituição federal de 1988. 3 Breves considerações acerca do ICMS. 4 Constituição Federal e meio ambiente. 5 Caráter residual da união para eventual instituição de imposto ambiental. 6 O ICMS-ecológico e os critérios legais para repartição da receita. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo verificar a aplicação do ICMS-Ecológico, que se constitui numa forma de repartição da receita oriunda da receita proveniente da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), como forma de incentivo à proteção ambiental. Situado na Seção VI, do Capítulo I da Constituição Federal, o tema da repartição das receitas tributárias é abordado como ramo do direito financeiro. A forma de repartição das receitas tributárias, com enfoque para a repartição do produto arrecadado pelos Estados decorrente do ICMS é analisada, bem como algumas considerações acerca desse imposto. Analisa-se e discute-se a relação entre a Constituição Federal e o meio ambiente, visando a verificar a viabilidade de instituição de um imposto ambiental, salientando os princípios da extrafiscalidade e o da não-vinculação da receita. Por fim, o tema do ICMS-Ecológico é tratado como uma solução imediata para a urgência ambiental, analisando-se seus critérios quantitativos e qualitativos para estimular os municípios a receberem parte da receita a ser repassada pelos Estados.

Palavras-chave: ICMS-Ecológico – Repartição de receita – Meio-ambiente – Imposto ambiental – Critérios legais

Abstract: *The purpose of this study is to promote the discussion about the possibility of stimulate the environmental protection by distribution of Services and Merchandises Traffic Income Tax – ICMS – motivated by the critical situation of our environmental, which claims urgent measures for stopping its degradation. The income distribution as a financial law, described into the Brazilian Federal Constitution, is a very important question treated in this paper. After these first points, the ICMS is analyzed, bringing its characteristics. Aspects of environmental law and the Brazilian Constitution are discussed, to establish an environmental tax, beyond the extrafiscal and non-binding public revenue principles. Finally, this paper finds the Ecological ICMS theme as an immediate solution, analyzing its qualitative and quantitative standards to stimulate the cities to receive part of the public revenue distributed by the States.*

Keywords*: Ecological-ICMS - Distribution of revenue - Environment - Environmental tax – Legal standards*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo verificar a aplicação do ICMS-Ecológico, que se constitui numa forma de repartição da receita oriunda da receita proveniente da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), como forma de incentivo à proteção ambiental.

Inicialmente, será abordado o tema da repartição das receitas tributárias como ramo do direito financeiro, diante do fato que o ICMS-Ecológico é uma forma de repartição do produto arrecadado pelos Estados decorrente do ICMS, e não uma espécie de imposto.

Dentro dos limites estabelecidos neste estudo, serão apresentadas breves considerações acerca do ICMS, no intuito de subsidiar a discussão do tema.

Uma vez esclarecida a forma de repartição das receitas decorrentes do ICMS, será analisada a relação entre a Constituição Federal e o meio ambiente, introduzindo o leitor para esse tema de fundamental relevância no nosso sistema jurídico e social.

As questões ambientais têm suscitado preocupação mundial nos últimos anos, mais precisamente no que se refere às bruscas mudanças climáticas e o aquecimento do planeta. Logicamente, isso decorre da alta produção de poluentes pelo homem, gerado pelo consumismo exacerbado, e pela sua inobservância no cuidado do meio ambiente.

Mesmo na perspectiva de existir questionamentos sobre a viabilidade jurídica de instituição imediata de um imposto ambiental direto, a premência de proposição de medidas de promoção da conservação e proteção do meio ambiente denota a necessidade de reflexão sobre o tema. Tal questão será abordada analisando-se o caráter residual da União, como única forma de instituição da espécie imposto ambiental, orientado pelos princípios da extrafiscalidade e o da não-vinculação da receita.

Por fim, será analisado um dos mecanismos adotados por alguns Estados da federação do Brasil como forma de incentivo à proteção ambiental, ora denominado de ICMS-Ecológico, bem como seus critérios qualitativos e quantitativos, para estimular os municípios a receberem parte da receita a ser repassada pelos Estados.

1 REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS COMO RAMO DO DIREITO FINANCEIRO

Inicialmente, a previsão constitucional de repartição das receitas tributárias não altera a distribuição de competências, pois não influi na privatividade do ente federativo em instituir e cobrar seus próprios impostos, influindo, tão-somente, na distribuição da receita

arrecadada.[1]

A repartição das receitas tributárias está prevista nos artigos 157 a 162, da Seção VI, do Capítulo I, do Título VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como se pode extrair do próprio texto constitucional, a repartição das receitas tributárias está contida no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional, por isso necessária esta breve discussão.

O Direito Tributário ocupa-se do estudo da tributação, desde a instituição do tributo, até a arrecadação dos valores pecuniários, ou, quando o tributo deixa de existir, seja pelo pagamento, seja por uma das causas extintivas do crédito tributário. O destino do produto da arrecadação, portanto, não é objeto do direito tributário, mas sim, do direito financeiro e, eventualmente, do direito administrativo.

Como bem salienta Roque Antonio Carraza, a repartição das receitas tributárias interessa ao Direito Financeiro, que tem por objeto o estudo jurídico da atividade financeira do Estado, compreendendo os temas de obtenção, gestão, guarda e destinação dos recursos públicos.[2]

Complementando, Paulo de Barros Carvalho[3] afirma que a atividade tributária do Estado é apenas um simples tópico do Direito Financeiro, ou seja, esse último abrigaria o Direito Tributário, e por isso, não se confundem. No entanto, o sistema jurídico deve ser analisado e interpretado de forma una, interligando estes dois segmentos mediante os diferentes preceitos e instrumentos legais, independentemente da divisão teórica e didática dos ramos do direito.

Afinal, a "vontade" da Constituição Federal deve ser atingida, mediante a concretização de seus preceitos fundamentais.

---

[1] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. até a EC n°55/07. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1938.

[2] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 14ª edição, rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 445.

[3] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18.

2 A REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os artigos 157 a 162 da Constituição Federal regulamentam as relações entre os entes tributantes, e não entre o poder público e o contribuinte. Isto quer dizer que somente poder-se-á falar em participação no produto da arrecadação do tributo após ele ter sido instituído pela pessoa política competente e nascido, com a ocorrência do fato imponível.[4]

Sucintamente, Geraldo Ataliba afirma que:

> *(...) a hipótese de incidência é a descrição hipotética e abstrata de um fato. É parte da norma tributária. É o meio pelo qual o legislador institui um tributo. Está criado um tributo, desde que a lei descreva sua hipótese de incidência, a ela associando o mandamento "pague".*[5]

Logicamente, impossível que haja a repartição da receita tributária sem a devida instituição dos respectivos tributos, sendo que uma das espécies é o imposto (artigos 145, I, e 153 a 156 da CF).

Somente o produto de outra espécie de tributo é também repartida, conforme inciso III, art. 159, da CF, que é o decorrente da arrecadação da contribuição de intervenção sobre o domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, prevista no art. 177, §4º, da CF.

Frisa-se que a instituição e exigência de tributo é de competência privativa do legislador, devendo ser sempre respeitado o princípio da legalidade, previsto no art. 150, I, da CF.[6] Em outras palavras, fica claro que, caso não for estabelecida a relação jurídica tributária entre Fisco e contribuinte, não poderá ser estabelecida a relação jurídica financeira, que é a repartição da receita tributária entre os entes públicos.

---

[4] CARRAZZA, 2000, p. 442.
[5] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 66.
[6] ATALIBA, 2006, p. 66.

Como se extrai do texto constitucional (Art. 158, IV, CF), verifica-se que pertencem aos municípios vinte e cinco por cento (25%) do produto da arrecadação do ICMS pelo Estado.

Conforme parágrafo único, do art. 158, da CF, as parcelas de receita pertencentes aos municípios, mencionadas no inciso **iv**, serão creditadas conforme os seguintes critérios: (I) - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; **(II) - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.**

Portanto, verifica-se que um dezesseis avos (1/16) de todo o produto da receita dos Estados poderá ser repassado aos municípios, conforme critérios dispostos em lei estadual, que serão adiante analisados de forma mais específica.

Antes de serem analisados os critérios que levaram a alguns Estados a repassarem parcela de receita do ICMS a determinados municípios, conforme seu grau de desenvolvimento da sustentabilidade ambiental, vejamos, senão, alguns breves aspectos relativos ao próprio ICMS.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ICMS

O imposto, espécie de tributo, poderá ser instituído pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme dispõe o art. 145, I, da CF. Conforme art. 16 do CTN, "*imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.*"

Pelas primeiras definições, verifica-se que o imposto é desvinculado de atuação estatal. O ilustre professor Geraldo Ataliba refere que, sob a perspectiva jurídica, basta identificar a materialidade da hipótese de incidência como consistente em um fato não configurador de atuação estatal, para se reconhecer a natureza de imposto ao tributo figurado.[7]

[7] ATALIBA, 2006, p. 138.

Diante desse cenário, necessário se faz tecer algumas considerações acerca do ICMS. A materialidade do ICMS é um tanto complexa, por se dirigir tanto à operação mercantil, quanto a prestação de serviços específicos. Para instituí-lo, a competência cabe única e exclusivamente aos Estados e Distrito Federal, conforme o art. 155, II, da CF.

Um dos principais princípios do ICMS é o da não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, conforme inciso I, §2º, do art. 155, da CF.

Outro princípio de suma importância é o da seletividade, aplicado em função da essencialidade das mercadorias e serviços, conforme inciso III, §2º, do art. 155, da CF. Tal princípio pode ser usado, principalmente, com intuito extrafiscal, incentivando ou desmotivando o consumo conforme a alíquota incidente sobre o produto.

O ICMS é um imposto que, necessariamente – e como todos os outros -, só poderá ser exigido quando estiverem presentes os critérios da regra-matriz de incidência tributária, organizados no descritor (hipótese) e prescritor (conseqüência).

Não se analisará no presente estudo especificamente os critérios da regra-matriz tributária do ICMS, uma vez que o foco principal é a análise dos critérios e benefícios da repartição do produto arrecadado aos municípios, como forma de incentivo à proteção ambiental.

Pois bem, uma vez subsumido o fato à hipótese de incidência, deverá o imposto ser recolhido aos cofres estaduais, gerando receita tributária.

Por ser um imposto não vinculado à atuação estatal, caracteriza-se pelo caráter nitidamente arrecadatório ou fiscal, inexistindo destinação específica para o produto arrecadado.

Em média, o produto arrecadado decorrente da exigência do ICMS representa 90% do total da arrecadação da Fazenda dos Estados, constituindo uma das mais importantes fontes de renda.[8] Isso significa que os Estados dependem substancialmente do produto arrecadado decorrente do ICMS, sob pena de ficarem impossibilitados de cumprir suas obrigações legais.

[8] COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. Instrumentos jurídicos econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 39, n. 154, abr-jun, p. 189-201, 2002.

A seguir, serão abordadas questões relativas à possibilidade da contribuição do produto decorrente dos impostos como incentivo à proteção ambiental, bem como aos benefícios que a receita do ICMS traz aos municípios que adotam políticas ambientais, conforme o preenchimento dos requisitos previstos em lei estadual.

5 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E MEIO AMBIENTE

O art. 225, da Constituição Federal, dispõe acerca do meio ambiente, tema essencial que merece a nossa devida atenção. O *caput do* referido artigo tem a seguinte redação:

> *Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.*

O direito de todos a um ambiente preservado e ecologicamente equilibrado representa um notável e indiscutível avanço social, político e jurídico, principalmente em razão de estar assentado em sede de Constituição Federal, que dedica um capítulo ao meio ambiente, além de referências explícitas e implícitas.[9]

Brevemente, podem-se extrair do artigo 225, da CF, os princípios estruturantes do Direito Ambiental, quais sejam, (i) o princípio da essencialidade do meio ambiente – para a vida humana e para a vida no planeta como um todo – (ii) o princípio da eqüidade intergeracional – que expressa a opção de preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações – e (iii) o princípio da incolumidade do meio ambiente – que objetiva garantir esse direito essencial às presentes e futuras gerações, bem como à manutenção da riqueza ambiental.[10]

Além desses acima citados, adota-se como norte para instrumentação de efetivação da proteção ao meio ambiente o princípio do poluidor-pagador, que, conforme Michel

[9] ZEOLA, Senise Freire Chacha. ICMS – instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. *Revista de Direito e Política*., v. 8., jan-mar, p. 55-78, 2006.
[10] SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental*. 1ª ed., 2ª. tir., Curitiba: Juruá, 2007. p. 197.

Prieur[11], analisando-o em dois sentidos, amplo e restrito, aponta em uma acepção *lata* que o princípio visa imputar ao poluidor o custo social da poluição gerada; e, em uma acepção mais limitada, visa obrigar o poluidor a suportar a carga das despesas da luta contra a poluição.

Outros importantes princípios são o da tolerabilidade, o da precaução e o da prevenção. O primeiro age, mais precisamente, na identificação dos atos lícitos, mas prejudiciais ao meio ambiente, que devem ser tolerados, ou não incentivados.[12]

O princípio da precaução é utilizado como forma de proteger a sociedade contra a possibilidade de determinadas atividades em face de as incertezas científicas de seus efeitos gerarem danos irreparáveis ao homem e ao meio ambiente. Para tanto, esse princípio orientará a não tomar decisões arriscadas enquanto suas possíveis consequências não sejam conhecidas suficientemente bem, sob o prisma científico.[13]

Já o princípio da prevenção parte do pressuposto que determinada atividade possui iminente potencial danoso ao meio ambiente, e, na hipótese de ocorrência do dano, dificilmente ele poderá ser reparado. Por isso, a medida preventiva deve ser adotada, no intuito de evitar um dano definitivo ao meio ambiente.[14]

Os princípios de Direito Ambiental devem ser respeitados, muito em razão de sua finalidade básica que é a proteção da vida, com objetivo de garantir a existência dos seres humanos desta e das futuras gerações, conciliando estes elementos com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado.[15]

O ponto de vista de Fabio Nusdeo deve ser lembrado, quando afirma que não é possível estabelecer ou antever um limite para as necessidades humanas, como a procura por novos bens e serviços, podendo elas serem multiplicadas ao infinito. Por outro lado, os recursos com que conta a humanidade para satisfazê-las apresentam-se finitos e severamente limitados.[16]

---

[11] PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 135. *Apud* AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.
[12] AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 127-130.
[13] AMARAL, 2007, p. 146.
[14] AMARAL, 2007, p. 151-152.
[15] BRITTO NETO, José Gomes de. A utilização do ICMS "ecológico" como um instrumento de política pública para a manutenção do meio ambiente sustentável. *Revista da Esmese*, n. 6, p. 89-100, 2004.
[16] NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

Afirma, ainda, que tal limitação é insuperável, apesar dos avanços tecnológicos em prorrogar o ponto de ruptura, ou seja, quando a exaustão dos bens disponíveis à espécie humana levaria, se não ao colapso, pelo menos à progressiva estagnação de todo o processo econômico.[17]

Isso significa que o ser humano deverá administrar a extração ou utilização dos recursos naturais de forma sensata e sustentável, sob pena de esgotá-los, e, conseqüentemente, de tornar a vida no planeta literalmente impossível.

Nos dias atuais, a sociedade altamente consumista acelera o ritmo da escassez de recursos, e, por isso, a preocupação cada vez maior em estimular a preservação do meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 previu no seu art. 170, VI, que trata da ordem econômica, a defesa do meio ambiente como um dos princípios norteadores da atividade econômica, *in verbis*:

> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
> *(...)*
> ***VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)***
> **(grifo nosso)**

Como se depreende dos dispositivos acima, verifica-se que a defesa do meio ambiente tem caráter extremamente relevante no seio constitucional, tanto que é competência comum de todos os entes de direito público da federação protegê-lo, conforme art. 23, VI e VII, da CF[18].

Portanto, infere-se que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para assegurar o mínimo à existência do ser humano (art. 6º, da CF), assegurar a própria

[17] NUSDEO, 2005, p. 27-28.
[18] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CF, além das suas demais necessidades inerentes em face de uma ordem econômica capitalista (trabalho, locomoção, consumo, etc.), como de sua essência (intimidade, vida privada, religião, lazer, morte, etc.).[19]

5 CARÁTER RESIDUAL DA UMIÃO PARA EVENTUAL INSTITUIÇÃO DE IMPOSTO AMBIENTAL

Inicialmente, necessário referir que a nação brasileira não suporta mais a instituição de mais um imposto, muito em razão da alta carga tributária que assola os contribuintes, cuja arrecadação se aproxima de 40% (quarenta por cento) do Produto Interno Bruto (PIB), bem como pela ausência de investimento pelo Estado em áreas básicas como saúde, educação e infraestrutura.

De todo modo, o meio ambiente deve ser protegido, e a União é a única habilitada ou competente a instituir um imposto tipicamente ambiental, cuja faculdade decorre de sua competência residual, conforme art. 154, I, da CF[20].

Como se verifica no dispositivo acima, compete de forma privativa à União instituir imposto ambiental, desde que seja mediante lei complementar, e cuja materialidade seja distinta dos impostos já previstos na Constituição Federal.

Em regra, a extrafiscalidade prevalece como princípio norteador do imposto ambiental, influindo no comportamento dos entes econômicos, de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular as nocivas ao bem comum.[21]

Alfredo Augusto Becker ensinou que a extrafiscalidade é uma das tarefas fundamentais do Direito Tributário, comprometido com uma verdadeira revolução, a criação

---

[19] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Direito ambiental tributário como instrumento em defesa do direito a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97-101.

[20] *Art. 154. A União poderá instituir:*
I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
(...).

[21] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

de um *novo ser social*, que será identificado com o dever fundamental de pagar tributo.[22]

Nesse sentido, a tributação extrafiscal, em particular a tributação ambiental, não se destina a punir ilicitudes. Seu objetivo é orientar o contribuinte, ou agente econômico, a planejar o seu negócio lícito de acordo com uma política pública legitimada pela Constituição.[23]

Quanto a materialidade do imposto ambiental, frisa-se que é vedado pelo ordenamento pátrio a imposição tributária sobre objeto ilícito. De qualquer sorte, deve-se analisar alguns aspectos, tomando como base a experiência em países estrangeiros.

Toma-se como exemplo de instituição de tributos cobrados em razão da poluição provocada pelos contribuintes norte-americanos, como a emissão de efluentes pelos agentes econômicos, entre eles, tributo sobre o volume de lixo sólido doméstico produzido; tributo sobre a emissão de gases causadores do efeito estufa e outros em processo de planejamento.[24] Ou seja, o critério material é o ato de poluir, em seus diversos modos de manifestação, tomando-o como ato lícito, desde que se pague ao Estado**.**

Essa técnica de tributação, como forma de coagir o poluidor a pagar ao Estado, além de indenizações decorrentes da responsabilidade por danos causados, é considerada desaconselhável, em razão da possibilidade de se constituir uma espécie de comércio, o oferecimento de uma contrapartida às populações envolvidas, induzindo-as à aceitação do projeto, como um meio de comprar o direito de poluir ou de destruir um ecossistema.[25]

Outro fator que deve ser considerado na hipótese de instituição de um imposto ambiental é a questão da vinculação da receita. Como se sabe, é vedada a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, conforme art. 167, IV, da CF.

Isso significa que a arrecadação é o principal objetivo na hipótese de instituição de qualquer imposto a incidir sobre os fatos no território nacional. Portanto, a fiscalidade é um dos principais elementos de qualquer imposto.

Nesse raciocínio, fica prejudicado o intuito extrafiscal que deveria prevalecer na

---

[22] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 533. *Apud* OLIVEIRA, 2007, p. 48.
[23] OLIVEIRA, 2007, p. 50.
[24] GUIMARÃES, Luiz Claudio. Direito ambiental e extrafiscalidade dos impostos no direito tributário brasileiro. *Revista dos Formandos em Direito Econômico da Bahia*, Salvador, UFBA, v. 5. p. 351.
[25] PRIEUR, Michel. Guidelines for Project evaluation, ONUDI. *Apud* GUIMARÃES, p.351.

hipótese de instituição de um imposto ambiental, no intuito de proteger o meio ambiente dos agentes econômicos, prováveis poluidores.

Isso decorre do fato que a tributação extrafiscal, ao contrário da fiscal, já nasce atrelada a uma finalidade específica, explícita ou implícita na Constituição. É expressa no caso dos empréstimos compulsórios e das contribuições parafiscais, e de alguns impostos com receita vinculada (exceção).[26]

Sobre a finalidade constitucional prevista no art. 225 da CF, afirma José Marcos Domingues que ela é específica, não no sentido de estar atrelada a uma despesa, mas no sentido de se vincular a um conjunto de ações estatais em prol da defesa do meio ambiente. Ele sustenta que, adotando-se o princípio da proporcionalidade, mesmo tendo caráter extrafiscal, deverá haver vinculação da receita do imposto.[27]

De fato, tal posição afronta diretamente o art. 167, IV, da CF. Aceitar a instituição de imposto ambiental ignorando o princípio da não-vinculação de receita acarretaria em violação ao próprio princípio da segurança jurídica.

Seria possível alavancar a discussão, na hipótese de confronto de princípios constitucionais, entre o da não-vinculação da receita dos impostos, com o da promoção da defesa do meio ambiente. Nesse caso, há entendimentos, como o de José Marcos Domingues, que prevaleceria o segundo, por se tratar de matéria e valores diretamente ligados à vida e ao bem estar da população, direitos fundamentais pétreos defendidos pela Constituição.[28]

No entanto, para a efetivação do princípio da segurança jurídica, referido o autor também sugere seja emendada a constituição, incluindo a proteção ambiental como exceção ao princípio da não-afetação da receita de imposto, possibilitando, conseqüentemente, a vinculação de receita para o custeio de atividades estatais relacionadas com a preservação e recuperação do meio ambiente.[29]

Alternativamente, Heleno Taveira Torres expôs que um dos instrumentos adequados a colaborar com a proteção ao meio ambiente seria a criação de uma Contribuição de

[26] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 93.
[27] OLIVEIRA, 1995, p. 93
[28] OLIVEIRA, 1995, p. 97-98.
[29] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Meio ambiente, tributação e vinculação de impostos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, UERJ, v. 1, n. 1, p. 84-91, 1993. No mesmo sentido, mas defendendo somente a aprovação de emenda constitucional, vide AMARAL, 2007, p. 168.

Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, cuja finalidade-motivo deve ser elemento justificador de sua instituição, sob pena de inconstitucionalidade.[30]

Apesar das questões acima elencadas, e enquanto não se institui uma medida eficaz ao combate à destruição ambiental, os Estados estão utilizando uma faculdade prevista na própria Constituição Federal, que é a repartição de parte de sua receita proveniente da arrecadação de ICMS aos municípios que preencherem determinados quesitos previstos em lei estadual, como forma de incentivo à proteção do meio ambiente, como se analisará a seguir.

6 O ICMS-ECOLÓGICO E OS CRITÉRIOS LEGAIS PARA REPARTIÇÃO DA RECEITA

Como se pôde verificar até então, não existe no Brasil um imposto cuja materialidade seja tipicamente destinada à proteção ambiental. E isso somente se daria na hipótese referida no item II.II acima, mediante a instituição de um imposto ambiental, de competência privativa e residual da União, conforme art. 154, I, da CF.

O inciso I, do parágrafo único, do artigo 158, da Constituição Federal, prevê, como principal critério de redistribuição, o Valor Adicionado Fiscal (VAF), que reflete o nível de atividade econômica do município e conseqüente participação na arrecadação. Tal disposição, inequivocamente, estimula o estabelecimento de novas atividades comerciais e industriais, mas prejudica os municípios que zelam pela preservação ambiental.

Por derradeiro, o inciso II, do parágrafo único, do artigo 158, da Constituição Federal, possibilita a repartição de receita como bem convier aos Estados. Diante desse cenário, uma das formas que os Estados criaram para incentivar a proteção ambiental, foi o popularmente denominado ICMS-Ecológico.

Essa denominação não é a mais adequada do ponto de vista técnico, pelo fato que inexiste a criação de novo tributo, bem como, que a hipótese de incidência do ICMS não se atrela a fato ligado à matéria ambiental, como, exemplificativamente, as condutas de *poluir, desmatar*, etc.

[30] TORRES, Heleno Taveira. *et. al. Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 147.

Ou seja, ao se citar ICMS-Ecológico, trata-se, efetivamente, da forma de repartição da receita proveniente da arrecadação do aludido imposto pelos Estados, consoante alguns critérios estabelecidos em lei estadual, como forma de incentivo à proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, o ICMS-Ecológico não é um tributo novo, mas uma forma de aplicabilidade do parágrafo único, inciso II, do art. 158, IV, da CF, desde que regulamentado por lei estadual específica.

Pode ser caracterizado como um instrumento hábil, legal e eficaz de destinar parte da receita tributária do ICMS aos municípios, para a realização de manutenção e/ou recuperação de áreas de preservação ambiental degradadas ou em fase de degradação.[31]

Deve-se referir que, não necessariamente os municípios deverão investir o montante recebido na preservação ambiental, mas obrigatoriamente deverão preencher os requisitos legais para receberem a parcela que lhe cabe dos Estados.

Essa ausência de vinculação pode ser vantajosa, no sentido de que o município fica livre para aplicar os recursos em quaisquer áreas, estimulando investimentos em obras, saúde, educação, etc.

O primeiro Estado que implementou essa política de repartição de receita foi o Paraná, em 1991, facilitado pelo fato de sua Constituição prever, no art. 132, parágrafo único, tratamento especial na distribuição da quota parte do ICMS aos municípios com unidades de conservação, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou com mananciais de abastecimento público. Daremos maior atenção a este Estado, pelo seu pioneirismo na adoção de referida técnica de repartição de receita.

O art. 132, da Constituição do Paraná, foi regulamentado mediante Lei Complementar 59/91, de 01/10/91, seguida do Decreto Executivo 974/91, disciplinando que 5% do percentual a que os municípios teriam direito ao rateio do ICMS fossem destinados com base nos seguintes critérios: (i) 50% aos municípios com unidade de conservação ambiental e (ii) 50% aos municípios que abrigam mananciais de abastecimento. Como refere o art. 2º, da LC 59/91, na hipótese dos municípios preencherem ambos os critérios, será

[31] BRITTO NETO, José Gomes de. A utilização do ICMS ecológico como um instrumento de política pública para a manutenção do meio ambiente sustentável. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 6, p. 89-100, 2004.

considerado o critério de maior compensação financeira.[32]

No caso paranaense, deve-se salientar que, entre 1992 e 2000, houve um incremento de 1.894,94% (por cento) em superfície das unidades de conservação municipais, de 681,03% (por cento) nas unidades de conservação estaduais, 30,50% (por cento) nas unidades de conservação federais e terras indígenas, e de 100% (por cento) em relação às Reserva Particulares do Patrimônio Natural (RPPN) estaduais. Houve, ainda, melhoria na qualidade da conservação dos parques municipais, estaduais e das RPPN.[33]

A adoção desta medida representou, para alguns municípios, importante elevação de receita, mitigando, de certa forma, a redução da atividade produtiva em seu território. Na Região Metropolitana de Curitiba, sempre houve discussões sobre o ônus dos municípios que têm importantes parcelas de seus territórios inseridos em bacias hidrográficas de mananciais destinados ao consumo regional e que, por isto, possuem limitações no uso do solo. Piraquara foi um dos mais beneficiados, tendo um acréscimo no seu repasse de ICMS da ordem de 99%.[34]

Importante ressaltar que a Lei do ICMS-Ecológico no Estado do Paraná objetiva: (i) aumento do número e da superfície de unidades de conservação e outras áreas especialmente protegidas (dimensão quantitativa); (ii) regularização, planejamento, implementação e busca da sustentabilidade das unidades de conservação (dimensão qualitativa); (iii) incentivo à construção dos corredores ecológicos, através da busca da conexão de fragmentos vegetais; (iv) adoção, desenvolvimento e consolidação institucional, tanto em nível estadual, quanto municipal, com vistas a conservação da biodiversidade e, (iv) busca da justiça fiscal pela conservação ambiental.[35]

Ainda, frisa-se que qualquer município no Estado do Paraná pode se beneficiar com recursos do ICMS-Ecológico, seja mediante criação, pelo próprio município, ou por outro

[32] ZEOLA, 2006, p. 60.
[33] LOUREIRO, Wilson. ICMS Ecológico – A consolidação de uma experiência brasileira de incentivo a Conservação da Biodiversidade. Disponível em: http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/icms.html. Acesso em 07/03/2009.
[34] HARDT, Carlos. et al. Gestão metropolitana: relação com a população e com a qualidade hídrica. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1735.pdf. Acessado em 15/03/2009.
[35] LOUREIRO, 1997. Disponível em: http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/icms.html. Acesso em 07/03/2009.

ente federado, de uma unidade de conservação, ou do aumento da superfície das unidades de conservação já criadas; ou, ainda, pela melhoria da qualidade da conservação das unidades de conservação, ou outra área especialmente protegida. Visando facilitar o exercício do ICMS-Ecológico, os índices percentuais definidos para cada município, são calculados a partir da aplicação de fórmula, que visa mensurar Coeficiente de Conservação da Biodiversidade – CCB.

No que diz respeito às unidades de conservação, o processo funciona a partir da realização de uma avaliação da qualidade da unidade de conservação, que resultará na determinação de um *score*, ou seja, a unidade de conservação passa a ter uma "nota". Este *score*, desde que positivo, representa um incremento financeiro ao município.[36]

Portanto, para receber a parcela de receita tributária, são considerados alguns critérios, que, para efeitos de cálculo, conforme portaria 134/97 do Instituto Ambiental do Paraná - IAP, recebem a seguinte pontuação (Categoria de Manejo e Fator de Conservação): Estações Ecológicas (entre 0,8 e 1,0); Reservas Biológicas (entre 0,8 e 1,0); Parques (entre 0,7 e 0,9); Florestas Nacionais, Estaduais ou Municipais (0,64); Área de Relevante Interesse Ecológico (0,66); Área de Proteção Ambiental (0,08); Área de Terras Indígenas (0,45) e Àreas Especiais de uso regulamentado (0,30).[37]

As unidades de conservação em todos os níveis devem ser avaliadas, sob os aspectos quantitativos e qualitativos, a cada ano, sendo que novas unidades de conservação podem surgir e devem ser registradas junto ao Cadastro Estadual de Unidades de Conservação, para determinar o repasse de receita do ICMS aos municípios.[38]

Quanto aos demais Estados, salientaremos os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, pela sua importância como entes federativos de direito público no cenário brasileiro, não desmerecendo os que adotaram também esse sistema de incentivo à proteção ambiental, como os Estados de Santa Catarina, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rondônia, Pará e Amapá.

O Estado de São Paulo foi o segundo Estado a adotar o ICMS-Ecológico depois do

[36] PARANÁ. Disponível em: http://www.uc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=56. Acesso em 17/03/2009. Vide também o Decreto nº 2791/PR - 27/12/1996, para informações mais precisas.
[37] CAMPOS, Léo Pompeu de Rezende. ICMS Ecológico: experiências nos Estados do Paraná, São Paulo e Minas Gerais e alternativas na Amazônia. *Apud* ZEOLA, 2006, p. 62.
[38] ZEOLA, 2006, p. 62.

Paraná, mediante a Lei nº 8.510/93. Sinteticamente, foi estabelecido que uma porcentagem de 0,5% da receita tributária advinda do ICMS deve ser destinada aos municípios que possuem unidades de conservação, e, outros 0,5% aos municípios que possuem reservatórios de água destinados a geração de energia elétrica.

Em relação às unidades de conservação, a legislação prevê beneficiar os municípios que possuem seus territórios integrando unidades de conservação criadas pelo Estado, não considerando as áreas criadas e geridas por outros níveis de gestão. Fixa, ainda, as categorias de manejo passíveis de gerar os benefícios, deixando de fora as Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN).

A lei de São Paulo não adotou o critério qualitativo das unidades de conservação, o que possibilitaria melhor aproveitamento do mecanismo em favor da consolidação das unidades de conservação, a exemplo do que acontece no Paraná[39].

O Estado de Minas Gerais, mediante lei nº 12.040/95, também denominada de "Lei Robin Hood", adotou o ICMS-Ecológico. Tal legislação colocou em prática, além dos critérios unidades de conservação e mananciais de abastecimento, outros ligados ao saneamento ambiental, coleta e destinação final do lixo e patrimônio histórico, *in verbis:*

> *Art. 1º - A parcela de receita do produto da arrecadação (...) será distribuída nos percentuais e nos exercícios indicados no Anexo I desta Lei, conforme os seguintes critérios:*
> *(...)*
> *VIII - meio ambiente: observado o seguinte:*
> *a - parcela de, no máximo, 50% (cinquenta por cento) do total será distribuída aos municípios cujos sistemas de tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário, com operação licenciada pelo órgão ambiental estadual, atendam, no mínimo, a, respectivamente, 70% (setenta por cento) e a 50% (cinquenta por cento) da população, sendo que o valor máximo a ser atribuído a cada Município não excederá o respectivo investimento, estimado com base na população atendida e no custo médio "per capita", fixado pelo Conselho Estadual de Política Ambiental, dos sistemas de aterro sanitário, usina de compostagem de lixo e estação de tratamento de esgotos sanitários;*
> *b - o restante dos recursos será distribuído com base no Índice de Conservação do Município, calculado de acordo com o Anexo IV desta Lei, considerando-se as unidades de conservação estaduais, federais e particulares, bem como as unidades*

[39] LOUREIRO, 1997. Disponível em: http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/icms.html. Acesso em 07/03/2009.

> *municipais que venham a ser cadastradas, observados os parâmetros e os procedimentos definidos pelo órgão ambiental estadual;*
> *(...).*

O método utilizado em Minas Gerais é semelhante ao adotado no Estado do Paraná, mas difere por inserir, além dos critérios de unidades de conservação e mananciais de abastecimento público, outros como tratamento de lixo e esgotos, em manifesta preocupação com o saneamento ambiental.[40]

O Estado de Minas não adotou variáveis qualitativas para o cálculo dos índices que os municípios têm direito a receber, perdendo, assim a oportunidade de utilizar mais efetivamente o ICMS-Ecológico em benefício da consolidação das unidades de conservação.

Somente em 1997 o Estado do Rio Grande do Sul aprovou a Lei n. 11.038, alterada pela Lei 12.907/08, que determinou a repartição da receita do ICMS segundo a seguinte porcentagem, de uma forma mais objetiva, como segue:

> *Art. 1º - O índice de participação de cada município na parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação (...) será obtido conforme os seguintes critérios:*
> *(...)*
> ***III - 7% (sete por cento) com base na relação percentual entre a área do município, multiplicando-se por 3 (três) as áreas de preservação ambiental, as áreas de terras indígenas e aquelas inundadas por barragens, <u>exceto</u> as localizadas nos municípios sedes das usinas hidrelétricas, e a área calculada do Estado, no último dia do ano civil a que se refere a apuração, informadas em quilômetros quadrados, pela Divisão de Geografia e Cartografia da Secretaria da Agricultura, Pecuária e Agronegócio; (Redação dada pela Lei nº 12.907/08);***
> *(...).*

Nesse Estado, não houve o estabelecimento de critérios objetivos, como adotou os Estados de Minas Gerais e Paraná, pois a repartição ficou limitada à área do município, em relação à área preservada, inexistindo a variável qualitativa e demonstrando uma legislação limitada quanto aos detalhes acerca dos requisitos.

Em julho de 2012, o autor desse artigo chegou a propor junto ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul a alteração da legislação, para que fosse implantado um texto legal que

[40] TREMEL, Rosângela. PEREIRA, Patrick da Luz. ICMS ecológico: a materialização do princípio do protetor-recebedor. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 198, p. 49-51, abr, 2005.

tornasse os critérios de repartição mais qualitativos. No entanto, restou frustrada a tentativa, em face do desinteresse do atual governo pelo tema.

Como se pode verificar, o ICMS-Ecológico é uma das formas de incentivo à proteção ambiental, mas cuja eficácia depende de uma bem elaborada lei estadual pelos Estados, utilizando-se de critérios quantitativos e qualitativos, no sentido de incentivar o processo de regularização, planejamento, implementação e manutenção das unidades de conservação e saneamento, e, conseqüentemente, da melhoria da qualidade do meio ambiente e da vida da sociedade.

CONCLUSÃO

Os Estados têm a faculdade de legislar acerca da destinação de ¼ dos 25% que a Constituição Federal lhe faculta, conforme art. 158, § único, inciso II, para estipular critérios de repartição da receita oriunda da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Alguns Estados elaboraram e aprovaram lei estadual, criando determinados critérios que estimulam os municípios a adotarem condutas que incentivam a proteção ambiental. Pelo fato da receita repartida ser proveniente da arrecadação do ICMS, denominou-se tal repartição, de forma imprópria, de ICMS-Ecológico.

O ICMS-Ecológico, portanto, não é um imposto instituído pelos Estados, como se poderia interpretar, mas somente uma forma de repartição de receita proveniente do ICMS.

No que se refere à possibilidade de instituição de um imposto ambiental, esta poderia ser considerada somente se for por iniciativa da União, por seu caráter residual, conforme art. 154, I, da CF. No entanto, o problema surge quando se leva em consideração o caráter extrafiscal do imposto ambiental, bem como a sua obrigatoriedade de não-vinculação da receita, conforme art. 167, IV, da CF.

Tal problemática deve ser resolvida mediante aprovação de emenda constitucional, seja ao art. 167, IV, da CF, implementando-se como uma exceção à não vinculação da receita também o imposto ambiental, o que se sugere no presente trabalho. No presente trabalho,

propõe-se o estudo futuro da viabilidade da instituição de um imposto ambiental, como uma alternativa de maior abrangência, pautada em proposta de superação da vedação do art. 167, IV, da CF.

No entanto, vale lembrar que a hipótese de colisão de princípios constitucionais, entre o da não-vinculação da receita dos impostos, com o da promoção da defesa do meio ambiente, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, é um tema bastante complexo, que necessita de um estudo aprofundado e imediato, em razão da premência de implementação de ações de promoção à proteção do meio ambiente no Brasil.

De forma alternativa, propõe-se a instituição de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, cuja finalidade seria a proteção ao meio ambiente, desde que preenchidos seus quesitos.

De fato, o ICMS-Ecológico foi uma forma encontrada pelos Estados de incentivar o desenvolvimento ambiental de forma sustentável. Mas tais medidas, apesar de comprovadamente eficazes, não são suficientes para reduzir de forma mais atuante e extensiva os desmatamentos, a poluição, etc.

Ainda, como se constatou, os Estados não mantêm uma uniformidade nos critérios adotados em lei estadual, quando incentivam a proteção ambiental. Os critérios qualitativos e quantitativos, principalmente os primeiros, deveriam ser obrigatórios quando da elaboração e aprovação das referidas leis.

Portanto, verifica-se que o ICMS-Ecológico é uma forma de promoção da preservação do meio ambiente, mas ainda constitui-se em medida insuficiente diante da nítida amplitude e urgência de solução do problema ambiental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 6ª ed. São Paulo: Maleiros, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRITTO NETO, José Gomes de. A utilização do ICMS ecológico como um instrumento de política pública para a manutenção do meio ambiente sustentável. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 6, p. 89-100, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14ª edição, rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. Instrumentos jurídicos econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 39, n. 154, abr-jun, p. 189-201, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Direito ambiental tributário como instrumento em defesa do direito a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 97-101, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Icms: análise da constitucionalidade da vinculação da receita tributária prevista na lei 6556 de 1989. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, v. 68, p. 71-75, 1995.

GUIMARÃES, Luiz Claudio. Direito ambiental e extrafiscalidade dos impostos no direito tributário brasileiro. **Revista dos Formandos em Direito Econômico da Bahia**, Salvador, UFBA, v. 5, p. 345-358.

HARADA, Kiyoshi. Critério de rateio do fundo de participação dos municípios. **Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 425-427, maio/2007.

HARDT, Carlos. et al. *Ge***stão metropolitana: relação com a população e com a qualidade hídrica**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008 1735.pdf 1.>

Acessado em 15/03/2009.

LOUREIRO, Wilson. **ICMS Ecológico: a consolidação de uma experiência brasileira de incentivo a Conservação da Biodiversidade**. Disponível em: <http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/icms.html.> Acesso em 07/03/2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MINAS GERAIS. ***Lei n.º 12.040, de 28 de dezembro de 1995. Dispõe sobre a distribuição da parcela de receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal, e dá outras providências.*** Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1995.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. *7. ed. atual. até a EC n°55/07*. São Paulo: Atlas, 2007.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Meio ambiente, tributação e vinculação de impostos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 1, n. 1, p. 84-91, 1993.

_____. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PARANÁ. ***Decreto n.º 2791, de 27 de dezembro de 1996. Define critérios técnicos a que alude o art. 5.º da Lei Complementar n.º 59, de 01 de outubro de 1991***. Diário Oficial do Estado do Paraná, Curitiba, 1997.

_____. ***Lei Complementar n.º 59, de 01 de outubro de 1991. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, que alude o art.2.º da Lei n.º 9491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências.*** Diário Oficial do Estado do Paraná, Curitiba, 1991.

RIO GRANDE DO SUL. ***Lei n.º 11.038, de 17 de novembro de 1997***. Disponível em http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/legislacao/id493.htm. Acessado em 13/03/2009.

SÃO PAULO. ***Lei n.º 8.510, de 29 de dezembro de 1993. Altera a Lei 3.201, de 23 de dezembro de 1981, que dispõe sobre a parcela, pertencentes aos municípios, do produto da arrecadação do ICMS***. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 1993.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 38. p. 99-120, abr-jun, 2005.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental**. 1ª. ed., 2ª. tir., Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Heleno Taveira. *et. al.* **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TREMEL, Rosângela; PEREIRA, Patrick da Luz. **ICMS ecológico: a materialização do princípio do protetor-recebedor**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 198, p. 49-51, abr, 2005.

ZEOLA, Senise Freire Chacha. ICMS – instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. **Revista de Direito e Política**, v. 8., jan-mar, p. 55-78, 2006.

A “GUERRA FISCAL” E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

“FISCAL WAR” AND PROTECTION OF TRUST

Juliana Gilioli

Sumário: Introdução. 1 O Princípio da Segurança jurídica e o Princípio da Proteção da Confiança. 2 Da concessão unilateral de benefícios fiscais. 3 Dos efeitos da concessão unilateral de benefícios fiscais e o princípio da proteção da confiança. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo dos efeitos da concessão unilateral de benefícios fiscais pelos entes federativos aos contribuintes, diante do sistema jurídico brasileiro, de modo a verificar se os contribuintes beneficiados pelos incentivos inválidos estão protegidos pelo Direito. O tema tem especial relevância, visto que a concessão unilateral de benefícios fiscais pelos entes federativos, especialmente relacionados ao ICMS, é o principal fator desencadeador da “Guerra Fiscal”. O trabalho enfrenta, assim, o tema prático que é a concessão de benefícios fiscais, como objeto de proposição crítica-descritiva. Para tanto, inicialmente, situa-se o estudo no atual contexto brasileiro e, então, propõe-se uma análise dos princípios que informam a Constituição que mais guardam relação com o objeto deste trabalho: princípio da segurança jurídica e princípio da proteção da confiança. Por fim, passa-se a verificar os efeitos da concessão unilateral dos benefícios fiscais perante os princípios analisados, notadamente do princípio da proteção da confiança do contribuinte.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Proteção da Confiança. Guerra Fiscal. Benefícios Fiscais. Direito Tributário.

***Abstract**: The subject of this paper is the study of the tax benefits unilaterally granted by federative units to taxpayers on the Brazilian legal system, in order to verify if the taxpayers benefited by the tax illegal incentives are protected by law. The theme is especially relevant, since the tax benefits unilaterally granted by federative units, especially related to ICMS, is the main trigger of the "Tax War". The paper analyzes the practical issue that is the tax benefits granting, such as critical and descriptive proposition. Therefore, initially, the study lies in the current Brazilian context and then proposes an analysis of the Constitution principles that most are related to the object of this paper: the principle of legal security and the principle of protection of trust. Finally, the paper verifies the effects of tax benefits unilaterally granted regarding the analyzed principles, specially the principle of protection of trust.*

***Keywords**: Legal Security. Protection of Trust. Tax War. Tax Benefits. Tax Law.*

INTRODUÇÃO

A forma federativa do Estado, como cláusula pétrea que é, possui como característica a autonomia política, administrativa e legislativa dos entes federados. Possibilita-se, através dela, aos

Estados e ao Distrito Federal, autonomia no tocante ao uso e destinação dos recursos públicos, à execução e elaboração de leis, desde que observadas as regras constitucionai[1].

Jungidos ao princípio da legalidade, segundo o qual condutas somente poderão ser exigidas em virtude de lei, os Estados editam suas próprias leis para legislar sobre matérias de sua competência, dentre elas de ordem tributária. Faz-se possível, por conseguinte, que haja disposição dos recursos públicos em prol da sociedade por intermédio de incentivos fiscais, com a finalidade de, muitas vezes, corrigir eventuais distorções regionais ou econômicas desses mesmos entes federados.

A chamada "guerra fiscal" situa-se nesse contexto, podendo ser definida como a exacerbação de práticas competitivas entre entes de uma mesma federação em busca de investimentos privados[2]. Assim, na tentativa de atrair investimentos para o seu território, diversos entes da federação oferecem regimes especiais de tributação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – ICMS àqueles que resolvam ali se estabelecer, seja outorgando créditos, seja facilitando a forma de pagamento do tributo estadual ou até mesmo concedendo isenções, podendo esses benefícios ser passíveis de fruição com ônus ou de modo gratuito.

Nesse tocante, a Constituição Federal estabelece, nos termos de seu art. 150, §6º e art. 155, §2º, XIII, 'g', como requisito geral de validade para a concessão de benefícios fiscais a previsão legal e, em específico no caso do ICMS, a sua previsão em convênios interestaduais, conforme estabelecido em lei complementar. A disciplina da forma de como serão celebrados e revogados os convênios que autorizam a concessão de benefícios fiscais está disposta na Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988[3].

Ocorre que, ao arrepio do ordenamento constitucional, os Estados, incluindo o Distrito Federal, em quase totalidade das vezes, não seguem as prescrições normativas quando da concessão dos aludidos benefícios fiscais. O Supremo Tribunal Federal recebeu e recebe constantemente inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra alegadas concessões inconstitucionais de incentivos tributários[4].

---

[1] CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 36.

[2] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. O perfil jurídico da guerra fiscal e das variações das relações jurídicas dos estímulos de ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 134, p. 48-58, Nov./2006, p. 52.

[3] Para a validade do Convênio e vinculação de todos os Estados da Federação é imprescindível a unanimidade dos representados. Esses entes da Federação reúnem-se em órgão colegiado chamado Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, que faz parte da estrutura do Ministério da Fazenda.

[4] Até o término deste estudo encontra-se pendente de apreciação o Recurso Extraordinário 628.075/RS, com repercussão geral. Neste processo, discute-se a constitucionalidade das glosas impostas unilateralmente por Estados que se opunham à concessão de incentivos, contestando o aproveitamento de créditos do ICMS pelos

Contudo, uma vez já concedido o benefício fiscal pelo ente federativo ao contribuinte, ainda que não observados os requisitos legais para sua concessão, como sói acontecer, é imperioso admitir que deste ato resultaram efeitos que se irradiaram no tempo. Nesse ponto especificamente é que se situa o presente estudo: na análise dos efeitos da concessão do benefício fiscal desamparado do formalismo necessário para a sua validade, diante do comportamento adotado pelo contribuinte.

Nesse cenário, surgem as questões: a conduta do contribuinte, que atuou em consonância com as disposições legais emitidas pelo próprio Estado, está protegida pelo Direito? A violação do princípio da legalidade é suficiente para invalidar qualquer benefício fiscal? Se o beneficio fiscal é inconstitucional necessariamente todos seus efeitos são inconstitucionais?

O tema, não obstante já discutido na doutrina e jurisprudência, guarda nuanças que merecem maior acuidade no trato, mormente no que tange aos efeitos decorrentes dos benefícios fiscais diante dos princípios da segurança jurídica e, notadamente, no seu efeito reflexivo, o princípio da proteção da confiança.

Este estudo busca responder essas questões, com base no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os princípios que o informam.

1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Os princípios jurídicos são aquelas normas que estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção. Por isso se fala que os princípios envolvem um fim e também meios para atingir esses fins[5].

Os princípios que norteiam e informam a ordem jurídico-tributária encontram-se acolhidos na Constituição vigente, a qual, em que pese não seja a rigor uma Constituição principiológica, é notório que, abrigando princípios expressos ou implícitos, a textura das regras constitucionais tornou-se mais aberta. Da Constituição, assim, emanam princípios não só explícitos, mas também os implícitos, devendo, esses últimos, ser extraídos por via interpretativa.

---

contribuintes que recebiam mercadorias provenientes de entes federativos concedentes de incentivos que não contavam com a aprovação do Confaz.

[5] ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed.ampl.atual. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 40.

Deste modo, ao contrário dos princípios elencados no art. 37 da Carta Magna referentes à administração pública, outros, como, por exemplo, o princípio da razoabilidade ou o princípio da proporcionalidade são de criação doutrinária e jurisprudencial.

A identificação dos princípios constitucionais ditos implícitos, através da atividade do intérprete, é facilitada por precedentes extraídos do direito comparado. Nesse contexto é que surge o princípio da segurança jurídica, devendo-se ao direito germânico o reconhecimento desse princípio como de hierarquia constitucional, situado no mesmo patamar que o princípio da legalidade, ambos decorrentes do princípio maior ou sobreprincípio[6] do Estado de Direito.

O sobreprincípio do Estado de Direito, do qual emana o princípio da segurança jurídica, apresenta-se como um modelo de supremacia do Direito, a exigir a realização de certos valores, como o respeito aos direitos fundamentais pelos indivíduos e pelo Estado, a vedação da arbitrariedade, bem como a pressupor garantias constitucionais como a separação dos poderes e o acesso ao judiciário. Nesse sentido, Knijnik ressalta que mesmo nos Estados totalitários, malgrado inexistir efetivos limites jurídicos antepostos à autuação estatal e, por conseguinte, garantia de segurança nas relações de subordinação, a segurança das relações privadas já era visível[7].

O princípio da segurança jurídica concorre, assim, para a realização de valores maiores, consubstanciados no sobreprincípio do Estado de Direito[8], mas que guarda sua esfera de autonomia normativa. Segundo Canaris, a segurança jurídica demanda a necessidade de formação de um sistema jurídico organizado, pois somente por meio de um Direito adequadamente ordenado, dominado por determinados e alcançáveis princípios e, portanto, ordenado em sistema, os valores caros a uma determinada sociedade poderão ser adequadamente perseguidos[9]. Mais que isso, a segurança jurídica pode ser entendida como uma condição estrutural do próprio Direito, de modo que um ordenamento jurídico despido de segurança jurídica sequer poderia caracterizar-se como Direito[10].

Com efeito, a segurança jurídica representa para a sociedade o direito à estabilidade das relações jurídicas, com a garantia de tranqüilidade que as pessoas desejam e de certeza de que essas

---

[6] Nas palavras de Paulo de Barros: "*Há princípios e sobreprincípios, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras*". (CARVALHO, Paulo de Barros. Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. Revista Diálogo Jurídico**.** Salvador: DP, n. 16, p. 79-103. Ago./2007, p. 84.)

[7] KNIJNIK, Danilo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo e Constitucional. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 35/205, 1995, p. 223.

[8] O Supremo Tribunal Federal já vem deduzindo, de forma direta, a segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito. Nesse sentido, vide: STF, Pleno, Mandado de Segurança nº 24.268, relatora. Min. Ellen Gracie, julgado em: 05.02.2004, publicado no Diário de Justiça da União em: 17.09.2004, p. 53.

[9] CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 5ª ed. Tradução de: Antonio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 24.

[10] ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica. Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário.São Paulo: Malheiros, 2011 p. 110.

relações não serão alteradas bruscamente. Demandam, assim, a calculabilidade que as deixem estáveis e seguras no cumprimento das obrigações, principalmente quanto ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Conforme assevera Carmen Lúcia, é o direito a segurança jurídica que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico[11] [12].

Com relação aos aspectos materiais da segurança jurídica, Humberto Ávila destaca três estados ideais que o termo "segurança" denota: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade[13]. Cognoscibilidade significa a capacidade de compreensão dos cidadãos – no caso, dos contribuintes – das normas tributárias por meio de sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade[14]. Confiabilidade representa o estado ideal em que o contribuinte pode saber quais são as mudanças que podem ser feitas, evitando que seus direitos sejam frustrados. A confiabilidade depende, assim, da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes[15]. Por fim, a calculabilidade constitui a capacidade de o contribuinte prever o espectro de conseqüências atribuíveis a atos ou a fatos e o espectro de tempo dentro do qual será definida a conseqüência aplicável. Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro[16].

Valor inerente ao princípio da segurança jurídica é a proteção da confiança, o qual, sob o prisma do direito tributário, visa garantir constitucionalmente que a Administração não frustre as legítimas expectativas dos contribuintes. Adiciona-se a observação de que certos atos estatais, pela presunção e pela aparência de legalidade que têm, geram confiança no indivíduo de que esses seriam mantidos. É, pois, nesse contexto que surge a necessidade de uma garantia que motive a estabilidade e a permanência destes atos que, mesmo quando ilegais, produzem, no contribuinte, uma legítima expectativa frente a um determinado comportamento estatal.

Na Alemanha, o princípio da confiança legítima nasce como justificação de vinculação de declarações, acordos, contratos e expectativas contra modificações futuras nas relações de Direito

[11] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) Em Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 168.
[12] A configuração de todos os aspectos, nuanças e consectários do princípio da segurança jurídica exigiria uma exposição muito mais aprofundada e extensa do que o presente estudo se propõe, qual seja, esboçar premissas acerca da segurança jurídica para, em um segundo momento, relacioná-la com os demais temas abordados.
[13] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit*, nota n. 10, p. 674.
[14] Ibidem, p. 683.
[15] Ibidem, p. 683.
[16] Ibidem, p. 32.

Civil para as quais não havia nenhuma previsão contra a irretroatividade[17]. O princípio obteve maior divulgação a partir do modelo de Canaris, que associou a necessidade de preservação da confiança à teoria da aparência e à proibição do *venire contra factum proprium*. Pela confiança legítima, as situações jurídicas constituídas mediante declarações, documentos idôneos ou comportamentos concludentes ganharam garantia contra mudanças contraditórias. A estabilização das situações por meio da confiança torna-se possível, mantendo-as conforme as expectativas criadas.

O princípio da confiança é um traço fundamental do ordenamento jurídico total, sendo, desse modo, fundamento e essência do direito. Torna-se, com isso, referencial de postura para o cidadão, que pode confiar que leis, contratos e outros atos jurídicos serão observados e que, em não o sendo, com auxílio dos tribunais, poderá demandar a sua observância[18].

O princípio da proteção da confiança é, em verdade, a eficácia reflexiva e subjetiva do princípio da segurança jurídica[19], o qual é desenvolvido sob o influxo dos direitos fundamentais, que são expressão e concretização do princípio do Estado de Direito e tem, conforme ressaltado por Maurer, a tarefa de determinar os limites de intervenções e agravamentos estatais[20].

Numa suma, com o auxílio de Humberto Ávila, o princípio da proteção da confiança poderia ser assim descrito:

> O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.[21]

O autor analisa, ainda, o princípio da proteção da confiança ao lado da moralidade administrativa e da boa-fé, todos eles princípios que estabelecem um dever de buscar um ideal de

[17] Importante ter em consideração que na Alemanha, assim como em outros países da Europa como Portugal, Espanha e França, o princípio da irretroatividade só foi consagrado constitucionalmente para as leis pensais e sancionadoras e não para as leis em geral, como no Brasil.
[18] MAURER, Harmut. Contributos para o direito do estado. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 41.
[19] ÁVILA, Humberto. *Op. cit*, nota n. 16, p. 684.
[20] MAURER, Harmut. *Op. cit*, nota n. 18, p. 41.
[21] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit*, nota n. 19, p. 360.

estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público[22]. Salienta o jurista que quando um ato administrativo cria uma expectativa para o particular quanto ao seu cumprimento, há a incidência do princípio da boa-fé objetiva[23]. A relação com a boa-fé também é feita por Ricardo Lobo Torres, que, ao tratar da proteção da confiança, entende tratar-se de uma emanação do princípio da boa-fé: a administração não pode prejudicar os interesses do contribuinte, se este agiu na conformidade das regras então vigentes, de boa-fé[24].

No âmbito do Direito Tributário, a aplicação do princípio da proteção da confiança tem enorme relevância no que tange à concessão unilateral de benefícios fiscais, sobretudo no contexto da denominada "guerra fiscal" [25]. Isso porque, ao lado da legalidade, também deve ser considerado, relativamente aos atos normativos, o grau de permanência, de individualidade, de onerosidade, de eficácia no tempo, de realização das finalidades, de aparência de legitimidade, de dependência dos destinatários e de indução comportamental[26].

2 DA CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS

A competência tributária é a aptidão para criar tributos, os quais, por injunção do princípio da legalidade, devem ser instituídos por meio de lei. A competência para legislar sobre obrigações tributárias e deveres instrumentais é repartida entre os entes da Federação, os quais possuem autonomia dentro de determinados parâmetros constitucionais. Dentre esses limites está a imodificabilidade, indelegabilidade e irrenunciabilidade da competência tributária pelo seu titular[27], a qual admite, porém, que se deixe de exercitá-la ou que a exercite apenas parcialmente, a depender do caso.

---

[22] ÁVILA, Humberto Bergmann. Sistema Constitucional Tributário. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

[23] Segundo Humberto Ávila, para que o princípio da boa-fé possa ser aplicado é necessária a concorrência de vários requisitos, assim elencados: (1) relação entre o Poder Público e o contribuinte baseada em ato ou contrato administrativo, cuja validade seja presumida; (2) relação concreta envolvendo uma repetição de comportamentos, de forma continuada, uniforme e racional por uma pluralidade de agentes fiscais que executam o ato ou contrato administrativo como se válido fosse; (3) relação de confiança envolvendo as partes e terceiros; (4) relação de causalidade entre a confiança do e os atos praticados pelo Poder Público; (5) situação de conflito entre o comportamento anterior e o atual por parte do Poder Público; (6) continuidade da relação por período inversamente proporcional à importância do ato ou contrato administrativo aplicado (ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 42. p. 100-114, 2002, p. 112).

[24] TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 42.

[25] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit*, nota n. 21, p. 686.

[26] Ibidem, p. 408.

[27] CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit*, nota n. 1, p. 48.

Com relação à facultatividade do exercício da competência tributária, como regra geral, as pessoas políticas são livres para exercitar ou não suas competências, como, por exemplo, com relação ao imposto sobre grandes fortunas, até então não instituído pela União, ainda que essa tenha competência outorgada pelo art. 153, VII da Constituição Federal. Ocorre, contudo, que a exceção a essa regra diz respeito ao ICMS, cujo caráter nacional torna obrigatória sua instituição pelos Estados e Distrito Federal[28]. Isso porque, os titulares da competência tributária para instituí-lo devem observar os termos contidos em lei complementar e resoluções do Senado, conforme determina o art. 155, §2º, XII, *g* da Constituição Federal.

O modelo comum que o ICMS há de exibir em cada ente político é denominado princípio da uniformidade, conforme assim leciona Paulo de Barros Carvalho:

> Por sua índole eminentemente nacional, não é dado qualquer Estado-membro ou ao Distrito Federal operar por omissão, deixando de legislar sobre esse gravame. Falando pela via ordinária, os titulares da competência para instituir o ICMS não podem deixar de fazê-lo e, além disso, terão que seguir os termos estritos que as leis complementares e as resoluções do Senado prescrevem, por virtude de mandamentos constitucionais.[29]

Deste modo, conforme se infere da leitura do já mencionado art. 155, §2º, XII, *g* da Constituição Federal, a instituição do ICMS e sua cobrança pelas unidades federativas são a regra, somente excepcionada mediante anuência e deliberação de todas elas acerca da concessão e revogação de benefícios fiscais, conforme a ser regulado em Lei Complementar. Neste cenário, surge a "guerra fiscal", a qual consiste em um fenômeno, acirrado nos anos 90[30], cuja principal característica é o embate entre os entes federativos na atração de investimentos para seus territórios. As possibilidades das unidades da federação participar dessa disputa estão diretamente relacionadas às regras do sistema tributário brasileiro, basicamente no que diz respeito ao ICMS.

O modelo econômico brasileiro, no que se refere às questões regionais, deflagrou o ideal do desenvolvimento local, fazendo com que as localidades entrassem em uma espécie de disputa dos lugares para serem eleitos para o processo de valorização do capital. Ocorre, assim, a intensificação da postura de rivalidade entre os governos subnacionais no federalismo brasileiro, que utiliza a tributação do ICMS como arma principal[31].

---

[28] CARRAZA, Roque Antônio. ICMS. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.
[29] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 13. Ed.São Paulo: Saraiva, 2005, p. 211.
[30] Utiliza-se a expressão "acirrar", pois a "guerra fiscal" vem sendo praticada no Brasil desde os anos 70, embora nos 70 e 80 fosse determinada por fatores distintos daqueles que desencadearam essa prática nos anos 90, que é objeto desse trabalho.
[31] O ICMS possui características que possibilitam o acirramento dos conflitos federativos: o referido imposto pertence aos governos estaduais, ao contrário da tendência mundial em que, em sistemas federativos, o Imposto

Não obstante o ICMS ser um imposto incidente, sobretudo, sobre a circulação de mercadorias, a sistemática de cobrança possibilita que exista uma relação direta entre a estrutura produtiva e a arrecadação do imposto. Isso ocorre em virtude de que no sistema tributário brasileiro, em transações dentro de um mesmo estado, o ICMS incide exclusivamente no ente federativo de origem e, em transações interestaduais, o imposto compreende um sistema misto de incidência no ente federativo de origem e de destino. Nesse sentido, o Estado membro, ou Distrito Federal, que concentrar a maior parte da estrutura produtiva nacional também terá a maior participação na arrecadação de ICMS e, em virtude dessa sistemática de cobrança do imposto os Estados, incluído o Distrito Federal, têm possibilidade de negociar com as empresas os incentivos fiscais correspondentes ao referido imposto.

A partir de 1975, o governo federal passou a interferir nas políticas de incentivos fiscais com a criação do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, de modo que a concessão de benefícios fiscais do antigo ICM por parte dos governos estaduais deveria ter a aprovação do Conselho. A Lei Complementar n° 24/75 estabelece que as concessões de benefícios fiscais com base no (então) ICMS serão concedidas ou revogadas através de decisão unânime dos representantes dos Estados e do Distrito Federal, mediante a elaboração de convênios em reuniões nas quais estejam presentes representantes de todos os entes federativos. O que se vê, entretanto, são os Estados brasileiros continuarem concedendo incentivos de forma desordenada e em desrespeito a matéria constitucional e legal.

A Lei Complementar nº 24/75, portanto, é o veículo introdutor de normas que dispõem sobre os convênios para a concessão dos benefícios fiscais de ICMS. Em linhas gerais, os benefícios fiscais podem ser assim elencados: (i) isenção; (ii) redução da base de cálculo; (iii) devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; (iv) créditos presumidos; (v) quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; e (vi) prorrogações e às extensões das isenções presentes até a data de vigência da referida Lei Complementar.

Os incentivos constituem, assim, medidas fiscais que excluem total ou parcialmente o crédito tributário, aplicadas pelo Governo com a finalidade de desenvolver economicamente uma determinada região, ou um determinado setor de atividade[32]. O Plenário do Supremo Tribunal Federal seguiu esse

sobre Valor Agregado é de competência do poder central ou está inserido em um sistema em que tanto o poder central quanto o poder subnacional possuem competência sobre o imposto, simultaneamente.

[32] MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. Incentivos Fiscais através das Isenções. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). Estudos de Problemas Tributários. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 135.

conceito ligado à idéia de exclusão do crédito tributário, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 577.348 e 561.485, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandoski[33], o qual asseverou em seu voto condutor que: "incentivos ou estímulos fiscais são todas as normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção do desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário".

Destarte, a noção de incentivos fiscais abrange, além das isenções, outras espécies tributárias, como a alíquota reduzida – essa poderá ser reconduzida à categoria das isenções parciais ou reduções do tributo–, bonificação, deduções para depreciação acelerada, suspensão do imposto, crédito do imposto para aplicação em determinados investimentos, etc.[34] Paralelamente, a Lei Complementar nº 24/75, ao tratar dos benefícios fiscais, também relaciona aqueles de natureza financeira. Neste tocante, insta ressaltar que parte da doutrina[35] entende que estando o possível incentivo no lado da despesa pública, mediante mera devolução ao contribuinte dos valores arrecadados, não teria natureza de interesse à matéria tributária[36].

Ocorre que o fato de se estabelecer ao lado da despesa não desautoriza que esta espécie de incentivo, não tipicamente fiscal, mas financeiro-fiscal, dentro de suas características particulares, inexista como categoria de interesse para a matéria jurídico-tributária. Os incentivos financeiro-fiscais, apesar de operarem no lado da despesa pública, possuem distinção meramente jurídico-formal. Isso porque, a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma conseqüência será obtida: o empobrecimento do ente público e o enriquecimento do contribuinte[37].

---

[33] Vide: STF, Pleno, Recurso Extraordinário n. 577.348 e n. 561.485, relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em: 13.08.2009, publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 035 em 26.02.2010.

[34] BORGES, Souto Maior. Subvenção Financeira. Isenção e Dedução Tributárias. In: Revista de Direito Público. São Paulo, n. 41, p. 40-46, Ago./1978, p. 43.

[35] Ives Gandra Martins e Pedro Ludarnelli entendem que somente pertencem a matéria tributária e, portanto, sua concessão está limitada pelo §2º, XII, *g* da Constituição Federal, os incentivos puramente fiscais, não se incluindo os financeiros. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Política Municipal de Incentivos Fiscais e Financeiros – Limites da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal – Autonomia Financeira, Administrativa e Política das Unidades Federativas. In: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 186, p. 126-143, Mar./2011, p. 129; LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo: Dialética, 1999, p. 134)

[36] Nesse sentido é a opinião de Sacha Calmon Navarro Coêlho: "*A devolução de tributo pago sem haver razão para a restituição, a não ser o intuito de exonerar total ou parcialmente o contribuinte, é considerada pela doutrina matéria estranha ao Direito Tributário. Alega-se estar no capítulo da despesa pública, já na área do Direito Financeiro, a sua sede jurídica. O entendimento é inobjetável*." (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária. São Paulo: Dialética, 2003, p. 202.)

[37] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit*, nota n. 24, p. 293.

As modalidades exoneratórias, sejam elas via renúncia ou via devolução a título de incentivo, apresentam o mesmo resultado econômico, qual seja, redução da carga tributária do contribuinte e conseqüente conquista daquele para desenvolver suas atividades no território benéfico do ente federado.

3 DOS EFEITOS DA CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A concessão de incentivos fiscais pode estar fundamentada nos princípios do desenvolvimento econômico e da diminuição das desigualdades, pois os incentivos concedidos, na maioria das vezes, geram retorno ao ente federativo com o desenvolvimento sócio-econômico da região. Os incentivos fiscais, portanto, não são meras deliberações por parte dos Estados, uma atitude desinteressada e puramente filantropa. Os Estados, efetivamente, ganham com a conduta adotada, em que pese em um primeiro momento haver uma redução da arrecadação do imposto, isso se justifica em virtude do fomento da economia da região[38].

Sendo vantajosa para o Estado a concessão de benefícios fiscais de forma unilateral, de modo a atrair investimentos para o seu território, essa tem sido uma conduta freqüentemente adotada. A Lei Complementar nº 24/75, em seu art. 8º, trata das conseqüências da inobservância dos dispositivos legais na fruição dos incentivos fiscais, momento em que ocorrerá, cumulativamente: (i) a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria; e (ii) a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Ocorre, contudo, que as soluções previstas no referido diploma legal distam, em muito, não só do princípio da não-cumulatividade, ínsito ao imposto em questão, mas também dos princípios da segurança jurídica, mais especificamente do princípio da proteção da confiança do contribuinte.

[38] Insta notar que, em que pese não fazer parte do escopo do presente estudo a origem dos benefícios fiscais, percebe-se que esses nem sempre são de responsabilidade exclusiva dos Estados. Os Estados para atrair investimentos, em nome ao princípio do desenvolvimento econômico e da diminuição das desigualdades, lançam mão de atrativos financeiros e fiscais, tendo em vista que a União arrecada tributos federais os quais tem sucessivamente aumentado, quando não há o aumento em igual proporção para ser objeto de partilha com os Estados. Desse modo, pode-se concluir que os benefícios fiscais também são de responsabilidade da União.

A aplicação de ambas as soluções previstas ocasionaria a cumulatividade do ICMS[39]. Vale dizer, ao mesmo tempo em que impede o contribuinte de usufruir o crédito do imposto no Estado de destino, determina a anulação da norma beneficiadora e, ainda, cobrança do ICMS pelo Estado de origem sobre a parcela do crédito anulado no destino. Além disso, ao impedir o crédito, o Estado de destino está tributando algo que não é de sua competência, mas de competência exclusiva do Estado de origem[40].

Discorrendo sobre os efeitos da "guerra fiscal" e o fenômeno de ofensa a não-cumulatividade, Schoueri afirma que a Constituição e, mesmo o seu art. 146-A, não permitem que se afaste a concretização da não-cumulatividade e se permita que um ente da Federação exerça competência tributária que não lhe foi outorgada, mesmo em nome da prevenção dos desequilíbrios da concorrência.

As soluções da referida Lei Complementar vão, portanto, de encontro ao princípio da não-cumulatividade. Além disso, ofendem, também, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do contribuinte. Isso porque, conforme ressalta Schoueri, a norma tributária, além de determinar a forma pela qual se dará o financiamento do Estado, produz efeitos sobre o comportamento dos contribuintes, destacando-se, por sua importância enquanto meio de intervenção sobre o domínio econômico, seu caráter indutor[41].

O que a Lei Complementar nº 24/75 propõe é que, diante da ilegalidade do benefício fiscal, seja decretada a nulidade da atuação estatal, com efeitos retroativos. Extrapola, mais ainda, quando prevê demais penalidades ao contribuinte como não só o estorno do crédito, mas também a realização de um novo pagamento ao Estado de destino da operação. Interessante notar que nas medidas previstas quem sofre a sanção é o contribuinte que, a rigor, não é parte direta nessa "guerra".

Alguns Estados, sem a prévia manifestação do judiciário, têm tomado medidas administrativas extremas e unilaterais, supostamente amparadas no art. 8º da Lei Complementar nº

[39] Segundo o princípio da não-cumulatividade, insculpido na Constituição de 1988, o valor do tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores. Preoderna-se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformização na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos. Desse modo, a cumulatividade do ICMS importa em ofensa ao referido princípio constituicional. Sobre a não-cumulatividade como princípio vide: CANTO, Gilberto Ulhôa. ICM: não-cumulatividade - estorno de crédito. Revista de Direito Tributário. São Paulo, n.9-10, p. 229-264, Jul.-Dez./1979, p 243. ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. ICM - Abatimento constitucional princípio da não-cumulatividade. Revista de Direito Tributário. São Paulo, n. 29-30, p. 110-208, Jul.-Dez./1984, p. 110. Sobre a concretização de valores através do princípio da não-cumulatividade, vide CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit*, nota n. 29, p.168.

[40] Ao dividir o ICMS entre os Estados de origem e de destino nas operações interestaduais, a Constituição Federal realiza efetiva repartição de competência. O fato de um Estado não exercer a sua competência não autoriza a outro Estado exercê-la em seu lugar.

[41] SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.) Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, v. 11. São Paulo: Dialética, p. 241-271, 2007, p. 247.

24/75, contra contribuintes estabelecidos em seus territórios, determinando o estorno do crédito de ICMS das mercadorias adquiridas em outros Estados, consideradas beneficiadas por incentivos fiscais ilegítimos. Ocorre que ainda que se considere que os benefícios sejam passíveis de supressão, não pode a Administração Pública invalidar retroativamente ato anterior concessivo do benefício fiscal, tendo em vista ser absolutamente imprescindível a observância do princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção da confiança do contribuinte, sobretudo o Estado de origem, que não tem competência impositiva naquele espaço[42].

Se o contribuinte, em suas compras interestaduais, apropria crédito do ICMS no montante destacado na nota fiscal, cujo valor, supostamente, foi suportado pelo remetente da mercadoria na operação anterior, não é plausível exigir que o contribuinte destinatário avalie e julgue constantemente potenciais benefícios fiscais concedidos a seu fornecedor para apurar se houve ofensa à legislação. Não há como atribuir ao contribuinte o ônus de fiscalização de benefícios fiscais concedidos irregularmente aos seus parceiros comerciais. Em um contexto normativo onde já é árduo dominar as regras tributárias que disciplinam as relações comerciais desenvolvidas pelo próprio contribuinte, exigir que atue como um "detetive" na busca por incentivos antijurídicos, que sequer aparecem nos documentos fiscais, é verdadeira afronta ao princípio da segurança jurídica[43].

Sobre a constitucionalidade da concessão de incentivos tributários não amparados por convênio, o Supremo Tribunal Federal já julgou diversas ações diretas de inconstitucionalidade. A orientação da Suprema Corte é inequívoca no sentido de que a concessão de benefício fiscal, sem amparo em convênio, viola o art. 155, XII, g da Constituição[44]. A partir das recorrentes decisões, foi apresentada pelo ministro Gilmar Mendes, a Proposta de Súmula Vinculante nº 69, cujo teor assim prescreve:

> "Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional."

[42] MARTINS, Ives Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. *Op. cit*, nota n.42, p. 55.

[43] Conforme refere Humberto Ávila, o jurista, antes mero intérprete, transforma-se em uma espécie de detetive, tamanha é a dificuldade de identificar qual é a norma aplicável. Apenas dominar a legislação constitui como que uma ciência à parte. (ÁVILA, Humberto. *Op. cit*, nota n. 26, p. 47.)

[44] Nesse sentido são as decisões: STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.936, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 19.09.2007, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 09.11.2007; STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.809, relator Min. Eros Grau, julgado em: 14.06.2007, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 14.09.2007; STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.410, relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 22.11.2006, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 08.06.2007; e STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.548, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 10.11.2006, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 15.06.2007.

Antes de se tecer comentários sobre a referida súmula vinculante[45], insta notar que, quanto à declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, essa pode se dar por controle concentrado ou por controle difuso. Em ambos os casos, a regra geral é de que a decisão produzirá efeitos *ex tunc*. Prevalece no Brasil a interpretação de que a lei inconstitucional é lei nula, por conseguinte seus efeitos serão retroativos[46].

Dizer que é inconstitucional qualquer benefício fiscal unilateralmente concedido pelo Estado, conforme prescreve a súmula, independente do contexto social e jurídico ao qual foi instituído, é dizer que o princípio da legalidade possui primazia sobre os demais princípios igualmente insculpidos na Constituição. É ignorar a segurança jurídica e a garantia de proteção da confiança do contribuinte, o que não se deve admitir.

O Supremo Tribunal Federal cuja função precípua é justamente a guarda da Constituição, tem a incumbência de desenvolver o conteúdo das normas constitucionais e aplicar o respectivo entendimento aos casos concretos que lhe são submetidos. Ocorre que o fato da Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade dos benefícios fiscais não deve importar que os efeitos do ato não sejam objeto de proteção pela mesma Constituição que baseou sua inconstitucionalidade. Isso porque, ao lado do princípio da legalidade, existem outros valores tão importantes quanto, como o princípio da segurança jurídica e sua reflexiva proteção da confiança.

Ainda, através da modulação temporal dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle difuso[47] ou concentrado, restringir os efeitos da declaração de

[45] A súmula vinculante figura como um conjunto de enunciados que consubstanciam o entendimento jurisprudencial firmado pela instância julgadora. Justamente por isso, na súmula se encontra uma das vias de garantir que certo posicionamento relativo à determinada norma será seguido. A súmula vinculante deve constituir, assim, instrumento de concretização do princípio da isonomia, decorrente segurança jurídica; isso porque a jurisprudência consolidada garante a certeza, a previsibilidade e a igualdade.

[46] Atualmente, vigora a tese de que a declaração de inconstitucionalidade das leis possuem efeito *ex tunc.* Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.357, assentou o entendimento que já vinha sendo manifestado pela Suprema Corte, de que a declaração de inconstitucionalidade das leis possuem efeito retroativo. Ressaltou o Ministro, contudo, que essa decisão deve respeitar a segurança jurídica, de maneira que os atos jurídicos produzidos com base em lei declarada posteriormente como inconstitucional não devem ser invalidados se já preclusos pela coisa julgada ou se já alcançados pela decadência administrativa, atingindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis. (STF, Pleno, Mandado de Segurança nº 22.357, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em: 27.05.2004, publicado no Diário de Justiça da União em: 05.11.2004, p. 6)

[47] Apesar da Lei nº 9.868/99 prever somente a modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, a experiência do tribunal demonstra sua aplicação também em sede de controle difuso. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do número de vereadores de uma determinada Câmara Municipal, para não atingir os atos legislativos que tivessem sido editados pelas legislaturas em curso, bem como para impedir alterações nas câmaras até o final da legislatura então corrente (STF, Pleno, Recurso Extraordinário n. 197.917, relator Min Maurício Corrêa, julgado em: 06.06.2002, publicado no Diário de Justiça da União em: 07.05.2004, p. 8), ainda que existam decisões pelo não cabimento da modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade (STF, 2ª Turma, Agravo

inconstitucionalidade a partir do momento do julgamento e até mesmo para o futuro. A teoria da eficácia prospectiva busca equalizar os princípios da constitucionalidade e segurança jurídica. Deve-se, assim, admitir a limitação de efeitos jurídicos de uma declaração de inconstitucionalidade no caso dos benefícios fiscais unilateralmente concedidos pelos Estados.

Portanto, não se pode decretar a nulidade de uma atuação estatal e seus respectivos efeitos, pelo simples fato de que ela é, do ponto de vista formal, contrária ao Direito. Isso porquanto os direitos fundamentais e os princípios relacionados a essa nulificação são os fundamentos da aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica, de modo que é preciso ultrapassar a perspectiva meramente estatal e normativa em favor de uma perspectiva baseada na disposição dos contribuintes na atuação séria, legal e justificada da Administração.

Os atos que induzem o contribuinte a agir normalmente não devem ser utilizados contra ele, que merece proteção em razão da boa-fé com que atuou. Mais ainda, merece guarida o comportamento do contribuinte diante dos atos que criam obrigações bilaterais com o Estado, em face da restrição que causa ao exercício da liberdade e da propriedade, mesmo que apresentem alguma falha formal.

Muitos são os benefícios fiscais concedidos e que estão condicionados a uma conduta do contribuinte[48], como, por exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, o incentivo Fundo Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul – Fundopem/RS, instituído pela Lei n.º 11.028, de 10 de novembro de 1997. O incentivo objetiva apoiar investimentos em empreendimentos industriais que visem ao desenvolvimento sócio-econômico integrado do Estado, consistindo em financiamento e subsídios, em troca da geração de empregos diretos e indiretos pelo contribuinte beneficiado.

É possível analisar os benefícios fiscais como formas jurídicas compensatórias de diferenças regionais e de infra-estrutura entre entes federados, de modo a justificar que uma indústria eleja aquele território para se instalar, mesmo que esse não ofereça vantagem de logística, mão-de-obra qualificada, melhores insumos para sua produção, dentre outros. Nesses casos, os benefícios atuam não como armas de política fiscal, mas como instrumentos de concretização do postulado da igualdade.

O postulado da igualdade é a exigência da relação entre dois sujeitos com base em um critério que serve a um fim[49]. Se existe uma justificativa responsável pela utilização de um critério diferente, que não seja somente a venda de mercadorias, mas como, por exemplo, a promoção de

---

Regimental no Agravo de Instrumento n. 589.958 , relator. Min. Cezar Peluso, julgado em: 11.12.2007, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 22.02.2008).

[48] Como exemplo de benefícios que exigem contrapartida do contribuinte, podemos citar o (i) Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, criado pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2002; o (ii) Programa Pró-Emprego do Estado de Santa Catarina, instituído pela Lei nº 13.992, de 15 de fevereiro de 2007; o (iii) Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP, criado pela Lei nº 2.508 de 22 de maio de 1970; dentre outros.

[49] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit*, nota n. **Erro! Indicador não definido.**, p. 150.

desenvolvimento, é plausível a utilização de critério diferenciador. A igualdade entre os entes federados justifica que esses se submetam a regras diferentes, especialmente tendo em vista que o principio federativo, que é um principio estruturante do ordenamento jurídico, impõe a confluência de dois fins que são imbricados: uniformidade dos entes federados e sua autonomia. Com isso, a autonomia dos entes federados pressupõe regras diferentes quando os entes federados forem essencialmente diferentes; sem isso não há igualdade federativa, muito menos concreção do princípio federativo.

Baseado nisso, o contribuinte pode se estabelecer naquele território no qual, mesmo não sendo em termos gerais mais favorável para seus negócios, assim se torna em virtude dos incentivos fiscais lá existentes. Por conseguinte, nos próximos anos, a indústria ali instalada fomenta a região, propiciando novos empregos e fomentando a economia. Nesse cenário, é inadmissível, porque incoerente com todo o sistema jurídico brasileiro, que o contribuinte seja lesado, perdendo o benefício ou, pior, tendo que ressarcir à Administração pelo imposto não pago através de um incentivo fiscal. O contribuinte estaria sendo punido pelo próprio Estado membro que concedeu o benefício, o qual, por sua vez, obteve todo o ganho de desenvolvimento da sua região.

É direito do contribuinte que ele possa, dentro do seu planejamento, fazer prospecções relativamente às conseqüências jurídicas futuras, por meio da avaliação das alternativas econômicas sob a perspectiva do seu impacto tributário. Negar-lhe poder se basear nas condutas do próprio Estado para planejar seus negócios é ir de encontro ao princípio da proteção da confiança do contribuinte.

A confiança nos atos jurídicos, a aparência e a presunção de legitimidade dos atos, negócios e documentos que os registram, a boa-fé inerente ao comércio, a certeza e a previsibilidade são princípios que militam em favor do contribuinte. Além da aparência de legalidade do ato, o transcurso de tempo desde a sua prática, também é elemento que consolida a situação de fato, de modo que o princípio da proteção da confiança exige que se torne relação protegida pelo Direito.

Conforme já discorrido no início deste estudo, a confiabilidade no direito requer quatro elementos, os quais podem ser relacionados com a prática de concessão de benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos entes federados. O primeiro dos elementos, diz respeito à (i) relação com base na confiança: o contribuinte confia na validade de determinado benefício fiscal, visto que esse possui aparência e presunção de legitimidade, não podendo ter sua confiança frustrada em virtude da mudança repentina de conduta do órgão estatal; (ii) confiança não apenas subjetiva do contribuinte, mas em relação desse com a base de confiança; (iii) exercício da sua confiança: ter usufruído os incentivos fiscais, ter pautado suas relações tendo os benefícios fiscais como certeza no momento das transações; e, por fim, (iv) que a confiança seja frustrada: seja através de uma decisão em sede

concentrada de inconstitucionalidade do benefício, seja através de condutas dos entes federativos em sentido contrário à confiança do contribuinte.

Todos os elementos do princípio da proteção da confiança têm que estar presentes, mas a fraca intensidade de um deve ser compensada pela alta intensidade de outro, de modo que, na média, possa ser possível afirmar a densidade mínima de seus pressupostos[50].

Portanto, apenas porque concedidos em desconformidade com as formalidades necessárias, não implica necessariamente que o incentivo fiscal não possa produzir efeitos, ou que os mesmos não sejam protegidos por outras normas constitucionais, além daquela que foi objeto de violação.

Quanto a uma possível solução para a "guerra fiscal", somente com a análise de cada caso concreto é que se poderia tentar resolver a questão da forma mais justa, com base no princípio da proteção da confiança do contribuinte. Há incentivos que concretamente não se traduzem em qualquer melhora na qualidade de vida da população, instituídos para agradar determinando grupo, sem contrapartida do contribuinte incentivado. Já outros, melhoram a realidade sócio-econômico da região e ainda aumentam a arrecadação tributária da unidade federada. Há também incentivos que são usufruídos por vários anos, de forma que se no primeiro ano possa, talvez, não se ter certeza da "base confiável", com o transcurso do tempo, pela implementação do incentivo com a criação de relações diretas e indireta, muda-se a perspectiva e o que antigamente talvez não fosse confiável, agora se torna em razão do tempo de concessão do benefício.

Por conta dessa realidade, aliada à aparência de legalidade do benefício fiscal, uma vez que concedido por autoridades graduadas do ente federativo, bem como dada a devida publicidade ao ato, é que não é razoável a edição de uma Súmula Vinculante, tratando como inconstitucional todo e qualquer benefício fiscal, sem inclusive atentar para os efeitos dessa declaração perante a confiança do contribuinte.

CONCLUSÃO

O que se propôs através do presente estudo não foi a defesa da concessão unilateral de benefícios fiscais, pois esses, além de não observarem as formalidades necessárias para a sua instituição, também geram efeitos inegavelmente prejudiciais à economia nacional, ocasionando a denominada "guerra fiscal". Ocorre que os efeitos que os incentivos irradiam devem ser

[50] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit,* nota n. 43*,* p. 687.

cuidadosamente analisados, de modo que o contribuinte não seja lesado pelo Estado por confiar na conduta deste mesmo ente, e, por conseguinte, seja ferido o princípio da proteção da confiança.

Com base no presente estudo, percebe-se, então, que as questões suscitadas no início deste trabalho encontram solução uníssona, todas baseadas no princípio da segurança jurídica e sua reflexiva proteção da confiança.

A violação do princípio da legalidade não é, por si só, suficiente para a invalidação de qualquer benefício fiscal, visto que requer a conjugação com os demais princípios igualmente protegidos pela Constituição e de idêntica hierarquia. A conduta do contribuinte, portanto, que atuou em consonância com as disposições legais emitidas pelo próprio Estado, está protegida pelo Direito.

Para que um benefício fiscal seja considerado inconstitucional, deve-se analisar não somente como foi concedido (aspectos formais), mas o porquê, por quem, para que e por quanto tempo. A análise não deve ser simplista e apenas centrar em aspectos formais da norma: se o benefício não for concedido por convênio, então não há efeitos a serem protegidos. Trata-se de violação ao princípio da segurança jurídica e seu efeito reflexivo da proteção da confiança. Deve-se, portanto, atentar para a conduta do Estado e do contribuinte, para só então decidir a respeito do Direito a ser resguardado.

Se o beneficio fiscal for julgado inconstitucional seus efeitos ainda estarão protegidos pela Constituição, a qual, em seu preâmbulo, já refere ser o Brasil um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos. Por conseguinte, mesmo diante de incentivos fiscais concedidos unilateralmente pelos entes federados, sua revisão deve ser limitada pelos direitos fundamentais do contribuinte.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. ICM - Abatimento constitucional princípio da não-cumulatividade. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n. 29-30, p. 110-208, Jul.-Dez./1984.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica. Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Sistema Constitucional Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, Souto Maior. Subvenção Financeira. Isenção e Dedução Tributárias. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 41-42, p. 40-46, Ago./1978.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 5ª ed. Tradução de: Antonio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANTO, Gilberto Ulhôa. ICM: não-cumulatividade - estorno de crédito. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n.9-10, p. 229-264, Jul.-Dez./1979.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. **ICMS**. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador: DP, nº 16, p. 79-103. Ago./2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária**. São Paulo: Dialética, 2003.

KNIJNIK, Danilo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo e Constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Vol. 35/205, 1995.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Dialética, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MARONE, José Ruben. O perfil jurídico da guerra fiscal e das variações das relações jurídicas dos estímulos de ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 134, p. 48-58, Nov./2006.

_____. Política Municipal de Incentivos Fiscais e Financeiros – Limites da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal – Autonomia Financeira, Administrativa e Política das Unidades Federativas. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 186, p. 126-143. Mar./2011.

MAURER, Harmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. Incentivos Fiscais Através das Isenções. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). **Estudos de Problemas Tributários**. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.) **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, v. 11. São Paulo: Dialética, p. 241-271, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRESSUPOSTO À CONSAGRAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: UM ENSAIO SOBRE O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

THE THEORY OF DIMENSIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS AN ASSUMPTION TO THE RECOGNITION OF FUNDAMENTAL PROCEDURAL GUARANTEES: AN ESSAY ABOUT EFFECTIVE JUDICIAL ACCESS

Paula Gigante Viana

Sumário: Introdução. 1 A teoria das dimensões dos direitos fundamentais. 2 A consagração das garantias fundamentais processuais no estado constitucional brasileiro. 3 Os mais fundamentais direitos processuais em espécie para um acesso efetivo à justiça. 3.1 Direito de ação. 3.2 Devido processo legal ou processo justo. 3.3. Contribuições do reconhecimento dos direitos fundamentais processuais. Conclusão. Referências.

Resumo: O estudo objetiva a demonstração da teoria das dimensões dos direitos fundamentais como pressuposto à consagração de garantias fundamentais processuais. Para atingir tal intento foi utilizado o método da revisão bibliográfica, notadamente da doutrina constitucional, bem como do estudo de casos trazidos a debate por autores que analisam o processo sob a ótica da Constituição. A relevância do assunto deve-se ao momento atual da ciência jurídica em que a efetividade dos direitos fundamentais é um escopo concreto. Constatou-se a necessidade de tornar eficiente e efetiva a prestação jurisdicional no Estado constitucional e de reconhecer as garantias processuais como direitos fundamentais. Em tal contexto, a eficácia irradiante, a filtragem constitucional e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais são abordados. E as balizas teóricas do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo são analisadas como pano de fundo das noções desenvolvidas. Assim, a verificação da evolução dos direitos fundamentais processuais, mormente do direito de ação (tutela jurisdicional efetiva) e do devido processo legal (processo justo), a partir da aceitação da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, conduz à conclusão de que se caminha na direção de um acesso cada vez mais efetivo à justiça.

Palavras-chave: normas jusfundamentais, direito à proteção, direito processual, conformação do procedimento, devido processo legal.

Abstract: *The study aims at demonstrating the theory of dimensions of fundamental rights as an assumption to the recognition of fundamental procedural guarantees. In order to accomplish this intent the method of bibliographic review was used, notably the constitutional doctrine, as well as the study of cases brought into debate by authors who analyze the process under the eyes of the Constitution. The relevance of the subject is at the current moment of the juridical science in which the effectiveness of fundamental rights has turned into a concrete objective. It was verified the necessity to achieve an efficient and effective jurisdiction in the constitutional State and to recognize procedural guarantees as fundamental rights. In this context, the radiant effectiveness, the constitutional filtration and the multifunction of fundamental rights are approached. And the theoretical landmarks of neo-constitutionalism and neo-proceduralims are analyzed as a background for the notions developed. So the verification of the evolution of fundamental procedural rights, especially the right of action and the due process of law (fair trial), since the admission of the theory of dimensions of fundamental rights, conduce to the conclusion that heads toward the direction of a more effective judicial access.*

Key-words: *jus-fundamental norms, right to protection, procedural law, procedure adequacy, due process of law.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa analisar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais como pressuposto à consagração de garantias fundamentais processuais e demonstrar a contribuição dessa construção teórica para um acesso efetivo à justiça. A metodologia aplicada ao trabalho parte de uma revisão bibliográfica acerca do tema, notadamente entre a doutrina constitucional, e abrange, ainda, a constatação empírica de alguns casos diretamente afetados pela teoria estudada e trazidos a debate por autores que examinam o processo sob a ótica da Constituição.

O primeiro capítulo trata da evolução do conceito de direito fundamental, delineada pela noção de dimensões (ou gerações) de direitos. A partir da compreensão histórica do contexto de desenvolvimento dos direitos fundamentais, bem como das características de fluidez e flexibilidade desses direitos verifica-se a possibilidade de concretização da cláusula aberta que são os direitos fundamentais. Assim, admite-se a afirmação de novos direitos com a mesma hierarquia. Evidencia-se, ainda, a função de proteção dos direitos fundamentais como decorrência da dimensão objetiva desses direitos, a qual forma com a dimensão subjetiva o caráter dúplice dos direitos fundamentais.

A importância das garantias fundamentais processuais no Estado constitucional brasileiro é analisada no segundo capítulo. São apresentados conceitos importantes como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a filtragem constitucional e a multifuncionalidade das garantias fundamentais. Essas ideias são determinantes para o entendimento do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, os quais constituem marcos da ciência jurídica que serão devidamente abordados neste tópico.

O presente estudo é de grande valia devido ao momento atual em que a efetividade dos direitos fundamentais tornou-se um escopo concreto. Essa realidade vem sendo construída pela jurisprudência, pela doutrina e por reformas legislativas que visam a uma mudança de paradigma no sentido da consecução do acesso efetivo à justiça. Percebeu-se que a eficácia dos direitos fundamentais só será alcançada quando houver instrumentos adequados que realizem a proteção do direito material. Além disso, constatou-se a necessidade de reconhecer o direito ao processo justo como garantia fundamental.

Assim, no terceiro capítulo, as normas processuais alçadas à condição de principais direitos fundamentais processuais, bem como a sua influência sobre o ordenamento infraconstitucional serão comentadas. Ainda, analisar-se-á o reflexo da teoria dos direitos fundamentais processuais, e da sua

função prestacional principalmente, sobre a prática jurídica, a partir da observação de releituras feitas pela doutrina moderna de alguns institutos.

Com isso, a transformação progressiva que atingiu o direito de ação e o devido processo legal e desencadeou a construção do direito ao processo justo será enfatizada, também neste terceiro item, como fator determinante para a realização do acesso efetivo à justiça.

1 A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição do que é direito fundamental deve anteceder a análise proposta neste capítulo de examinar a evolução que sofreu o seu conceito. Ingo Sarlet ensina que o conteúdo de um direito fundamental é a circunstância de conter uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade, "de modo especial, porém, no que diz com a posição nesse ocupada pela pessoa humana" (2010, p. 81).

Os direitos fundamentais surgiram no Estado liberal clássico com a consagração da liberdade individual como simples limite à própria atuação estatal. Inicialmente, o poder estatal era o único adversário dos direitos humanos. Sob tal cenário nasceram os direitos civis e políticos que concedem ao homem autonomia mediante a garantia da omissão estatal.

Esse momento histórico ficou conhecido como a primeira geração dos direitos fundamentais. Pedro Lenza destaca alguns documentos históricos marcantes desse período entre os séculos XVII e XIX, quais sejam, Magna Carta de 1215, Paz de Westfália de 1648, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1688 e Declarações americana de 1776 e francesa de 1789 (LENZA, 2010).

A doutrina também enfatiza a adjetivação de direitos de defesa, conforme se observa na obra de Daniel Sarmento. Afirma o constitucionalista que: "De acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais eram essencialmente direitos de defesa oponíveis em face do Estado e a prestação devida por este consistia numa abstenção" (2003, p. 2).

O advento do Estado social modificou o panorama das liberdades fundamentais. A partir da crise do modelo anterior e da constatação de sua insuficiência, novos direitos, com característica de prestação positiva pelo ente estatal, foram incorporados ao rol. Segundo Pedro Lenza,

> O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a

> Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto os direitos humanos ditos de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (2010, p. 740).

Destarte, a segunda dimensão dos direitos fundamentais contempla prestações positivas sociais do Estado para diminuir as desigualdades e promover a dignidade humana. Para Ingo Sarlet,

> A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais (2010, p. 55).

Nas palavras de Daniel Sarmento:

> Nesse contexto, novos direitos fundamentais de caráter prestacional, são positivados com a finalidade de garantia das condições materiais básicas para a população e de promoção da igualdade material. São os direitos sociais e econômicos, também denominados por parte da doutrina de direitos de 2ª geração ou de 2ª dimensão (2003, p. 2).

André Ramos de Carvalho, em artigo que trata das violações dos direitos humanos perante o direito internacional, esclarece que "a análise da história da humanidade nos faz contextualizar o conceito de direitos humanos, entendendo-o como fluído e aberto" (2002, p. 4). O autor parte do conceito do brilhante Dalmo de Abreu Dallari, para quem existe uma proximidade dos direitos humanos com os direitos fundamentais da pessoa humana, e do aclamado Konrad Hesse, que afirma serem os direitos humanos um mínimo essencial à vida humana com liberdade e dignidade, para concluir que os direitos humanos não formam um conjunto perfeito e acabado.

Nessa linha, ele investe na análise da evolução histórica, passando pela Antiguidade, Idade Moderna, revoluções liberais e pelo Estado social para relacionar os períodos referidos com os avanços conquistados no ramo dos direitos fundamentais, forjando a compreensão de que os direitos da cidadania reproduzem a evolução da humanidade. É esse mesmo raciocínio que permeia a consagrada teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

A afirmação dos direitos fundamentais, portanto, evidencia que o rol de garantias é aberto, ou seja, incompleto no sentido de que não se pode concluir pela conformação de um conjunto finito e hermético de direitos fundamentais. Paulo Bonavides aborda de forma esplêndida o tema. Ao traçar

comentários sobre a pacificação dos direitos fundamentais da primeira geração, relatando o processo dinâmico e com eventuais retrocessos apresentado em cada país, conforme a natureza do modelo de sociedade, o constitucionalista preconiza:

> Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão (2002, p. 517).

No Brasil, a atual Carta Magna eleva os direitos sociais à condição de direitos fundamentais de forma definitiva. Além disso, a Constituição admite, no artigo 5º, parágrafo 2º, a ideia de que outros direitos, mesmo sem constar expressamente do seu texto, sejam considerados fundamentais, o que se harmoniza com as características de não-tipicidade e de cláusula aberta desses direitos. Em obra que analisa os vinte anos da Constituição Federal de 1988, Ingo Sarlet conclui que:

> A evolução constitucional desde outubro de 1988 revela que, tanto na seara doutrinária quando jurisprudencial, apesar de algumas posições divergentes, se verifica, em termos gerais, a construção de uma dogmática e prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional compatível. Tal fenômeno ocorre tanto no que diz respeito ao reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais (pelo menos dos assim designados direitos sociais básicos, ligados ao mínimo existencial, onde parece existir um consenso) quanto na superação, pelo menos em boa parte, das principais objeções que lhes são direcionadas, seja no que diz com a sua constitucionalização, seja no concernente a sua condição de direitos exigíveis (2008, p. 36 e 37).

Entretanto, a consagração da teoria dos direitos fundamentais não evitou o surgimento de polêmica em relação à nomenclatura mais apropriada. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, nesse aspecto, enfatizam o problema da expressão “gerações de direitos fundamentais”:

> Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a idéia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto que no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores gerações como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que incluiu indiscriminadamente direitos de todas as gerações (2007, p. 34).

Adquire maior respaldo doutrinário, logo, a expressão “dimensões dos direitos fundamentais”. Sobre a terceira dimensão, Alexandre de Moraes sustenta que:

> Modernamente, protege-se constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (2002, p. 59 e 60).

No tocante à quantidade de dimensões também há divergência entre os autores, notadamente em relação à existência ou não da quarta e até da quinta dimensão dos direitos fundamentais. Para Paulo Bonavides a quarta dimensão dos direitos fundamentais abarca o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2002). Sobre o assunto, pondera Ingo Sarlet:

> Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos (2010, p. 53).

Ao constatar que os direitos fundamentais formam a base principal da ordem jurídica, a doutrina destaca a sua dimensão objetiva. Ensina Daniel Sarmento que "a dimensão objetiva catapulta os direitos fundamentais para o âmbito privado, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado" (2003, p. 4). O constitucionalista refere, ainda, o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional para explicar que uma das mais relevantes implicações da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a eficácia irradiante.

> Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a "humanização" da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional (2003, p. 16).

Nessa linha, Marinoni orienta que as normas de direitos fundamentais "afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos" (2006, p. 69). É o que leciona também Daniel Sarmento, ressaltando a função de proteção conferida a esses direitos:

> A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, mas também proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Esse dever de proteção envolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana (2003, p. 25).

2 A CONSAGRAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Nesse contexto apresentado acerca dos direitos da cidadania, sustenta-se o reconhecimento das normas processuais inseridas na Constituição Federal de 1988 como verdadeiros direitos fundamentais. Analisou-se no capítulo anterior o caráter dúplice dos direitos fundamentais que não só são direitos subjetivos, mas também elementos da ordem constitucional objetiva.

Ingo Sarlet promove o estabelecimento no Brasil das formulações de Robert Alexy sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais com a definição de uma classificação que os subdivide em direitos de defesa e direitos a prestações. Estes últimos dividem-se, ainda, em direito à proteção, direitos à participação na organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (MENDES, 2002).

Em artigo intitulado "Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional", Gilmar Mendes refere que a doutrina moderna utiliza o conceito de "direito à organização e ao procedimento" para designar as garantias processuais constitucionais como direitos fundamentais, as quais dependem de prestações estatais para estabelecer a estrutura de órgãos e repartições, bem como de providências normativas voltadas à proteção das garantias. Diz o autor que "Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido" (2002, p. 9).

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso trata da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a qual foi conceituada no capítulo anterior, e explica que o fenômeno "não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a

reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional" (2001, p. 30). É o que a doutrina denomina de filtragem constitucional.

A legitimação do caráter fundamental dos direitos processuais deve ser buscada na compreensão do Estado constitucional brasileiro. Ensina Daniel Mitidiero que a evolução metodológica é característica de todos os ramos jurídicos em decorrência da vinculação destes à cultura social historicamente considerada, mas desenvolve sobre o seu objeto de estudo o seguinte raciocínio:

> O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridade de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito (p. 55, 2011).

Didier Jr. observa que a constitucionalização do direito processual é uma realidade que pode ser atestada em duas dimensões: a inserção de normas processuais, como direitos fundamentais, nos textos constitucionais e o estudo pela doutrina das normas processuais infraconstitucionais como meios de efetivação das disposições constitucionais. É o que propõe a eficácia irradiante já estudada.

Assim, a atual fase do direito processual passa a ser compreendida a partir do neoconstitucionalismo, período atual do pensamento jurídico, também conhecido como pós-positivismo, que surge a partir da segunda metade do século XX. Esse momento histórico, ainda que de relativa indefinição conceitual, caracteriza-se, entre outras ideias, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição Federal; pelo desenvolvimento da teoria dos princípios que passa a considerá-los espécies de norma jurídica; pela transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e pela expansão dos direitos fundamentais com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o princípio da dignidade humana (LENZA, 2010). Sobre o assunto, Daniel Sarmento afirma:

> Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. (...) Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. (...) E esta nova racionalidade se espraia para diversos ramos do Direito. No Direito Civil, Penal, Administrativo, por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada

> uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (2009, p. 8 e 9).

Nesse sentido, André Ramos Tavares, em artigo que faz uma abordagem crítica acerca da abertura das constituições, visto que no Estado constitucional os princípios adquirem força normativa, atesta que: "também por decorrência da abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema" (2008, p. 9). Sobre o tema, Didier Jr. classifica o atual momento do direito processual como uma nova etapa na evolução dessa ciência, a qual denomina de neoprocessualismo. Afirma o autor que esse é o entendimento adotado pela doutrina nacional, citando juristas de relevo como Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi, Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr., e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, entre outros.

Segundo o autor, a consagração da nova fase do processo exige que as regras processuais sejam criadas de forma a garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, o que torna o processo cada vez mais direcionado à realização dos valores básicos definidos pelo ordenamento jurídico (DIDIER JR., 2010). Essas características são também destacadas pelo formalismo-valorativo, denominação desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ressalta a importância dos valores constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual (OLIVEIRA, 2003). Explica Mitidiero que se trata de mera opção terminológica, o que configura "aspecto menos importante do que o reconhecimento daquilo que pelo nome é designado" (2011, p. 51 e 52). E conclui:

> O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação (2011, p. 51).

Apesar de toda a evolução pela qual passou a teoria dos direitos fundamentais enfrenta ainda dificuldades no tocante à eficácia. Por longo período a doutrina brasileira debateu acerca da condição de direitos exigíveis ou não dos direitos fundamentais (SARLET, 2008). Superada, ao menos em boa parte, as principais oposições à exigibilidade desses direitos, passou-se a buscar elementos que

colaborassem com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, o processo apresenta-se como ferramenta essencial (MARINONI, 2006). Afinal, segundo Zollinger:

> O processo é, assim, o instrumento por meio do qual o Estado exerce sua função de prestar a tutela jurisdicional, devendo ser apto a implementar os efeitos que cada norma de direito material pretende produzir no mundo dos fatos (2006, p. 4).

O estágio atual da ciência processual, que reconhece a sua função de tutela ao direito material, contribui para que seja reconhecida a importância do processo nesse cenário. Assim, verificamos que as próprias garantias processuais passam a constituir direitos fundamentais, sendo esse o primeiro aspecto do direito ao procedimento, o qual determina, conforme Marinoni, "a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental" (2006, p. 465). É o que se intitula de direitos procedimentais substanciais. Por outro lado, cumpre observar a existência do segundo aspecto distinto e correlato ao primeiro do direito ao procedimento. Esse aspecto vislumbra, conforme Marinoni, o acesso ao procedimento "como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais" (2006, p. 465). Fala-se, neste último caso, em um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais e atribui-se a designação de direitos procedimentais adjetivos (MIRANDA, 2000).

3 OS MAIS FUNDAMENTAIS DIREITOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE PARA UM ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

No terceiro capítulo serão apontadas as mais destacadas normas processuais inseridas na Constituição Federal e feitas considerações acerca do seu impacto sobre o ordenamento infraconstitucional. Paralelamente, analisar-se-á a relevância prática da construção teórica apresentada no presente trabalho, a partir da verificação de possíveis releituras dos institutos jurídicos com base na filtragem constitucional decorrente da eficácia irradiante, conceitos já anteriormente tratados.

Ainda que o estudo empírico não seja o objeto principal do trabalho, essa avaliação contribui para a afirmação das premissas teóricas do artigo científico. Assim, em linhas gerais pode-se observar a progressiva inserção de valores constitucionais no processo e o abandono da lógica privada deste. Nota-se, da mesma forma, diante do exame dos direitos fundamentais processuais em espécie, que a formulação promovida pela flexibilidade das garantias fundamentais e a consequente incorporação dos

direitos processuais neste rol especial de direitos contribuem para o acesso cada vez mais efetivo à justiça.

3.1 Direito de ação

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagra o direito de ação: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esse direito foi conceituado por Nery Jr. como a prerrogativa de provocar o surgimento da relação processual entre autor, juiz e réu (NERY JR., 1997).

O direito de ação do Estado liberal clássico era compreendido apenas como o direito formal de propor uma demanda. Esse conceito relaciona-se à doutrina mais tradicional. Pedro Lenza critica, inicialmente, a forma indireta de apresentação da garantia à jurisdição, assentando que melhor seria a sua prescrição na forma direta, como ocorre, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 8º[1] e 10[2].

E o autor destaca, também, o projeto de Cappeleti e Garth que identifica as ondas renovatórias no processo evolutivo de acesso à ordem jurídica justa, o qual tem como fase final o enfoque de acesso à justiça e a busca pela superação das barreiras ao acesso de maneira mais articulada e compreensiva (LENZA, 2010). Nesse sentido, Marinoni afirma que o direito de ação é o mais fundamental de todos os direitos por ser imprescindível à efetiva concreção de todos eles:

> É muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (2006, p. 221).

Na mesma linha, Zollinger enfatiza a transformação do direito de ação apartado do direito material da época do liberalismo clássico para uma nova fase:

---

[1] Art. 8º - Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[2] Art. 10 - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

> O direito de ação não pode mais ser compreendido como um direito formal e completamente desvinculado do direito material. O direito de ação, na perspectiva da efetividade, deve ser entendido como um direito de acesso à justiça qualificado, uma vez que não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a tutela do direito (2006, p. 8).

Dessa forma, cumpre observar que a dimensão adquirida pelo direito de ação condiz com o seu status de direito fundamental, uma vez que se abandona o caráter meramente formal para se consagrar um direito de ação impregnado por valores. Este novo parâmetro não se contenta com a simples declaração da possibilidade de propositura da demanda perante o Poder Judiciário. Impõe-se a organização do sistema em conformidade com os valores que adjetivam o direito de ação (efetividade, adequação, tempestividade e prevenção) e a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com essa tarefa (MARINONI, 2006).

Isso evidencia a função prestacional do direito fundamental de ação e permite a sua classificação como direito fundamental à participação na organização e procedimento, segundo as formulações de Alexy e Sarlet. Caracteriza-se, também, como direito procedimental substancial na categorização de Jorge Miranda. Além disso, a inserção dos relevantes valores mencionados por Marinoni na garantia processual conduz à aproximação de um acesso mais efetivo à justiça. Nas suas palavras:

> O direito à construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto -, relaciona-se com o dever de a jurisdição prestar efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

Sobre o tema e com base nos ensinamentos de Marinoni e Jorge Miranda, leciona Mitidiero:

> Consoante observa a doutrina, o direito fundamental à tutela jurisdicional ensarta-se na categoria dos direitos a prestações, podendo ser caracterizado, especificamente, como um direito à participação na organização e procedimento. Trata-se de direito fundamental processual, oriundo da consciência de que não basta declarar os direitos, importando antes instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos (2007, p. 91).

3.2 Devido processo legal ou processo justo

Analisa-se o princípio do devido processo legal que é considerado a matriz das garantias constitucionais do processo por parcela significativa da doutrina. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Na definição de Didier Jr. o devido processo legal é uma cláusula geral. Assim, o seu conteúdo foi modificado ao longo da história e algumas construções foram incorporadas ao seu conceito, entre as quais se pode mencionar o contraditório e a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a proibição das provas ilícitas, a publicidade do processo, a garantia do juiz natural, a exigência de motivação das decisões e a duração razoável do processo. Para o autor, essas garantias compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. (DIDIER JR., 2010)

Ademais, Didier Jr. discorre sobre a existência de outros princípios e direitos que são extraídos do devido processo legal e que, ainda que não sejam expressos no texto constitucional, devem ser considerados direitos fundamentais processuais, como é o caso dos princípios da adequação, da colaboração e da efetividade. Na mesma linha, afirma Nery Jr.:

> Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por isso dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies (1997, p.27).

Daniel Mitidiero também enfatiza a importância do direito fundamental processual como cláusula geral, mas prefere a denominação de processo justo ao direito que inspira as demais garantias processuais e que constitui princípio basilar para a organização do processo no Estado constitucional (MITIDIERO, 2010). Afastam-se, a partir da escolha terminológica do autor, a noção do processo como simples defesa perante o arbítrio estatal, bem como o conceito norte-americano do devido processo legal substancial, o qual não mais tem relevância no Direito pátrio. Destaca, ainda, a necessária adequação do processo ao direito material para a efetiva realização do direito fundamental ao processo justo, o que o autor chama de adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. Sobre a

nova denominação, define Theodoro Jr.: "Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo" (2007, p. 28).

3.3. Contribuições do reconhecimento dos direitos fundamentais processuais

Observa-se nos seguintes casos a evolução das noções de direito de ação, devido processo legal e processo justo. Essas mudanças relacionam-se à consolidação dos direitos fundamentais, mormente da sua versão de direitos a prestações que visam alcançar o acesso à justiça efetiva.

Na análise que realiza acerca da tutela jurisdicional desenvolvida para a tutela do direito material, Mitidiero evidencia o caráter prestacional dos direitos fundamentais ao tratar do direito ao meio ambiente:

> Quer tudo isso dizer, que eventuais entrave postos em lei para concessão da tutela jurisdicional ambiental devem ser problematizados à luz dos princípios da precaução e da prevenção, isto é, levando sempre em consideração a especificidade do direito ao ambiente, além, é claro, da promessa constitucional de um processo justo (art. 5º, LIV, CRFB), capaz de prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos (art. 5º, XXXV, CRFB). Fora daí não estará o processo a atingir o seu fim precípuo: realizar a justiça nos mais variegados casos concretos (2007, p. 72).

Do mesmo modo, constata a relevância da função prestacional do direito fundamental para a atuação legislativa no sentido de organizar o processo voltado à concretização do direito material com a criação de técnicas, como são as multas de caráter sancionador, aptas a tal intento:

> (...) pretendemos analisar o direito fundamental à tutela jurisdicional como um direito à organização de procedimentos adequados para as mais diversas situações carentes de proteção no plano do direito material, explorando a relação desse direito com o tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas. A partir daí, nosso intento volta-se para o estudo da técnica processual elegida pelo legislador infraconstitucional para tutela das obrigações de pagar quantia em decorrência de sentença condenatória (notadamente, a multa prevista no art. 475-J, CPC), problematizando essa escolha à luz da eficácia imediata de nosso devido processo legal processual (2007, p. 90, 91).

Marinoni realça o papel do juiz diante do caráter prestacional dos direitos fundamentais, a partir da análise da multa como um meio executivo capaz de dar efetivo atendimento à tutela antecipatória de soma em dinheiro:

> Como é simples concluir, a multa é meio imprescindível para a execução da tutela antecipatória de soma e para permitir que o juiz responda ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos fundamentais – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional (2006, p. 121).

E, por fim, destaca a função de direitos a prestações dos direitos fundamentais processuais, explicitada no segundo capítulo, apontando, ainda para o que o autor chama de "universalidade do acesso à jurisdição", de modo que se garanta a todos não só o acesso ao Judiciário, mas instrumentos idôneos à tutela do direito material:

> Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas preocupado com o cumprimento das "regras do jogo", cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito (2006, p. 414).

CONCLUSÃO

Retomando-se as análises feitas neste trabalho acerca da evolução dos direitos da cidadania e da consagração dos direitos fundamentais processuais, percebe-se que a efetividade daqueles direitos tornou-se escopo concreto da ordem jurídica no Estado constitucional. Foi possível compreender a afirmação das garantias processuais como verdadeiros direitos fundamentais a partir da constatação das características de fluidez e historicidade desses direitos.

Insere-se no contexto da eficácia dos direitos fundamentais a atual etapa do pensamento jurídico, denominada neoconstitucionalismo, que se caracteriza, entre outras noções, pela expansão dos direitos fundamentais com o desenvolvimento de uma teoria erigida sobre o princípio da dignidade

humana. Da mesma forma, a eficácia irradiante e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais marcam esse período.

É a eficácia irradiante que faz a migração e incorporação das garantias fundamentais para a seara do direito infraconstitucional. Isso proporcionou a tomada de consciência da doutrina no sentido da releitura dos institutos jurídicos sob a ótica da Constituição. Diante disso, a noção de ação reaproximou-se do direito material e agregou, ainda, valores novos definidos pelo ordenamento que fizeram surgir o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

Além disso, o devido processo legal evoluiu para incorporar garantias mais condizentes com as necessidades do Estado constitucional. Considerando-se que o princípio do devido processo legal (ou do processo justo) é um direito fundamental, resta claro que deve ser encarado como cláusula geral, sendo os fatores de dado momento histórico que determinam o seu desenvolvimento.

No tocante à diversidade de funções conferida aos direitos fundamentais, ressaltou-se o papel de proteção que configura direito a prestações em face dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Essa constatação torna ainda mais importante a consagração dos direitos fundamentais processuais, pois, a partir disso, consegue-se estabelecer meios concretos para nortear a execução, aplicação e criação das normas em consonância com o processo justo, com vistas a atender o direito material, fundamental ou não.

O presente trabalho teve como meta traçar um referencial acerca da conformação do direito processual à perspectiva da teoria das dimensões dos direitos fundamentais e do Estado constitucional. Tendo em vista a nítida existência de progressos na direção de um processo justo, a partir das análises verificadas, cumpre notar a importância das características de fluidez e historicidade das garantias fundamentais como fator decisivo para a evolução da tutela jurisdicional efetiva.

Essa contribuição demonstra os avanços no sentido do cumprimento das normas constitucionais e da realização dos direitos e orienta para uma perspectiva otimista em relação ao efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001.

BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. 1, 12.ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar. "Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol. 4, 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. "Direito fundamental ao processo justo". Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, nº. 45, Nov/dez 2010, p. 22-34.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. "Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988". Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria". In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251/314 - Material da 1ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

_____. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 13/03/2012. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG

TAVARES, André Ramos. "A Constituição Aberta". In Revista Latino Americana de Direito Constitucional, n° 8, janeiro/junho de 2008, pp. 326-343. Disponível em: http://multimidia.opovo.com.br/revista/andre-ramos-tavares.pdf. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. "Proteção processual aos direitos fundamentais". Salvador: edições Juspodivm, 2006, págs. 115 a 140. Material da 7ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

A CONFIGURAÇÃO DA IGUALDADE PELA PROTEÇÃO AO EMPREGADO: RECONHECENDO DIFERENÇAS EM BUSCA DA JUSTIÇA

THE CONFIGURATION OF EQUALITY BY PROTECTING THE EMPLOYEE: RECOGNIZING DIFFERENCES IN SEARCH OF JUSTICE

Dartagnan Ferrer dos Santos

Sumário: 1 Os princípios de direito no cenário pós-positivista. 2 A igualdade como fórmula vazia e ideal a ser alcançado. 2.1 A igualdade na ordem constitucional. 2.2 A fórmula vazia da igualdade. 3. O princípio da proteção como configuração da igualdade no direito individual do trabalho. Conclusão. Referências.

Resumo: É parte da essência do contrato de emprego a diversidade de forças entre seus pólos, o que enseja o binômio "hipossuficiência" do empregado e sua "subordinação" ao empregador. Em razão dessa realidade nasceu o direito individual do trabalho, visando proteger a parte mais fraca, equiparando-a a empresa. Neste estudo se pretende justamente analisar como acontece tal equiparação; ou como o direito do trabalho estabelece a igualdade entre as partes da relação de emprego. Ao final, espera-se demonstrar que a igualdade entre esses contratantes é perfectibilizada pela proteção à parte desigual, em uma relação de complementaridade entre dois princípios de direito.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho; Princípios do Direito; Relação de Emprego; Igualdade; Proteção ao Trabalhador.

Abstract: *Part of the essence of the contract of employment is the diversity of forces between its poles, which entails the binomial "weakness" of the employee and his "subordination" to the employer. Given this reality was born individual labor law, to protect the weaker party, equating it to the company. This study aims to analyze precisely how this equation happens; or how labor law establishes equality between the parts of the employment relationship. At the end, it is expected to show that equality between these contractors is made by protecting the uneven, in a complementary relationship between two principles of law.*

Keywords*: Labor Law, Principles of Law; Employment Relationship; Equality; Protection for the Worker.*

1 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO NO CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA

O momento chave para os princípios de direito aconteceu após a derrocada dos regimes totalitários europeus da primeira metade do século XX, quando a crença no positivismo radical diminuiu consideravelmente e se tornou imperativo o reencontro do direito com a ética.[1] Foi esse o alvorecer do *pós-positivismo*, momento em que as melhores constituições passaram a consagrá-los como estrutura primordial dos sistemas jurídicos. [2] Após algumas décadas desse *neo-constitucionalismo*, a grande maioria da nova dogmática jurídica aponta duas espécies do gênero norma: princípios e regras. Robert Alexy afirma que a diferença entre ambas é qualitativa. Os

[1] GROFF, Paulo Vargas. Teoria dos princípios, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). **Faces do multiculturalismo**: teoria – política - direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 218-220.

[2] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264-266.

princípios são *mandamentos de otimização* que ordenam uma realização na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; por isso é possível mais de um deles proteger o mesmo bem jurídico; ou então, podem eles "colidir" entre si ao incidir sobre o mesmo caso concreto. Quando isto acontece, situando-se todos os princípios no mesmo nível abstrato da lei, não haverá a exclusão de nenhum deles do ordenamento jurídico. No caso concreto, serão eles "ponderados" para que na situação específica prevaleça aquele com maior peso relativo. Por sua vez, as regras são *mandamentos definitivos*, sem meios-termo; havendo a aparente subsunção de mais de uma ao mesmo fato concreto, aplicar-se-á uma só delas.[3]

Na ponderação dos princípios costumam existir vários enunciados normativos de mesma hierarquia igualmente aplicáveis aos fatos em discussão. Nessas hipóteses, a solução para a colisão deve ocorrer através de uma "relação de precedência" entre eles, resolvida de acordo com as condições específicas analisadas e levando em conta o caráter *prima facie* dessas normas e demais valores constitucionais. O resultado dessa equação fruto da "lei de ponderação" será uma "norma de direito fundamental atribuída", a qual tem a estrutura de uma regra aplicável à colisão específica.[4] Haverá então uma norma para o determinado caso concreto, a qual fora gerada pela ponderação de princípios. Nesse caso, aplicar-se-á, na medida do possível, o "princípio precedente [, o qual] limita [...] as possibilidades jurídicas do cumprimento do retrocedente", não obstante, este princípio permanece fazendo parte do ordenamento jurídico.[5]

Após essa necessária recordação de aspectos da normatividade pós-positivista, se passará ao exame da igualdade e do princípio da proteção enquanto amálgama de princípios que, em cada caso, protege o pólo hipossuficiente da relação de emprego.

---

[3] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 64.
[4] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 94-103.
[5] Id. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.166. (Sobre a resposta de Robert Alexy à crítica de Jürgen Habermas ao método da ponderação, cf. ALEXY, 2011a, p. 108-110.)

2 A IGUALDADE COMO FÓRMULA VAZIA E IDEAL A SER ALCANÇADO

A igualdade pode se apresentar em diferentes dimensões normativas. No mínimo, como regra - ao proibir o uso de determinadas medidas de comparação - e como princípio, ao estabelecer um estado ideal a ser alcançado.[6] Seu conceito clássico dispõe que *o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente*, pois a desigualdade é justa quando promovida entre desiguais entre si,[7] fórmula essa que permanece viva.[8] Assim equiparada à "justiça particular distributiva", a igualdade tem o mérito como critério para distribuição de bens e ônus.[9] Além disso, o aspecto material da igualdade se configura ao se igualar os diferentes, tratando-os de maneira diversa. Porém, isso torna necessário apontar quem é igual e quem não o é, tornando imperativo estabelecer "qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos".[10] Chega-se então "à questão da valoração correta e, com isso, à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa".[11]

2.1 A igualdade na ordem constitucional

O art. 5º, I da Constituição da República revela dois aspectos diversos da igualdade. Em primeiro lugar, ao referir que "todos são iguais perante a lei", a norma exige a aplicação da lei de

[6] ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133-139. O autor também menciona o que entende ser a "igualdade-postulado", a qual atua como parâmetro interpretativo para outra norma.
[7] ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea:** ética eudemia. Introducción por Emilio Liedó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003. p. 238-268.
[8] ALEXY, 2011b, p. 397: essa ideia "- em múltiplas variações e com inúmeras complementações – constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o art. 3º, § 1º, da Constituição [Alemã]."
[9] ARISTÓTELES, 2003, p. 245-247: Existe uma "justiça universal" - a qual abrange as virtudes em geral – e também uma "justiça particular". Esta se refere às constituições políticas e decisões judiciais e é dividida em "distributiva" – a qual se refere ao mérito e proporção – e "corretiva" – também chamada "comutativa"-, a qual diz respeito às punições.
[10] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. atual. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11.
[11] ALEXY, 2011b, p. 400.

maneira uniforme, efetivamente atingindo tudo aquilo - ou todos aqueles - que estiver(em) sob o espectro da norma em exame, pois "a lei é para todos". Essa dimensão "formal" da igualdade apresenta ao menos quatro aspectos a serem levados em consideração para sua configuração: 1.) *exigência de generalidade*, a qual tem a ver com o caráter universal e abstrato da norma jurídica, impedindo diferenciar ou favorecer uns ou outros; 2.) *exigência de equiparação*, a qual permite o igual tratamento de situações que apresentam diferenças não relevantes para o fim proposto à lei; se elege para isso um critério que determina o que é - ou não - importante para que cidadãos ou situações sejam tratados de maneira isonômica; 3.) *exigência de diferenciação*, a qual se refere ao caráter dinâmico da igualdade ao permitir certas distinções na lei, desde que não fundamentadas em critérios arbitrários ou discriminatórios. É o que ocorre, por exemplo, nas normas tributárias que determinam encargos proporcionais à capacidade econômica dos – diferentes – cidadãos; 4.) *exigência de regularidade de procedimento*, aspecto funcional da igualdade formal que se manifesta na coerência e regularidade exigidas na aplicação da lei e atitudes estatais, o que inclusive envolve a necessidade de os juízes fundamentarem racionalmente mudanças de entendimento ou critérios que porventura venham a ter a respeito de casos idênticos, o que Antonio Enrique Pérez Luño chama "princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos".[12]

Por outro lado, ao vetar distinções "de qualquer natureza", a norma em exame trata também do viés *material* da isonomia, impedindo que uma lei seja *ela mesma* discriminatória. É esse aspecto substancial da igualdade que torna ilegal a criação de leis que contenham em si discriminações arbitrárias em seu próprio texto. Deve-se realçar que tal vedação é quanto à "arbitrariedade", pois diferenciações justas entre uns e outros, levando-se em conta aspectos juridicamente relevantes, são legais e necessárias, pois retratam a *exigência de diferenciação* de que se tratou no parágrafo anterior. Essas diferenciações lícitas, além de genéricas devem manter uma "conexão lógica" racional entre o fator usado para diferenciar e a discriminação – deve ainda ser possível justificá-la perante os valores constitucionais.[13]

As dimensões "formais" e "materiais" da isonomia têm uma conexão necessária. As modernas sociedades se encaminham cada vez mais para uma "concepção material-formal de igualdade", ampliando o conceito de isonomia o quanto possível como caminho para abarcar a cada

[12] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad.** 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 22-36.
[13] BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 17.

vez mais presente dialética igualdade-diferença.[14] Alexy também sustenta essa necessária composição entre os aspectos "jurídicos" e "fáticos" da igualdade, não obstante os paradoxos que emergem dessa relação. Acaba ele por concluir pela insuficiência do caráter meramente negativo/formal da igualdade, à qual "deve ser atribuído um feixe de direitos subjetivos com as estruturas mais variadas. Somente esse feixe é que define o direito fundamental do art. 3º, § 1º [da Lei Fundamental Alemão], como um direito completo".[15]

2.2 A fórmula vazia da igualdade

Peter Westen tentou esclarecer o que significaria afirmar que certas "pessoas são iguais". De início rechaçou a possibilidade de que com isso se queira separar indivíduos idênticos – porque tal não existe; nunca haverá dois seres humanos iguais sob todos os aspectos -. A seguir, afastou ele a possibilidade de que se estaria a falar de pessoais iguais "sob certos aspectos" - o que abrangeria a humanidade inteira, formada por homens e mulheres que sempre terão vários traços em comum -. Por fim, concluiu que a igualdade é quanto a pessoas "*moralmente* semelhantes em certo aspecto". Dessa maneira, "dizer que pessoas são moralmente iguais é então articular um *standard* de tratamento [...] especificando certo tratamento para certas pessoas em referência a que elas são." Essa regra moral adotada explica por qual razão certos indivíduos devem ser tratadas iguais.[16]

Com isso o legislador preenche a fórmula aberta da igualdade estabelecendo uma ou mais diferenças relevantes que possam justificar o desprezo pelas outras diversidades.[17] Dessa maneira, haverá tantas versões substantivas de igualdade quanto há noções de direito ou critérios para igualar ou desigualar, de forma que em cada relação de igualdade será necessário esclarecer de qual "mérito" e de qual "proporção" se está falando. É por essa razão que muitos autores afirmam que, isolada, a fórmula clássica da igualdade resta tautológica ou vazia, pois essa carece de conteúdo próprio, sendo sempre

[14] PÉREZ LUÑO, 2007. p. 36-38. (Chega-se com isso à polêmica que versa quanto à *igualdade de oportunidades* e *de resultados*, a qual envolve o acirrado debate a respeito da legalidade ou não das chamadas "cotas" para ingresso em cargos públicos, universidades, etc. Ob. cit., p. 116.)
[15] ALEXY, 2011b, p. 432.
[16] WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review,** v. 95, n. 3, p. 544-545, Jan./1982.
[17] SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes.** Cambridge: Belknap, 2003, p. 131: Sobre essa "diferença relevante", a irônica lição do professor de Harvard parece insuperável: "Diferentemente da aposentadoria compulsória para capricornianos, mas não para escorpianos, a aposentadoria compulsória para pilotos com sessenta anos não é irracional."

necessário suplementá-la.[18] Hans Kelsen, por exemplo, a vê como mera decorrência lógica da adequação à lei.[19] Isso porque *todos são iguais e desiguais quanto a certos aspectos*, de forma que antes de se estabelecer quais semelhanças e diferenças são relevantes, elegendo aquelas que serão utilizadas para configurar ou não a igualdade, "'tratar da mesma maneira os casos semelhantes' permanecerá uma fórmula vazia"[20].

Diz-se por fim que, mesmo sendo supostamente formal, a igualdade permanece com relevância inegável; está ela sempre assegurando a uniformidade de aplicação de todas as demais normas e sempre buscando nas demais disposições a fundamentação para as comparações e fins que permitem seu funcionamento. Por tudo isso, "dizer que a igualdade é formal, por ser estrutural, não é o mesmo que afirmar que ela é menos valiosa."[21]

3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO COMO CONFIGURAÇÃO DA IGUALDADE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Conforme Jean-Emmanuel Ray, "o direito laboral repousa sobre uma visão moral da vida em sociedade [, pois] o trabalho humano não pode ser considerado uma mera mercadoria."[22] Nasceu o ramo jurídico para auxiliar o homem na defesa contra abusos contratuais e leis de mercado, com o fim de fornecer aos obreiros os meios para cumprir seu dever imanente, protegendo e respeitando sua invendável e insubstituível dignidade humana.[23]

[18] Ibid., p. 203. (Como exemplo daqueles que em sentido contrário sustentam a independência da igualdade, cita-se Maria da Glória Ferreira Pinto. Cf. ÁVILA, 2009, p. 143.)
[19] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.
[20] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 173-174.
[21] ÁVILA, 2009, p. 144-145.
[22] RAY, Jean-Emmanuel. **Aborder le droit du travail.** Paris: Seuil, 1998, p. 4.
[23] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77: "No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade."

Aqui vale a lição de Lacordaire: "Entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta."[24]

Por essas razões o ramo jurídico laboral emite uma gama de princípios próprios, frutos de sua natureza singular, principalmente o "princípio da proteção", o qual permite ao trabalhador a manutenção de um contrato de trabalho com garantias legais em seu favor. Se acaso necessário, permite-lhe também litigar com seu empregador em razoável igualdade de condições. De acordo com Américo Plá Rodriguez essa proteção é consubstanciada de três maneiras: a.) *in dubio, pro operario*, o que significa escolher o sentido mais favorável ao trabalhador dentre as possíveis interpretações de uma norma; b.) *aplicação da norma mais favorável* ao empregado, acaso existam outras aplicáveis ao caso; c.) "condição mais benéfica", regra essa que determina a não aplicação de uma nova norma que eventualmente venha a piorar a situação do empregado.[25] Não obstante as não poucas críticas direcionadas ao princípio tutelar,[26] a maior parte da doutrina continua apontando-o como "cardeal" para o direito do trabalho; na verdade, diz-se mesmo que a norma é atuante não só nos três planos demonstrados pelo mestre uruguaio, mas abrangindo "essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do direito do trabalho".[27]

Como acima foi observado, o princípio da igualdade é *de per si* uma fórmula incompleta que precisa de um critério definidor. Faz-se necessária sua integração por outra norma, a qual deve esclarecer sob qual aspecto e com qual finalidade se está falando em "iguais". No que diz respeito ao direito do trabalho, a máxima da igualdade é suplementada pelo princípio da proteção ao empregado, o qual preenche o vazio normativo. Para esse ramo jurídico, "tratar igualmente os iguais e desigualar os diferentes" significa conferir à parte mais fraca da relação laboral garantias, direitos, presunções legais, etc. que a coloquem no mesmo nível daquele a quem esse lado hipossuficiente está subordinado.

---

[24] RAY, 1998, loc. cit.
[25] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978, p. 42-43.
[26] Por todos, cf. ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p. 23.
[27] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 184.

No âmbito do contrato de trabalho - onde são nítidas as diferenças de condições entre empregado e empregador - as leis laborais constroem "uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho".[28] Vai-se então além da ideia de *igualdade como equiparação* – atuante contra discriminações arbitrárias[29] - e chega-se a normas que estipulam a *igualdade como diferenciação*, as quais são criadas e aplicadas pela aceitação do fato inegável de que há diferenças relevantes e substancias entre aqueles contratantes. Com isso se traça o caminho para alcançar a isonomia material entre esses, concedendo-se elementos protetivos aos empregados através de leis laborais que os colocam na mesma condição de seus empregadores. As sociedades democráticas e plurais de hoje exigem cada vez mais essa categoria da igualdade, pois em nenhuma delas se pode "prescindir das exigências concretas da experiência jurídica para discerni-las e valora-las em sua específica peculiaridade [, de forma] análoga ao que faz a equidade no plano da aplicação judicial do direito".[30]

Assim, unido ao princípio protetor, estará o postulado da igualdade assumindo sua função material, prescrevendo o equilíbrio entre os dois pólos do contrato laboral. Como afirmava Américo Plá Rodriguez, "no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes."[31]. Até então, não havia isonomia entre ambas. A partir da união entre dois princípios de direito – pela inserção de proteção ao mais débil -, a igualdade se consubstancia. Com isso deve restar satisfeito o aspecto moral e teleológico do direito do trabalho, garantindo meios ao empregado para que ele fique em pé de igualdade com a empresa. Afinal, como afirmou José Ortega y Gasset: "quem se irrita ao

[28] DELGADO, 2009, p. 183.
[29] MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Dykinson, 2004. p. 183.
[30] PÉREZ LUÑO, 2007. p. 29. (A respeito das "sociedades pluralistas", cf. DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais**: sobre convivência humana possível. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 9-10: "a sociedade mais desejável, pelo menos suportável, será plural". Ibid., p. 20-21: cada microcosmo social deve equacionar sua inegável "complexidade dialética de pessoas ao mesmo tempo iguais e diferentes", permitindo sua melhor convivência.)
[31] PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 28.

ver tratados desigualmente os iguais, mas não se altera em ver tratados igualmente os desiguais, não é democrata; é plebeu".[32]

CONCLUSÃO

O princípio da proteção permanece fundamentando o ramo jurídico laboral estabelecendo *igualdade por diferenciação*. É possível afirmar que assim será ainda por um bom tempo, uma vez que em regra a relação de emprego continua a refletir uma relação de poder entre patrão e empregado. Melhor caminho será se o progresso das relações de trabalho leve-as a um ponto no qual deixe de ser necessária a existência do princípio. Conforme a lição de Ruy Cirne Lima é possível que no futuro melhores condições sociais levem à superação da feição publicística do direito do trabalho, de maneira a ser alcançada "uma espontânea disciplina de direito privado do trabalho".[33] Ainda há um bom caminho para trilhar até esse desiderato. Por hora, enquanto se busca tais melhorias, permanecem a igualdade e a proteção ao trabalhador como os firmes alicerces do direito laboral, seus indispensáveis instrumentos para alcançar a Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____.**Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b. (Coleção Teoria e Direito Público)

[32] ORTEGA Y GASSET, José. Democracia Morbosa. **Obras Completas**. Madrid: Alianza Editorial, v. 2, 1983, p. 138.
[33] DONATI, Benevenuto. Fondazione della Scienza del Diritto, Padova, 1929, p. 217 *apud* LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958, p. 41.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea:** Ética Eudemia. Introducción por Emilio Lledó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003.

ÁVILA, Humberto.**Teoria da igualdade tributária.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. atual. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais**: sobre convivência humana possível. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GROFF, Paulo Vargas. Teoria dos princípios, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). **Faces do multiculturalismo**: teoria – política - direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 218-220.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2005b. (Coleção Textos Filosóficos).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito)

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho)

ORTEGA Y GASSET, José. Democracia Morbosa. **Obras Completas**. Madrid: Alianza Editorial, v. 2, 1983.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad.** 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

RAY, Jean-Emmanuel. **Aborder le droit du travail.** Paris : Seuil, 1998. (Collection Mémo 107)

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes.** Cambridge: Belknap, 2003.

WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review,** v. 95, n. 3, p. Jan. 1982.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CLT IMPOSTAS PELA LEI 12.551/2011.

CONSIDERATIONS ON THE AMENDMENT OF THE WRITING OF ARTICLE 6º OF THE CLT IMPOSED BY THE LAW 12.551/2011.

Fernanda Dalla Valle

Sumário: Introdução. 1 Interpretação da redação antiga do artigo 6º da CLT. 2 A nova redação dada pela lei 12.551/2011. 3 A ausência de polêmica e inovação. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho analisa a alteração da redação do artigo 6º da CLT dada pela Lei nº 12.551/2011 a fim de verificar eventuais mudanças em decorrência desta alteração. Para tanto, analisa a redação anterior buscando entender o seu verdadeiro alcance, verificando-se que o dispositivo equiparava o trabalho a domicílio ao desempenhado no interior do estabelecimento de trabalho quando já caracterizada a relação de emprego Em seguida assinala as principais alterações impostas pela Lei 12.551/2011, apontando os aspectos mais relevantes que foram alterados. Identifica que a nova redação do artigo 6º da CLT possui com principal finalidade, além de equiparar o trabalho realizado à distância ao realizado no interior da unidade de trabalho, igualar o meio de controle indireto por meios telemáticos e informatizados ao controle direto e pessoal do empregador sobre o empregado, concluindo, por fim, que muito provavelmente a alteração realizada não acarretará em mudanças significativas no Direito do Trabalho.

Palavras-chave: artigo 6º da CLT – Lei 12.551/2011 – subordinação jurídica – meios telemáticos - teletrabalho

***Abstract**: The present paper analyzes the changes in the article 6 of CLT caused by the Law n. 12.551/2011 and it aims at verifying eventual changes due to this alteration. For achieving this purpose, it analyses the former article aiming to understand its real scope and verifies whether the article equated home office activities to the ones taken in a regular office when it is already established the labor relation. Following that, it shows the main changes imposed by the Law n. 12.551/2011, focusing on the most relevant aspects changed. It shows that the main purpose of the new text of article 6 from CLT is, other than equating the home office activities to the ones taken in a regular office, matching online and technological means of control to the direct and personal control that employers make over employees. It can be concluded that the alteration might not bring substantial changes to the Labor Law.*

***Keywords**: article 6 of CLT – Law n. 12.551/2011 – employee suboridination– online and technological means - telework*

INTRODUÇÃO

Foi publicada em 15 de dezembro de 2011 a Lei nº 12.551 a qual trouxe alterações na redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com o objetivo de analisar as alterações impostas pela Lei, bem como apontar eventuais reflexos destas mudanças no Direito do Trabalho, faz-se singela análise dos principais aspectos deste dispositivo legal antes e após a referida alteração.

Para tanto, analisa-se a redação anterior do artigo objeto deste estudo, buscando a

compreensão do contexto e da finalidade de sua aplicação, bem como identifica o ponto central de sua tutela. Entende-se, deste modo, que a intenção do artigo era equiparar o trabalho a domicílio ao exercido no interior do estabelecimento do empregador a fim de não descaracterizar o vínculo empregatício entre as partes por apenas inexistir controle direto e imediato por parte do superior hierárquico.

Em seguida, ponderam-se as inovações trazidas com a Lei nº 12.551/2011 com a intenção de esclarecer as alterações feitas no artigo 6º da CLT para então concluir se estas acarretarão em discussões polêmicas ou divergências jurídicas. Por óbvio que não se pretende esgotar a matéria, todavia, buscar-se-á apresentar as primeiras linhas acerca do recente tema introduzido pela legislação, qual seja o teletrabalho, proporcionando uma modesta contribuição.

Ademais, é evidente que o tema trazido à baila com a nova Lei se mostra bastante moderno e atual uma vez que trata do teletrabalho, o qual é cada vez mais utilizado na sociedade que vive a época do *home office* e utiliza instrumentos de telecomunicação e de informática, como *notebooks*, *smartphones*, *Internet*, *e-mails*, étc. Apesar do crescente número de pessoas que teletrabalham verificar-se-á que estes continuam à mercê da tutela trabalhista.

1 INTERPRETAÇÃO DA REDAÇÃO ANTIGA DO ARTIGO 6º DA CLT

No final do ano de 2011 foi sancionada a Lei nº 12. 551/2011, a qual entrou em vigor da data da sua publicação, com a finalidade de modificar a redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1º de maio de 1943.

O referido artigo, antes da alteração, possuía a seguinte redação: “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.”. Entende-se, portanto, que a redação antiga do artigo 6º da CLT apenas equiparava o trabalho realizado no estabelecimento do empregador ao executado no domicílio do empregado, desde que já caracterizado o vínculo empregatício entre as partes.

A finalidade da redação antiga do dispositivo legal supra mencionado se apresentou como uma tentativa de evitar eventuais fraudes ou encobrir vínculos empregatícios pelo

simples fato do empregado exercer suas atividades laborais no seu domicílio e não no estabelecimento do empregador, e aqui não se distingui filial, agência, sucursal, pois, entende-se estabelecimento como qualquer unidade do trabalho.

Por óbvio que, embora o artigo equiparasse às atividades exercidas no interior do estabelecimento do empregador com aquelas exercidas na residência do empregado, havia a ressalva na lei e a exigência de vínculo empregatício. Ou seja: os requisitos primordiais ao reconhecimento da relação de emprego permaneciam os mesmos, o que a previsão pretendia era, para fins de reconhecimento de vínculo de emprego e a verificação de existência ou não de subordinação, equiparar aqueles empregados que trabalhavam em seu domicílio aqueles que trabalhavam no estabelecimento do empregador.

É cediço que a relação de emprego decorre quando da existência dos requisitos mínimos exigidos pelo artigo 3º da CLT[259]: trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade. Configurado o vínculo de emprego, pois existente os requisitos para tanto, a redação antiga do artigo 6º apenas não afastava a relação de emprego, sob a alegação de inexistente de subordinação mediata e direta, somente pelo fato das atividades serem realizadas a distância.

Acredita-se, portanto, que o artigo visava, principalmente, tutelar os diretos de empregados que laboravam em seu domicílio como, por exemplo, as costureiras, que permaneciam em casa tecendo com máquinas – que muitas vezes eram disponibilizadas pela própria empresa empregadora - e controladas por meio da produção e datas de entrega dos produtos finais[260]. Veja-se que estas pessoas não seriam trabalhadores autônomos, uma vez que mesmo à distância eram controladas indiretamente pelos seus empregadores, existindo,

[259] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

[260] Empregada domiciliar – vínculo empregatício. Comprovado nos autos que a pessoa física serviu a jurídica de forma não eventual, sob subordinação e dependência econômica e com custeio de produção, há que se configurá-la no artigo 3º da CLT; o fato da reclamante ter laborado em sua própria residência não a descaracteriza das relações de trabalho mantidas com a reclamada porque seu horário podia ser controlado pelo lote a ser produzido e pelo prazo de entrega da coisa acabada. (TRT, 2ª R., RO 02910223838, Rel. Juiz Gualdo Amaury Fórmica, DJ-SP 13-8-93, p. 116).

portanto, subordinação e caracterizando o vínculo empregatício, desde que também existentes a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade.

Importante destacar e ter em mente o contexto histórico em que a lei trabalhista foi criada. Na época não era plausível que o empregado que laborasse de sua casa fosse subordinado a outrem, isso porque não existia modo para controlar as atividades das pessoas que trabalhassem a distância e, conseqüentemente, afastaria a subordinação entre as partes que, como visto e sabido, é requisito primordial para o reconhecimento do vínculo empregatício. Dessa forma, o dispositivo 6º da CLT visava tutelar os trabalhadores que de fato possuíam relação de emprego, mas que trabalhavam a domicílio, como no caso das costureiras, como já mencionado, e também outras situações análogas as quais eram vislumbradas em julgados e na realidade fática de quase setenta anos atrás, mas que ainda chegam ao Judiciário, contudo, em menor escala.

Observa-se que a redação anterior do dispositivo já despendia maior atenção a questão da subordinação a da relação entre trabalhadores e empregados. Isso porque, tem-se que a subordinação, pelo menos no plano jurídico, é uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador dos serviços estando fundada na intensidade das ordens, na obediência e sujeição do tomador de serviços e na situação de respeito à hierarquia[261].

Portanto, a legislação trabalhista daquela época já pretendia afastar qualquer escusa relacionada à ausência de subordinação em face da distância entre as partes a fim de não configurar a relação de emprego e assim afastar a tutela do Direito do Trabalho a estes trabalhadores.

Esclarece a doutrinadora Alice Monteiro de Barros[262] aos referir que a subordinação jurídica do trabalhador a domicílio não é substancialmente diversa da subordinação do empregador que exerce suas atividades do interior de uma empresa, por exemplo. A subordinação constitui uma situação jurídica com diversos graus, apresentando-se menos intensa quando do trabalho domiciliar, uma vez que o objeto da prestação do trabalhador vem

[261] MARTINES, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva 2011. p. 119.
[262] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTR Editora, 2009. p. 322-3

em destaque não como resultado, mas como energia laborativa utilizada em função complementar e substitutiva do trabalho executado no interior da empresa.

Feitas essas considerações acerca da redação do artigo 6º da CLT, tem-se por compreendida a verdadeira intenção do legislador daquela época, consolidando-se o entendimento de que não é o local que caracteriza ou não a relação de emprego, mas as próprias condições deste, as quais são apuradas mediante a prevalência do Princípio da Primazia da Realidade.

Inegável, contudo, que a época em que a CLT foi promulgada vem se distanciando, em certos aspectos, cada dia mais da realidade dos trabalhadores do século XXI. O trabalho a domicílio, já consagrado na legislação trabalhista, tende a ser visto com nova entonação, principalmente, mediante a aproximação de ferramentas como, por exemplo, o computador e a *Internet*, no cotidiano da maioria das pessoas.

Hodiernamente, o trabalho a domicílio ou a distância ganha novo vigor, uma vez que a nossa sociedade vive na Era da Informatização, em razão das inúmeras inovações tecnológicas e do inegável avanço tecnológico, o qual vem se mostrado como um fenômeno irreversível. Há também, e como conseqüência dessa modernização, o surgimento de novas relações no mundo do trabalho como, por exemplo, o teletrabalho.

Por teletrabalho, entende-se aquele realizado à distância pelo trabalhador, deslocado do local fixo de trabalho, ou seja, da empresa, sem a supervisão direta do supervisor hierárquico, e mediante o emprego de Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC)[263].

O sociólogo Doménico De Masi define assim teletrabalho[264]:

> Teletrabalho é um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias de comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática.(...) não se trata de uma simples descentralização espacial do trabalho para unidades autônomas, mas sobretudo de uma experiementação

[263] NASCIMENTO, Carlota Bertoli. Teletrabalho: dever de tutela do Estado sob a ótica do Princípio da Precaução. Justiça do Trabalho. HS Editora Ltda.ano 28. edição nº 336 de dezembro de 2011.
[264] DE MAIS, Doménico. O Ócio Criativo: entrevista a Maria Serena Palieiri; tradução de Léa Manzi. – Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 204-205.

> social que age tanto na dimensão espacial do trabalho como na sua organização, na sua cultura e na maneira como o trabalho é vivido individualmente.

Assim, surgiu a necessidade, diante dos novos meios e tendências de trabalho, os quais são cada vez mais ligados à tecnologia, comunicação e informática, de tutelar também estas situações, tal como do teletrabalho, em que o trabalhador não necessariamente está em sua residência, mas que igualmente não está na unidade de trabalho do empregador, mas trabalha mediante o uso de tecnologias.

2 A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.551/2011

A nova redação do artigo 6º da CLT proposta pela Lei 12.551/2011 consagra, portanto, o que já se mostrava como uma tendência no mundo do trabalho diante das transformações tecnológicas e da sociedade diante do fenômeno Globalização.

Com a vigência da Lei nº 12.551/2011 o artigo 6º da CLT foi alterado para a seguinte redação:

> Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)
>
> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Elabora-se quadro comparativo a fim de verificar de forma mais fácil as alterações:

Artigo 6º da CLT	
Redação antiga	Redação atual
Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador,	Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde

o executado no domicílio do empregado, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.	que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Em relação ao *caput* do artigo, tem-se que a nova redação apenas torna expressa a modalidade de trabalho a distância, não se restringindo apenas ao domicílio do trabalhador. É emergente o número de trabalhadores que criam rotinas de viagens e se distanciam dos escritórios, inclusive, para se aproximar de seus clientes, o que ocorre bastante no caso dos consultores que trabalham para empresas de consultoria multinacionais. O trabalho a distância é cada vez mais comum e tende a ser a nova tendência das relações de trabalho.

Entende-se que em relação à alteração do *caput* do artigo 6º não há maior transformação, pois o trabalho a domicílio já é bastante próximo ao trabalho a distância, sendo o primeiro espécie do último, o qual é considerado gênero. A verdadeira inovação trazida pela lei consiste no trabalho à distância pelo emprego de meios telemáticos de comando.

Por definição da língua portuguesa os meio telemáticos, citados na nova redação do artigo 6º da CLT, nada mais são do que aqueles decorrentes de relações telemáticas, ou seja, oriundos de um conjunto de serviços de informática fornecidos através de redes de telecomunicação. A telemática, palavra de origem francesa (*télématique*) também pode ser definida como o estudo de transmissão à distância de informações computadorizadas[265].

Denota-se, pois, do vocábulo utilizado pela nova lei que a idéia de distância é bastante forte e presente na intenção do legislador de tutelar, para fins de subordinação jurídica,

[265] Consulta ao dicionário online da língua portuguesa disponível em (http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=telemática. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.

relações que ocorrem de forma não presencial e, principalmente, em que não haja o controle direto e imediato sobre o trabalhador quando este desempenha suas atividades.

Ao fazer uma analogia acerca da redação antiga do artigo ora analisado, o trabalho exercido por meios telemáticos ou meios informatizados, nada mais é do que o trabalho à distância – ou a domicílio – como referia a antiga redação do artigo 6º da CLT. Contudo, o legislador preocupou-se em modernizar o dispositivo legal observando que a tônica das relações de trabalho dos dias atuais é a utilização de tecnologias e meios eletrônicos.

O legislador busca atualizar a redação do artigo celetista que anteriormente apenas equiparava o trabalho direto no estabelecimento ao trabalho a domicílio. Com a atualização feita através da Lei nº 12.551/2011 tal equiparação foi estendida, para fins de subordinação, a todos aqueles trabalhadores que prestam labor à distância, em sua residência ou não, e que são controlados por aqueles que lhe tomam a prestação por meios informatizados.

Além disso, se na redação anterior do artigo a idéia de que a equiparação do trabalho a domicilio ao trabalho *in loco* era para fins do controle direto ou indireto do superior hierárquico imediato do trabalhador, tal intenção na nova redação restou impressa mediante a inclusão da expressão "para fins de subordinação jurídica". Ou seja: é bastante claro e evidente que a equiparação realizada na nova redação visa tão somente sedimentar que o controle daquele que toma a prestação de serviços não necessita ser feito de maneira pessoal e direta, podendo ser realizado de longe por meios de telecomunicação como, por exemplo, *e-mails, smartphones,* sistemas de informática, *softwares,* dentre tantas outras ferramentas de informática. Cita-se também o *Skype* como exemplo, inclusive porque há preocupação da empresa criadora dessa ferramenta em criar plataforma especial para o uso desta aos trabalhadores que não ficam mais restritos ao ambiente físico de trabalho[266].

Veja-se, pois, que a nova redação assim dispõe: "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de

[266] Informações obtidas no site do Skype https://workspace.skype.com/ e em consulta ao site http://www.teletrabajo.com.uy/noticias/skype-presenta-nueva-plataforma-para-el-teletrabajo/970/ . Acesso em 14 de Novembro de 2012.

emprego." E ao fim é acrescida por seu parágrafo único que: "Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio".

No projeto da Lei que alterou o artigo 6º da CLT, o Deputado Eduardo Valverde apresenta como justificativa a revolução tecnológica e a as transformações no mundo do trabalho como exigências de alteração da ordem jurídica, alegando ainda que o tradicional trabalho direto do empregador sede lugar ao controle mediante o uso de meios telemáticos sem que isso afete ou diminua a subordinação jurídica da relação de emprego.

Sabe-se que a subordinação jurídica há muito no Direito do Trabalho é entendida não só como o controle direto e pessoal do empregador ao trabalho do empregado. A subordinação deve-se ser compreendida na medida em que o empregador define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado. Ao contrário, por exemplo, do trabalhador autônomo que não permite tal interferência daquele que contratou sua prestação de serviços[267].

A Lei equipara o controle direto e pessoal ao controle feito por meios telemáticos e, portanto de maneira impessoal e indireta, pois ausente a figura do supervisor hierárquico mediato no local que o trabalhador exerce suas atividades laborais. Distingui-se, todavia, o conceito impresso na Lei daquele conceito de subordinação indireta em que a doutrina utiliza para situações de terceirização, em que a empresa prestadora coloca trabalhadores à disposição da empresa-cliente, a qual contratou seus serviços, outorgando para esta somente parte do seu poder diretivo.

Das considerações feitas até então, permite-se concluir que a nova redação do artigo 6º da CLT dada pela 12.551/2011 equiparou o trabalho desempenhado no interior do estabelecimento de trabalho ao desempenhado no domicílio do empregado ou em outro lugar qualquer, desde que já presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego. Ainda, o parágrafo único, o qual foi acrescido pela Lei, equipara o controle direto e pessoal realizado pelo empregador ao controle indireto, feito mediante instrumentos de informática ou

[267] MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

telemáticos. Acredita-se, ainda, que o núcleo central da alteração legal está relacionado ao trabalho à distância, sendo o foco no teletrabalho, tendo em vista que esse se mostra a tendência predominante das relações de trabalho da sociedade moderna.

3 A AUSÊNCIA DE POLÊMICA E INOVAÇÃO

Do breve panorama feito, verificando-se o contexto da criação do artigo 6º e sua conseqüente adaptação a evolução da sociedade, pode-se concluir que a alteração proposta pela Lei 12.551/2011 vem mesmo como uma tentativa de tutelar o teletrabalho, considerando a grande tendência da sociedade atual de se afastar das sedes empresariais e do estabelecimento dos empregadores para laborar em casa ou à distância mediante o emprego de ferramentas de tecnologia, informação e comunicação.

Portanto, a redação nova do artigo 6º da CLT não propõe grandes inovações e tão pouco causará polêmicas ou divergências jurídicas uma vez que, conforme se depreende da análise feita até então, a alteração do dispositivo legal decorre como uma conseqüência da modernização da sociedade e das relações estudadas pelo Direito do Trabalho. Consoante as explicações do Projeto da referida lei, a idéia do legislador é consagrar o teletrabalho como forma de relação de emprego, todavia, pelo o que se vê da legislação de países que já regulamentam o teletrabalho, a simples alteração do artigo 6º da CLT acaba por não tutelar o teletrabalhador, pois foi realizada de forma incompleta deixando inúmeras lacunas acerca dos direitos desses trabalhadores. Daí o porquê da ausência de polêmica ou inovação em relação ao artigo 6º da CLT. Embora ele consagre o teletrabalho na legislação celetista, não há uma regulamentação específica o que impossibilita a sua implementação.

Destaca-se também que a redação do artigo deixa clara a intenção de que somente para fins de subordinação jurídica equiparam-se os meios telemáticos e informatizados aos meios de controle pessoal e direto de supervisão do trabalho alheio. Depreende-se, destarte, a exclusiva finalidade do artigo: a existência de subordinação jurídica para fins de verificação da existência de vínculo empregatício, uma vez que a equiparação feita é pertinente ao

controle e supervisão do empregador em relação ao empregado e à existência ou não de subordinação.

Nessa senda, considerando a intenção firme da alteração legal apenas como uma forma de sedimentar a tendência das relações de emprego, muito provavelmente, não existirá repercussão da alteração legal em outros dispositivos como, por exemplo, no artigo 62 da CLT o que, todavia, deverá ser confirmado pelo Poder Judiciário no julgamento de casos práticos.

Quando da publicação da nova lei, no final de 2011, temia-se o reflexo da alteração do artigo 6º na exceção prevista pelo artigo 62 da CLT àqueles empregados que não possuem sua jornada de trabalho controlada. A jornada de trabalho, limitada até 8 horas por dia e prevista no capítulo II da CLT, prevê exceção para os empregados que exercem atividade externa incompatível com fixação de horário de trabalho e aos empregados que exercem cargos de confiança.

Dispõe o artigo 62 da CLT que não são abrangidos pelo regime previsto naquele capítulo: (i) os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (ii) os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam aos diretores e chefes de departamento ou filial.

Da interpretação do artigo supra mencionado entende-se que os trabalhadores que não possuem controle de jornada de trabalho não fazem jus ao pagamento de horas extras. Nesta exceção enquadram-se aqueles trabalhadores que possuem atividade externa que seja incompatível com o controle da jornada de trabalho e também aqueles trabalhadores que exercem cargo de confiança como, os gestores, gerentes, supervisores porque não possuem o efetivo controle da jornada de trabalho.

Entende-se, portanto, que a alteração do artigo 6º da CLT não implicaria em alterações na interpretação do artigo 62 deste mesmo diploma legal. Isso, pois, o primeiro dispositivo, seja com a redação antiga ou a atual, está relacionado à verificação do elemento da subordinação jurídica equiparando o trabalho no estabelecimento do empregador ao trabalho á distancia, bem como pareia o controle direto do empregador ao controle mediato por meios

telemáticos ou informáticos. Já o segundo dispositivo prevê os empregados que se excetuam do controle de jornada de trabalho ou porque inexiste controle da jornada de trabalho ou porque suas atividades laborais são incompatíveis com o controle da jornada.

Sinala-se aqui mais um motivo que demonstra a inexistência de polêmica na nova redação, pois não há como se verificar interferência de um dispositivo legal no outro, até porque o empregado somente não faz jus ao pagamento de horas extras em suas atividades externas, dentre elas as realizadas em seu domicílio, se não forem estas compatíveis com o controle de jornada.

Hodiernamente, sabe-se que há modos de controle da jornada de trabalho por diversos meios, independentemente do trabalho exercido no estabelecimento do empregador ou fora dele. Se antigamente o trabalho a domicílio era controlado pela produção ou pelo prazo de entrega, atualmente controlam-se jornadas de trabalho por meio da informática se valendo de sistemas de computador, *software* especializados para esta finalidade, por utilização de planilhas e também pela realização de *time-sheet.* Tanto é assim que a jurisprudência[268] de muitos Tribunais Regionais do Trabalho já entendem possível o controle da jornada de trabalho do caminhoneiro quando existentes nos veículos sistemas de GPS e monitoramento da carga[269].

Assim, se o teletrabalhador ou qualquer outro empregado comum continuar desenvolvendo suas atividades laborativas após a jornada ordinária deverá receber por tal labor, desde que seja possível o controle do trabalho pelo empregador, independentemente do texto da Lei 12.551/2011.

---

[268] Nesse sentido: EMENTA: Horas extras. Trabalho externo. Motorista. O fato do trabalhador realizar serviços externos, por si só, não impede a percepção de horas extras. O empregador deve obedecer aos ditames da lei, no aspecto formal (anotação na CTPS e no livro de Registro de Empregados) e também não podem ocorrer formas de controle da jornada, ainda que indiretamente. Acórdão do processo 0000142-82.2011.5.04.0292 (RO)Redator: FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO Participam: JURACI GALVÃO JÚNIOR, ANGELA ROSI ALMEIDA Publicado em 12/11/2012 no DEJT

[269] O objeto de estudo do presente artigo cinge-se na verificação da alteração do artigo de modo que o controle de jornada não será examinado de forma profunda, apenas superficialmente de modo que se possa concluir que o artigo 6º da CLT não implicará na extinção das exceções do artigo 62 da CLT. Igualmente não se tem a intenção de adentrar ao campo do ponto eletrônico, embora ciente da regulamentação realizada recentemente pela Portaria Ministerial a qual exige uma séria de requisitos para a validação do ponto eletrônico.

Estando o empregado dentro do estabelecimento de trabalho ou não, em sua residência ou em outro local, e continuar prestando serviço, seja por meio de computador, *notebook*¸*smartphone,* desde que exercendo atividades de trabalho em favor de seu empregador, pressupõe-se que há relação de emprego entre elas e deverá existir remuneração em consonância ao previsto no artigo 4º da CLT.

Feitas tais considerações acerca dos eventuais reflexos da alteração legal no controle de jornada do empregado, entende-se, por fim, que não era a intenção do legislador extinguir com a exceção do artigo 62 da CLT.

Da mesma forma, entende-se que a verdadeira finalidade da lei era incluir o teletrabalho na legislação trabalhista, estendendo-se a tutela celetista a estes trabalhadores.

Veja-se, contudo que, embora a lei tenha a intenção de tutelar aqueles que teletraballham, não há esclarecimentos pontuais acerca dessa nova espécie de trabalhadores. A lei não se importa com definições conceituais e tampouco elucida questões controvertidas como, por exemplo, de quem são as despesas extraordinárias decorrentes do teletrabalho executado no domicílio do empregado, ou ainda, questões acerca das normas de segurança e saúde aplicáveis ao teletrabalhador.

Assim, o artigo 6º da CLT, após a dita alteração textual, incluiu os teletrabalhadores, mas não regulamentou o seus direitos. Da leitura do artigo depreende-se que o teletrabalhador que possui vínculo de emprego possui os mesmo direitos que um empregado que trabalha diretamente no estabelecimento do empregador. Mas, questiona-se: como tratar de forma igual trabalhadores que não atuam do mesmo modo?

Em 2003, seguindo os ditames contidos no Marco Europeu de Teletrabalho, Portugal inseriu em seu Código de Trabalho Português uma subseção direcionada exclusivamente para a modalidade do teletrabalho esclarecendo questões conceituais, estabelecendo a forma do contrato do teletrabalhador, sinalizando quais as cláusulas obrigatórias deste contrato e dispondo sobre questões de meio ambiente laboral e até mesmo sobre a propriedade dos equipamentos para a prestação de serviços, bem como as despesas decorrentes desta prestação diferenciada.

Na Espanha, o teletrabalho foi regulamentado e implementado através da edição do Real Decreto-ley nº 3 de 2012, no qual faz referência ao teletrabalho como meio de desenvolver a atividade laboral e uma forma particular de organização do trabalho. Contudo, antes de utilizar tal legislação como modelo, deve-se considerar que a Espanha enfrenta notória crise e de grandes proporções de modo que o referido Real Decreto-ley foi proferido como forma de medida urgente para a reforma do mercado de trabalho e apresenta em suas justificativas justamente a crise econômica que a Espanha enfrenta desde 2008.

No Brasil, a introdução do teletrabalho realizada pelo artigo 6º da CLT ocorreu de forma deficitária, sendo patente a necessidade de uma regulamentação específica. Sabe-se que há projeto de lei que busca regulamentar o teletrabalho – PL 45052008 – contudo, este se mostra temerário, pois de sua breve leitura é possível verificar que trata do teletrabalho mediantes conceitos inadequados e conteúdo contraditório[270].

Evidente, desta maneira, que a alteração legislativa não implica em grandes controvérsias acerca do tema, seja por não acarretar reflexos no controle da jornada de trabalho ou por não regulamentar o teletrabalho de forma adequada, apenas acrescentando na previsão legal a possibilidade de relação de emprego mediante o teletrabalho.

CONCLUSÃO

Com amparo nas considerações feitas no desenvolvimento deste estudo foi possível fazer uma singela análise sobre a nova redação do artigo 6º da CLT a qual foi alcançada mediante publicação da Lei nº 12.551 de 15 de dezembro de 2011.

Primeiramente, analisou-se a redação antiga do artigo 6º da CLT e identificou a sua idéia central direcionada na equiparação dos empregados que trabalhavam a domicílio aos que trabalhavam no estabelecimento do empregador.

[270] FINCATO, Denise Pires. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. *In:* IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades/ Porto Alegre: Magister, 2011. P36-48.

Posteriormente, foi possível traçar um panorama acerca da alteração realizada pela Lei nº 12.551 de 2011. Buscou-se a finalidade da lei de trazer à baila a modalidade do teletrabalho e equiparar para fins de subordinação o controle mediato direito ao indireto e realizado por meios telemáticos.

Assim, concluiu-se que a nova redação do artigo 6º da CLT não acarretou em grandes controvérsias ou discussões, uma vez que somente atualizou a legislação trabalhista com a nova realidade do mundo do trabalho: a modernização das relações trabalhistas diante da globalização e das novas ferramentas de tecnologia, informação e comunicação.

Notadamente a alteração legal não implicou em uma nova interpretação do artigo 62 da CLT e do controle de jornada de trabalho ou tampouco causou mudanças significativas relativas ao controle da jornada de trabalho. Isso porque, vislumbrou-se que a finalidade da lei é a inclusão da modalidade do teletrabalho e a consagração da subordinação jurídica de forma mediata e por meios de controle indireto do empregador.

Da mesma forma, estudou-se que inexistiu polêmica na inclusão do teletrabalho na legislação trabalhista, pois, esta ocorreu de forma incompleta, havendo apenas uma previsão legal, mas restando pendente a sua regulamentação para que de fato o teletrabalho seja tutelado pelo Direito Juslaboral.

Ainda, entendeu-se que a nova redação atualizou o conceito clássico de subordinação jurídica, tornando clara a idéia que para a existência desse elemento na relação de trabalho não é necessário o controle e o contato direito e físico entre as partes. Consagrou, portanto, a possibilidade da configuração da subordinação jurídica ainda que o comando do empregador seja a distância, por meios indiretos e informatizados de comando.

Considera-se, por fim que, embora a alteração legal não tenha implicado em profundas mudanças na legislação trabalhista, trouxe a tona um tema que é bastante novo para o mundo jurídico: o teletrabalho. Desta forma, entende-se que a maior contribuição do artigo 6º da CLT seja no sentido de instigar a implementação do teletrabalho no Direito do Trabalho Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTR Editora, 2009.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado Federal, 1943. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm#art6 Acesso em 10 de novembro de 2012.

BRASIL, **Projeto de Lei3129/2004. Transformado na Lei Ordinária 12551/2011 Brasília, DF: Câmara dos Deputados**, 2004.
Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=201909&filename=PL+3129/2004 Acesso em 10 de novembro de 2012.

BRASIL, **Projeto de Lei 4505/2008. Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890 Acesso em 13 de novembro de 2012.

BRASIL, São Paulo. **Acórdão Nº 02910223838**. (RO). Rel. Juiz Gualdo Amaury Fórmica, TRT-2ª Região. Publicado no Diário de Justiça - SP em 13 de agosto de 1993, p. 116.

BRASIL, Rio Grande do Sul. **Acórdão do processo 0000142-82.2011.5.04.0292** (RO) Redator: FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO Participam: JURACI GALVÃO JÚNIOR, ANGELA ROSI ALMEIDA Publicado em 12/11/2012 no DEJT

ESPANHA. **Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero de 2012. de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**. Madrid, Espanha. Disponível em http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf

FINCATO, Denise Pires. **Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho**. *In:* IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades/ Porto Alegre: Magister, 2011. p. 36-48.

MARTINEZ, Luciano. C**urso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Carlota Bertoli. **Teletrabalho: dever de tutela do Estado sob a ótica do Princípio da Precaução. Justiça do Trabalho**. HS Editora Ltda.ano 28. edição nº 336 de dezembro de 2011.

PORTUGAL, **Código do Trabalho Português**. Portugal, Lisboa: Assembléia da República. Disponível em: http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES JURÍDICAS DA NOVA DISCIPLINA CONCORRENCIAL BRASILEIRA

LEADING INNOVATIONS OF THE NEW BRAZILIAN COMPETITION DISCIPLINE

Andressa Caroline Schneider

Sumário: 1. Evolução do Direito da Concorrência no Brasil. 2. Formalização do SBDC. 3. Introdução de controle de concentrações exclusivamente prévio. 4. Previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural. 5. Redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais Conclusão. Referências

Resumo: O artigo analisa as principais inovações jurídicas apresentadas pela Lei n° 12.529/2011 e consubstanciadas na (i) formalização do SBDC, agora composto pelo CADE e pela SEAE, além da reestruturação do CADE e na (ii) adoção de um controle de concentrações exclusivamente prévio, alinhado à experiência internacional, o que determina a submissão de atos de concentração ao CADE antes de sua consumação, e não após, como facultava a Lei n° 8.884/1994. Além disso, inovações importantes estão presentes na (iii) previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural, uma vez que mesmo aqueles atos que não preenchem os critérios de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88 e seus incisos são passíveis de notificação ao SBDC, por meio de requerimento do CADE, e na (iv) redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, que agora têm como base o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, o que atende aos princípios da personalização e da individualização da pena.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. SBDC. Controle estrutural. Controle comportamental. Imposição de multas.

Abstract: *The paper analyzes the main legal innovations presented by Law No. 12.529/2011 and embodied in (i) formalizing the Brazilian Competition Defense System (SBDC), now composed of CADE and SEAE, in addition to the restructuring of CADE and in (ii) adoption of an only previous structural control aligned to international experience, which determines the submission of merger to CADE before its consummation, and not after, as possible in Law No. 8.884/1994. Moreover, important innovations are present in (iii) forecasting performance ex officio of CADE in structural control, since even those acts that do not meet the criteria for revenue and turnover set out in Article 88 and its clauses can be required by CADE to be analysed by SBDC and in (iv) reset fines applicable to unlawful competition, which now are based on the branch of business activity in which the offense occurred, which is in line with principles of personalization and individualization of punishment.*

Keywords*: Competition Law. SBDC. Structural control. Behavioral control. Imposition of fines.*

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A Lei n° 12.529/2011, que disciplina a concorrência no Brasil desde 31 de maio de 2012, tem a tarefa de aprimorar a tradição inaugurada pela Lei n° 8.884/1994, que permitiu ao País, a partir de sua promulgação, a construção de uma cultura da concorrência ainda inédita, uma vez que, até então, as iniciativas legislativas nessa matéria não atendiam de forma efetiva às necessidades da economia nacional.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito da Concorrência desenvolveu-se de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular[1], à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência[2] e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional[3]. É necessário destacar, nesse contexto, por sua importância histórica, o Decreto-lei n° 7.666/1945, conhecido como "Lei Malaia"[4], que definiu os atos contrários à economia nacional e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), antecessora do Conselho que a substituiria alguns anos depois, o que permite afirmar que, a partir de 1945, já há um esboço de defesa da concorrência no Brasil.

Posteriormente, a Lei n° 4.137/1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (também chamado CADE), cujo papel, até os anos 1990, foi considerado inexpressivo pela doutrina[5], destacando-se, nessa fase, a opção estatal por exercer mero controle de preços.

Mesmo com essas limitações, considera-se que o primeiro diploma a contemplar a defesa da concorrência foi de fato a Lei n° 4.137/1962, ao prever o controle repressivo (das condutas), expostas já em seu artigo 2°, e preventivo (das estruturas), como demonstra o artigo 74, ao condicionar "a validade" dos "atos, ajustes, acordos ou convenções" entre as empresas à aprovação e registro do CADE sempre que pudessem ocasionar alguma das hipóteses delineadas naquele artigo, como "padronizar a produção", "estabilizar os preços", entre outras.

Em 1991, promulgou-se a Lei n° 8.158/1991, de técnica mais sofisticada se comparada à Lei n° 4.137/1962, e que classificava o CADE como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei n° 4.137/1962 e naquele diploma

[1] O Decreto-lei n° 869/1938 criminalizava diversas condutas que atentavam contra a economia popular.
[2] A Lei n° 1.521/1951 alterou dispositivos da legislação então vigente (Decreto-lei 869/1938) sobre crimes contra a economia popular.
[3] O Decreto-lei n° 7.666/1945 estipulava uma série de atos considerados contrários à ordem econômica.
[4] RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.
[5] Nesse sentido, Carpena e Forgioni: CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 110 e FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

legal. Dessa forma, passou o CADE a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça.

Foi a partir da década de 1990, marcada pelo final da fase de transição democrática e caracterizada pelo domínio do discurso neoliberal, que se percebe ter havido uma (re)construção do Direito da Concorrência em âmbito nacional. É nesse contexto que a Lei n° 8.884/1994[6], foi promulgada e introduziu um controle estatal sobre as condutas e as estruturas que seria reconhecido, ao longo dos últimos anos, como fator essencial para o desenvolvimento do País.

Diante disso, considera-se que a Lei n° 12.529/2011 poderá representar um marco na consolidação institucional da concorrência no Brasil, fortalecendo a estrutura e a atividade do CADE, que exerce papel importante enquanto autoridade administrativa máxima no âmbito concorrencial de uma das maiores economias do mundo.

2 FORMALIZAÇÃO DO SBDC

A Lei n° 12.529/2011 apresenta inovação importante em relação à Lei n° 8.884/1994 à medida que, já em seu art. 1°, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sem previsão expressa na Lei n° 8.884/1994, que era lacônica quanto àquele sistema, forma adotada pela Doutrina e Jurisprudência desde a edição da Lei n° 8.884/1994 para referir o conjunto de três entidades que atuavam no âmbito administrativo concorrencial brasileiro, a saber: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia dotada de independência e vinculada apenas administrativamente ao Ministério da Justiça**.**

[6] Privilegiando a proteção administrativa, apesar de haver uma "significativa interface da tutela administrativa com a tutela jurisdicional", segundo Pfeiffer. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, p.11-39, jan./mar. 2004, p. 11.

Dessa forma, a partir da Lei n° 12.529/2011 formalizou-se o SBDC, agora formado[7] pelo CADE, que permanece uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e pela SEAE, do Ministério da Fazenda, responsável por promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (advocacia da concorrência).

O CADE conta, ainda, com a colaboração da Procuradoria Federal especializada (ProCADE) e do Ministério Público Federal e, em sua nova estrutura, apresenta três órgãos, quais sejam:

(i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão judicante, composto por um presidente e seis conselheiros;

(ii) Superintendência-Geral, que apresenta competências[8] amplas arroladas no art. 13 da Lei n° 12.529/2011, e

(iii) Departamento de Estudos Econômicos, responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos.

Uma alteração interessante, no que tange à atuação do presidente e dos conselheiros que atuam no CADE, em particular no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, é a ampliação do mandato, que na legislação anterior era de 2 anos, sendo facultada uma recondução.

No novo ordenamento, o mandato do presidente e dos conselheiros é de 4 anos, não coincidentes, sendo vedada a recondução, o que confere mais estabilidade aos julgadores e amplia sua independência, uma vez que eventual decisão contrária aos interesses do governo

[7] Conforme o art. 3° da Lei n° 12.529/2011.

[8] Entre as competências da Superintendência-Geral, destacam-se a prevenção de infrações da ordem econômica, pelo monitoramento de práticas de mercado, e a realização de procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações da ordem econômica. Além disso, cabe à Superintendência-Geral instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações da ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica. Por fim, destaca-se que cabe à Superintendência-Geral propor termo de compromisso de cessação de prática por infração da ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal Administrativo, e fiscalizar o seu cumprimento, além de receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.

não poderá ser repreendida com a não recondução ao cargo, como possível, em tese, no cenário anterior. Cresce, portanto, o papel do CADE enquanto agência de Estado.

Outra peculiaridade do novo marco regulatório concorrencial diz respeito às decisões do Tribunal, que serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o *quórum* de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

Tal disposição é criticável à medida que poderá haver situações em que somente 4 membros estarão presentes e, estando um deles impedido de participar da sessão de julgamento, por exemplo, basta a presença de 3 membros para que seja realizado o julgamento, o que implica em eventual aprovação de concentração econômica com os votos de apenas dois conselheiros, por exemplo, ou em imposição de sanção por infração da ordem econômica pelo mesmo *score*.

3 INTRODUÇÃO DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES EXCLUSIVAMENTE PRÉVIO

A Lei n° 8.884/1994 dispunha que os atos de concentração empresarial deveriam ser apresentados ao exame do SBDC de forma prévia (controle *ex ante*) ou no prazo máximo de 15 dias úteis da sua realização (controle *ex post*)[9].

Como se vê, o controle *a posteriori* não se apresentava como uma imposição da norma brasileira, que previa a possibilidade de notificação prévia do ato ao SBDC – ainda que, desde a sua realização, o ato pudesse produzir efeitos[10].

[9] Mediante encaminhamento da documentação em três vias à SDE, sob pena de multa pecuniária e sem prejuízo da instauração de processo administrativo, como previa o § 5º do artigo 54, regulamentado pelo artigo 96 da Resolução n° 45/1997 do CADE. A Resolução n° 45/1997 do CADE está disponível em: <http://www.cade.gov.br/news/n005/Resolucao45.pdf>. Acesso em 11 nov. 2012.

Entretanto, a notificação prévia não costumava ser a escolha dos agentes econômicos, que em regra decidiam notificar o ato após a sua celebração, muito provavelmente considerando a "teoria do fato consumado", o que os fazia apelar para o problema da segurança jurídica das relações econômicas face ao tempo de análise da operação pelos entes do SBDC e, assim, imaginar que haveria mais chances de uma chancela do que de uma reprovação da concentração pela autoridade de defesa da concorrência.

Com efeito, pode-se afirmar que a análise posterior, prevista na Lei n° 8.884/1994, provocava inegável incerteza jurídica ao ambiente concorrencial, uma vez que as partes envolvidas, após realizarem a operação de concentração, deveriam aguardar a decisão administrativa, que deveria ocorrer em até 120 dias[11], prazo algumas vezes não observado, como observado no ato de concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), cujo julgamento ocorreu somente após cerca de dois anos da realização da operação.

A nova Lei de Defesa da Concorrência, contudo, prevê a realização de controle apenas prévio (anterior) das concentrações empresariais, de forma que o negócio jurídico que resulte em concentração notificável ao SBDC terá eficácia suspensiva até a prolação de decisão administrativa, não produzindo qualquer feito até a aprovação do CADE.

De acordo com o artigo 88, § 2º da Lei n° 12.529/2011, o CADE tem até 240 dias para emitir parecer sobre a operação de concentração econômica apresentada ao SBDC, "a contar do protocolo de petição ou de sua emenda". Este prazo poderá ser prorrogado, conforme dispõe o § 9º do artigo 88, por mais 60 ou 90 dias, por requisição das partes envolvidas, no primeiro caso, ou por necessidade fundamentada demonstrada pela autarquia, no segundo caso, de forma que o prazo global máximo de análise e julgamento de atos de concentração é de 330 dias.

---

[10] Uma vez que, conforme o artigo 54, § 7º da Lei n° 8.884/1994, "a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados". E, segundo o § 9º daquele artigo, "se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros".

[11] Conforme o § 6º do artigo 54 da Lei n° 8.884/1994.

Interessante notar que o texto promulgado pelo Congresso dispunha, no art. 64, que eventual descumprimento dos prazos previstos para a análise e o julgamento de atos de concentração implicaria a sua aprovação tácita[12]. Entretanto, esta disposição restou vetada pela Presidente da República (o que tampouco foi alterado pelo Congresso, que manteve o veto presidencial), que em suas razões expôs que a aprovação tácita resultaria "em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade"[13].

Entretanto, logo após a divulgação do veto, a ProCADE emitiu o parecer n° 17/2012[14], em que sugere ao CADE a adoção da aprovação tácita como sanção à inobservância dos prazos estabelecidos no controle estrutural, tendo em vista que "a finalidade da reforma legislativa do SBDC teve por escopo precípuo a celeridade na análise dos atos de concentração"[15].

No que tange ao aspecto material do controle das estruturas, o *caput* do artigo 88 da Lei n° 12.529/2011 dispõe que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Contudo, o § 1° do artigo 88 da Lei n° 12.529/2011 inova ao autorizar a adequação desses valores, a partir de indicação do Plenário do CADE, por Portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça, autorização legislativa sem equivalente na norma anterior.

---

[12] Sem prejuízo da apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa.

[13] Conforme a mensagem **nº 536/2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

[14] Parecer disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20ProCADE%20sobre%20o%20veto%20o%20art%20%2064%20da%20Lei%2012%20529.pdf >. Acesso em 15 no. 2012.

[15] Conforme item 22, p. 09, do Parecer n° 17/2012.

Nesse contexto, em maio de 2012 foi publicada a Portaria interministerial n° 994/2012[16], dos Ministros da Justiça e da Fazenda, que alterou esses parâmetros legais de faturamento (já desatualizados, considerando que o Projeto de lei n° 3.937/2004, que se tornou a Lei n° 12.529/2011, tramitou por 7 anos no Congresso), tornando obrigatória a submissão de atos de concentração cujos valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no País sejam de: (i) R$ 750.000.000,00 (setecentos e cinqüenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88 e (ii) R$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88 da Lei n° 12.529/2011.

Desse modo, quaisquer concentrações econômicas em que se verifique o preenchimento desses critérios, que envolvem o faturamento ou volume de negócios, estão sujeitas à análise do CADE, independentemente do instrumento jurídico utilizado. É também indiferente para a aplicação da lei se se trata de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal[17]. Conforme Andrade[18], os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha de ser apresentado ao SBDC.

Presume-se que as sociedades ou grupos de sociedades que auferem faturamentos elevados ou apresentam um volume de vendas significativo têm condições de afetar o mercado, o que justifica o seu controle. Justifica-se, dessa forma, a presença desses requisitos objetivos porque se presume que, quando os agentes econômicos os preenchem, eles detêm alguma posição dominante, de modo que seus atos podem impactar a estrutura dos mercados.

[16] Portaria disponível em: <http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>. Acesso em 15 nov. 2012.
[17] Nesse sentido, Salomão Filho e Andrade: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 301 e ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 324.
[18] ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 327.

Nesses casos, portanto, impõe-se a notificação, que é dever das empresas envolvidas na operação e está vinculada a dados[19] detidos por estas (faturamento bruto anual e volume de negócios) e apresentados ao CADE pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)[20].

Além disso, o estabelecimento do requisito cumulativo segundo o qual pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ R$ 75.000.000,00[21] (setenta e cinco milhões de reais) é uma inovação importante, uma vez que pressupõe a existência de um grupo com faturamento ou volume de negócios considerável, o que afasta do controle operações de menor monta e que não ofereceriam riscos concorrenciais.

A presunção de posição dominante pelo *market share*[22] de vinte por cento[23], antes estabelecida no § 3º do artigo 20 da Lei n° 8.884/1994, não tem previsão equivalente na Lei n° 12.529/2011, que não adota qualquer critério relativo ao *quantum* de participação no mercado das empresas envolvidas em operações concentracionistas para determinar o controle estatal.[24]

---

[19] Esses dados são em regra obtidos em processo de *due diligences* (devida diligência), que teve seu uso consagrado a partir da edição, em 1933, da Lei sobre Títulos e Valores Mobiliários (*Securities Act*) nos EUA, que regulamentou a negociação e oferta de ações e outros títulos emitidos pelas companhias. Essa lei inseriu a possibilidade de os corretores de valores mobiliários, quando demandados por prejuízos causados aos adquirentes das ações, alegarem, em sua defesa, a *due diligence*, ou seja, que agiram diligentemente na investigação e no reporte das informações sobre a empresa emitente das ações por eles negociadas. POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010, p. 22.

[20] De acordo com o § 8º da Lei n° 12.529/2011, "as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados".

[21] De acordo com os valores expostos na Portaria interministerial citada.

[22] Expressão inglesa que significa "fatia de mercado", ou seja, refere-se à participação de mercado.

[23] Observado em duas hipóteses distintas, quais sejam, (i) quando as operações ou contratos resultarem em participação de empresa ou de grupo econômico igual ou superior a vinte por cento no mercado relevante afetado e (ii) quando uma das partes da operação ou do contrato já detiver participação igual ou superior a vinte por cento no mercado.

[24] A definição de mercado relevante pode envolver longas polêmicas entre as partes e a autoridade, como recordam Farina e Tito. FARINA, Elizabeth Farina; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletín Latinoamericano de Competencia**, Bruxelas, n.
31. abril 2012, p. 16-23, p. 17. Disponível em:

O percentual anteriormente estabelecido admitia prova em contrário (presunção *juris tantum*), visto que é possível, em tese, a existência de posição dominante mesmo com parcela de mercado inferior àquele percentual, assim como, por outro lado, é possível demonstrar, em determinados casos, que mesmo com aquele percentual inexiste poder de mercado.[25]

4 PREVISÃO DE ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO CADE NO CONTROLE ESTRUTURAL

Outra inovação considerável da Lei n° 12.529/2011 diz respeito à possibilidade de o CADE atuar de ofício no controle estrutural, uma vez que, de acordo com o artigo 88, § 7°, a autoridade concorrencial pode, no prazo de 1 (um) ano a contar da consumação da concentração, requerer a submissão dos atos concentracionistas que não se enquadrem no disposto no artigo 88 da Lei n° 12.529/2011.

Então, ainda que determinada concentração não seja passível de notificação ao SBDC, considerando os parâmetros de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88, o CADE poderá requerer sua submissão para análise e julgamento daquela autarquia, disposição sem equivalente na legislação anterior e que representa uma ampliação contundente do controle estrutural, além de um aumento do poder discricionário da Administração e de uma diminuição da segurança jurídica e previsibilidade do ambiente empresarial brasileiro.

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

[25] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151, p. 136.

5 REDEFINIÇÃO DE MULTAS APLICÁVEIS A ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

A Lei n° 12.529/2011 apresenta novos parâmetros para a aplicação de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, como assevera o artigo 37, I, segundo o qual a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis a penas variadas, conforme se verifica:

(i) no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

(ii) no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), e

(iii) no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no primeiro caso, ou às pessoas jurídicas ou entidades, no segundo caso.

Percebe-se, portanto, que a principal alteração, no que tange à imposição de multas, em comparação com o regramento anterior, está na hipótese de imposição de multa à empresa infratora, pois se deve tomar como parâmetro o valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (e que não poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação).

O artigo 23, I da Lei n° 8.884/1994 previa como pena, no caso de empresa, “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os

impostos". Observa-se, portanto, que o critério exposto na Lei n° 12.529/2011 sofisticou-se em relação ao anterior, à medida que agora, é preciso considerar "o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração", o que atende de forma mais eficaz aos princípios da personalização e da individualização da pena.

Para atender a esta disposição legislativa, o CADE editou a Resolução n° 3/2012[26], em que apresenta uma lista de 144 (cento e quarenta e quatro) ramos de atividades empresariais.

CONCLUSÃO

A Lei n° 12.529/2011 introduziu alterações significativas na disciplina concorrencial brasileira, como demonstram a (i) formalização do SBDC, agora composto pelo CADE e pela SEAE, além da reestruturação substancial do CADE, o que deve tornar mais célere as análises realizadas no controle comportamental e estrutural, além da (ii) adoção de um controle de concentrações exclusivamente prévio, alinhado à experiência internacional, o que determina a submissão de atos de concentração ao CADE antes de sua consumação, e não após, como facultava a Lei n° 8.884/1994. Há, portanto, um ganho considerável de efetividade no controle estrutural, que passa a oferecer maior segurança jurídica à coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, inovações importantes estão consubstanciadas na (iii) previsão de atuação de ofício do CADE no controle estrutural, uma vez que mesmo aqueles atos que não preenchem os critérios de faturamento e volume de negócios expostos no artigo 88 e seus incisos são passíveis de notificação ao SBDC, por meio de requerimento do CADE, e na (iv) redefinição de multas aplicáveis a ilícitos concorrenciais, que agora têm como base o ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, o que atende aos princípios da personalização e da individualização da pena.

[26] A Resolução está disponível em: <http://cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade.pdf>. Acesso em 15 nov. 2012.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARINA, Elizabeth Farina; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletín Latinoamericano de Competencia**, Bruxelas, n. 31. abril 2012, p. 16-23. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39.

POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

REVISITANDO O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DECLARATÓRIA DA SENTENÇA E A COISA JULGADA

REVISITING THE DEBATE ON THE DECLARATIVE EFFICACY OF THE SENTENCE AND RES JUDICATA

Jonathan Doering Darcie

Sumário: Introdução: sobre a sentença e a natureza da função jurisdicional. 1. Sentença e coisa julgada. 2. Sobre as visões clássicas a respeito da coisa julgada. 3. A coisa julgada como declaração contida na sentença. 4. Sobre a coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença. 5. A polêmica entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista. Conclusão. Referências.

Resumo: Este escrito objetiva realizar uma análise a respeito do relacionamento existente entre a sentença, o seu elemento declarativo e a coisa julgada, com o enfrentamento crítico das posições mais tradicionais a respeito dos temas respectivos.

Palavras-chave: sentença; eficácia; eficácia declaratória; efeito; coisa julgada

Abstract*: This article aims to realize an analysis of the relationships between the sentence, its declarative element and res judicata, with a critical review of the most traditional positions regarding the respective subjects.*

Keywords*: sentence; efficacy; declarative efficacy; effect; res judicata*

INTRODUÇÃO: SOBRE A SENTENÇA E A NATUREZA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Com esse pequeno escrito, objetiva-se trazer ao debate o tema da coisa julgada e do seu relacionamento com os possíveis conteúdos e decorrências da sentença, revisitando-se, com isso, sem renúncia a colocações de ordem crítica, um antigo debate no âmbito do direito processual civil.

Para que possa tratar o tema de modo sistemático e adequado, neste momento introdutório somos obrigados a estabelecer algumas posições sobre conceitos fundamentais envolvidos, sem os quais qualquer tentativa que pudéssemos empreender para o enfrentamento da matéria possivelmente restaria sem a completude necessária. Em especial, a natureza da sentença judicial e a função jurisdicional.

Em uma monografia pouco conhecida, KATZ escreve sobre a sentença no processo civil austríaco, à época novo. Ali, faz algumas interessantes considerações a respeito da natureza da sentença. Segundo KATZ, no que nos interessa, "*a sentença é a declaração judicial de existência ou inexistência da pretensão acionável* (*Klaganspruch*)"[1]. Afirmará, em seguida, que "*a sentença não*

[1] KATZ, Heinrich. *Das Urtheil im neuen österreichischen Civilprocesse*. Wien: 1896, p. 27.

cria direito novo, mas declara o direito já disponível"[2]. A partir dessas premissas, conclui que a sentença é *declaratio*, não *constitutio*[3]. Segundo essa visão, a sentença não constituiria ela própria direito, representando unicamente ato de reconhecimento do direito já previamente dado.

Pensava da mesma forma WINDSCHEID. Na visão do autor, a pretensão (*Anspruch*) reconhecida na sentença era precisamente a mesma introduzida no processo ao começo, com a diferença de que, naquele ponto, recebia do juiz a sua valoração definitiva:

> A relação não é outra senão aquela introduzida como resultado do início do processo; através da sentença não é nulificada a pretensão já existente e colocada outra em seu lugar: ela recebe, a pretensão introduzida ao início, através da sentença, sua valoração definitiva.[4]

Os pontos de vista de WINDSCHEID e KATZ representam orientação teórica segundo a qual o processo, ou, no caso, a sentença, nada mais seria do que elemento de reconhecimento do direito, de certificação do já existente. Segundo os cultuadores desta visão, a sentença não cria (*schaffen*), mas, ao contrário, reconhece ou declara (*feststellen*) o direito que a ela pré-existe.

A esta perspectiva da sentença como mera reconhecedora do direito já existente sobreveio interessante variação, a sustentar o ponto de vista de que a sentença seria elemento de criação de uma norma individual. Uma texto bastante tradicional a respeito foi escrito por BÜLOW, sob o título *Gesetz und Richteramt*, resultado de discurso que proferiu por ocasião do aniversário do rei Karl de Württemberg, em Tübingen, e a aula inaugural com a qual se habilitou como professor catedrático na Universidade de Leipzig. Segundo BÜLOW, o direito legislado, posto pelos poderes do Estado, nada mais representaria do que um " é somente um plano, somente um projeto de um ordenamento jurídico futuro e desejado, o que por si mesmo o legislador pôde tornar acabado"[5]. Esse papel de concretização é deixado ao juiz, para que dê a medida da justiça, para que pondere e determine o que é certo[6]. Considera, por esta razão, que a essência da função judicial se encontra na sentença[7], que determina ou ordena o direito, como declaração de vontade do direito[8].

A noção de sentença como entidade de criação do direito encontrou eco também nos escritos de KELSEN. Segundo o autor austríaco,

---

[2] KATZ, Heinrich. *Das Urtheil im neuen österreichischen Civilprocesse*. Wien: 1896, p. 27
[3] KATZ, Heinrich. *Das Urtheil im neuen österreichischen Civilprocesse*. Wien: 1896, p. 27
[4] WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6ª ed.., t. I, Frankfurt a.M: 1887, p. 419.
[5] BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt.* Leipzig: Verlag von Duncker & Humbolt, 1885, p. 3.
[6] *Ibidem*, p. 4
[7] *Ibidem*, p. 4
[8] *Ibidem*, p. 6

> uma decisão judicial não tem, como por vezes é suposto, um caráter meramente declaratório. O tribunal não tem só de descobrir e declarar um direito já previamente fixado e pronto, de produção já finalizada. A função do tribunal não é só a "descoberta" do direito ou sua "dicção" neste sentido declaratório. A descoberta do direito consiste apenas na declaração sobre a norma geral aplicável ao caso concreto. E também esta declaração não tem só caráter declaratório, mas também constitutivo.[9]

Considera-se, em KELSEN, o estabelecimento da norma individual como parcela de um processo, que tem início na dação da norma superior até a execução da sanção inferiormente estabelecida[10]. Esta concretização, processo de permanente recriação do direito, é, segundo KELSEN, constantemente crescente[11]. Assim, segundo o autor, o juiz é efetivamente instituição criadora do direito. Difere da legislação porque é outorga de direito em sentido abstrato, enquanto a sentença outorga de direito no sentido concreto.

A respeito da natureza da sentença e de sua função perante o direito tomou também posição ROCCO. Segundo o jurista italiano, a sentença é "*l'atto con cui lo Stato, a mezzo dell'organo della giurisdizione a ciò destinato (giudice), aplicando la norma al caso concreto, accerta quale tutela giuridica il diritto obiettivo concede a un determinato interesse*"[12]. Por esta razão, pensa que a sentença seja não um *atto di volontà* do juiz, tampouco uma *dichiarazione di volontà* por parte do mesmo, mas que a característica essencial da sentença seja o juízo lógico que enceta: a sentença é essencialmente – diz-se essencialmente porque ROCCO não afasta a possibilidade de que concorram acidentalmente outros elementos –[13] um *atto della mente del giudice*[14]. Afirma, de modo a tornar completa a sua formulação sobre a sentença, que a norma jurídica, embora pressuponha também um juízo lógico do órgão de qual emana, é, essencialmente, um *atto di volontà*, e precisamente, um comando dirigido do Estado ao indivíduo[15]. Este comando, sendo expresso de forma abstrata, deve necessariamente ser concretizado, o que ocorre através da sentença[16]. Para não incidir em contradição, afirma que esta operação de concretização não implica o ajuntamento de uma vontade própria (do juiz) à vontade já manifestada pelo órgão legislativo; esta operação, segundo a qual se determina qual a conduta que deve ser seguida pelo indivíduo, é meramente lógica, um silogismo, no qual figura como

---

[9] KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre.* Mit einem Anhang: Das problem der Gerechtigkeit. 2ª ed., Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 243.
[10] *Ibidem*, p. 242.
[11] *Ibidem*, p. 242
[12] ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 32.
[13] *Ibidem*, p. 34
[14] *Ibidem*, p. 33.
[15] *Ibidem*, p. 34.
[16] *Ibidem*, p. 34.

premissa maior a norma geral, premissa menor o caso concreto, sendo disto deduzida a norma de conduta a ser seguida no caso concreto[17].

Algumas observações nossas devem ser aqui vertidas, especialmente a respeito da abrangência do anunciado caráter normativo da sentença. Sempre que a sentença meramente reconhece o direito, o declara, porque assim postulada a tutela jurisdicional, então seu conteúdo se resume a um juízo de ser, a retirar-lhe, portanto, aí, a condição de norma – norma individual. Um juízo é a ligação entre dois conceitos[18]. Como tal, será primariamente a afirmação de que algo é ou não outra coisa, submetendo-se, assim, a um crivo veritativo (verdadeiro ou falso). Ao declarar, a sentença está dizendo que algo é ou não é; não representa, aqui citando KELSEN, um ato de vontade direcionado à conduta de outrem ordenando que algo deva acontecer[19], mas meramente a predicação de algo, razão porque, enquanto meramente declaração, não pode ser considerada norma, não ao menos em sentido técnico. Se alguma conduta ocorre motivada pela declaração contida na sentença, então assim é porque o estado de coisas *certificado* pela sentença o determina. Age contrariamente ao direito o que exige o cumprimento de obrigação já reconhecida inexistente pela sentença porque há um suporte fático *extraprocessual* que o determina como ilícito. A declaração, nesse caso, é mero instrumento de certificação.

A sentença, como ato processual, é parcela de atuação da finalidade do processo civil. Esse possui um caráter instrumental, como instrumento para realização e asseguramento do direito material; é instrumento para a tutela jurídica, imediatamente, do patrimônio jurídico do indivíduo[20], mediatamente, sempre, ao homem[21].

---

[17] *Ibidem*, p. 34.
[18] ARISTOTLE. *The organon, or logical treatises*. Vol. I. Trad. Octavius Freire Owen. London: George Bell & Sons, 1889, p. 46-52.
[19] KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 2.
[20] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108.
[21] Trata-se de pequena variação a respeito do posicionamento adotado por ALVARO DE OLIVEIRA (nota n. 20). O dissenso consiste em que, conquanto nos pareça adequado que o processo seja instrumento para atuação da tutela jurisdicional *imediatamente* ao patrimônio jurídico, estará sempre mediatamente limitado, dado a natureza essencialmente normativa do direito (um ato de vontade), antropocentricamente. A proteção jurídica outorgada pelo direito à fauna e à flora, por exemplo, somente possui algum sentido enquanto algo antropocentricamente valorado, considerado, pela razão que for, como um interesse humano.Façamos uso de um exemplo. Imagine-se um homem que vive em um mundo onde sabe estar só, não havendo nem outros homens nem animais capazes de comportamento social complexo. Há, neste mundo hipotético, flora e fauna como as que conhecemos. Nesse cenário pensado, podemos tranquilamente afirmar que não apenas não haveria razão para a existência de direito como, ademais, seria *impossível* a existência do direito, ao menos no sentido de um direito não natural. O direito existe como instrumento criado pelo homem em sociedade para condicionamento da conduta do homem que dela participa. Fala-se, aqui, pois, em heteronomia, *hetero-nomos*. Se não há pluralidade homens, o direito perde sua razão finalística de ser. Se o homem que, no nosso exemplo, vive sozinho, estabelece como regra que não

Dessa forma, parece evidente que uma sentença geralmente não será só a declaração do direito pré-existente, tanto quanto não será somente norma. Nosso ordenamento jurídico não é de todo auto-suficiente, embora possamos assumir a existência de ordenamentos jurídicos que o sejam. O negócio jurídico contraído em erro ou ignorância, por exemplo (artigos 138 e 139 do Código Civil), é causa de sua anulabilidade; esta não ocorre automaticamente, mas pressupõe a comunhão da vontade do interessado com a sentença do juiz. Não é a vontade o elemento de desconstituição do negócio jurídico, mas a sentença do juiz. Tanto é assim que, nesse caso, seus efeitos operam exclusivamente para frente. Outro exemplo é a condenação contida na sentença, decorrente de hipótese de responsabilidade civil extracontratual. A quantificação de uma indenização evidentemente depende de algo que, no caso do nosso ordenamento jurídico, não está contido na lei. É um ato de vontade, algo subjetivo, e não um mero silogismo que atribui valor a um fato jurídico abstrato. De outro modo, seria o juiz um oráculo da justiça, sendo sua tarefa a extração de verdades a partir de uma realidade imanente.

Paralelamente, há elementos auto-suficientes no nosso ordenamento jurídico. A existência de cláusula resolutiva expressa no negócio jurídico, tornada eficaz, implica que a atividade judicial a ela relacionada seja exclusivamente de declaração, de reconhecimento, de certificação de algo já existente. Nesta dimensão, a sentença não é norma e não produz algo novo que não certeza e, através dela, a estabilidade.

Toda esta introdução para afirmarmos que a sentença é ato jurídico que, no mais das vezes, contém elementos normativos e juízos. Os juízos estão sempre presentes, uma vez que é de sua natureza a predicação, a atribuição de uma qualidade a alguma coisa. O elemento normativo, no entanto, posto que apareça frequentemente, não é obrigatório. As sentenças meramente declaratórias ou de improcedência, pois, são sentenças destituídas de característica normativa, não encetando no mundo jurídico normas particulares de qualquer espécie. Não quer dizer que não produzam efeitos ou mesmo representem, como fatos jurídicos, fundamento para normas jurídicas. Apenas que, em si mesma, a sentença declaratória pura não constitui *ordem* de qualquer espécie.

---

infligirá qualquer tipo de violação à integridade física de animais, então ele o faz por razões próprias, sejam elas quais forem. Não se tratam de normas exteriores que condicionam a sua conduta, mas de normas internas, intencionadas pelo próprio homem. Fala-se, aqui, em autonomia , *auto-nomos*. Nesse último caso, não podemos falar em direito, mas exclusivamente em moral, pois nesse caso falamos do agir em seu aspecto interior, o agir em respeito à 'lei' moral' apenas em razão da consciência (KANT, Immanuel. *Metaphisik der Sitten*. F. Meiner, 1966. p. 24-25).

De outro lado, a consequência óbvia de reconhecer ao juiz a posição de criador do direito, ainda que no sentido individual, reside na constatação de que o ordenamento jurídico não é auto-suficiente.

2 SOBRE AS VISÕES CLÁSSICAS A RESPEITO DA COISA JULGADA

Uma perspectiva tradicional do processo civil esteve sempre vinculada à idéia de uma auto-suficiência do ordenamento jurídico. Em SAVIGNY, por exemplo, na sua clássica concepção do direito de ação como uma metamorfose do direito material, resultante do binômio direito em si mais violação (*Recht an sich* mais *Verletzung*)[22], fica clara essa compreensão do fenômeno processual. Se o meu acesso ao processo era constituído pelo próprio direito material transformado, então é óbvio que, do processo, nada diferente poderia emanar além do próprio direito material certificado. A coisa julgada estava, então, estritamente vinculada a esta idéia de processo como ferramenta de certificação do direito, na linha das considerações que traçamos no início da exposição.

Os primeiros desenvolvimentos que verificamos a respeito da coisa julgada são aqueles em que a identificaram como uma presunção da verdade[23]. Segundo ULPIANO, "*Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*."[24] Essa tendência de assunção da sentença como verdade perdurou, verificando-se, por exemplo, nas lições de Sigismondo Scaccia:

> sententia quae transit in rem iudicatam habetur ex praesumptione iuris et de iure pro veritate;res iudicata facit de albo nigrurn, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat.[25]

Essa visão da coisa julgada como presunção esteve presente inclusive em Pothier, que considerava a autoridade da coisa julgada como presunção de direito e de fato da verdade[26].

A questão tomou desenvolvimento um pouco diverso em SAVIGNY, no que se poderia definir como um meio-caminho entre a dogmática clássica e os desenvolvimentos modernos[27]. Na visão de

---

[22] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. T. V, Berlin: 1841, p. 6.
[23] ESTELLITA, Guilherme. *Da cousa julgada: fundamento juridico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: 1936, p. 26.
[24] DIGESTA, 1.5.25.
[25] SCACCIA, Sigismondo. *Tractatus de sententia et re judicata*. 1670, p. 376.
[26] POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 725-726.

SAVIGNY[28], não seria extraordinário, incomum, que uma sentença pudesse ser proferida em uma apreciação equivocada ou do direito ou dos fatos, dando gênese a uma solução inadequada para um caso concreto[29]. Se seguiria que, muito provavelmente, seria cassada por uma sentença contendo um juízo contrário. Esta alteração, no entanto, não implicaria necessariamente o sossego da situação em questão. Um juiz ainda posterior, convencido da existência de um *error* na segunda sentença, poderia anulá-la e trazer novamente à vigência a primeira ou, ainda, expressar uma terceira opinião, diversa da contida nas primeiras duas sentenças. Como resultado, enquanto possível que uma relação jurídica constituísse objeto de apreciação em um processo posterior, imperaria a mais absoluta insegurança[30].

A respeito deste cenário, afirma SAVIGNY:

> Desta observação decorre que temos diante de nós dois sérios perigos de natureza oposta. De um lado se encontra o perigo de que devemos ter como direito a sentença prolatada pelo juiz em erro ou de má-fé, mesmo quando podemos reconhecer com toda a convicção a injustiça. Do outro lado o perigo de uma incerteza sem limites a respeito de relações patrimoniais e jurídicas, que podem perdurar por várias gerações.[31]

Entre estas duas possibilidades, ou, como diz, perigos, devemos optar. Trata-se, pois, de uma questão de política do direito[32]. Pois as legislações e sistemas jurídicos tomaram partido neste dilema e, desde muito, vem reconhecendo na insegurança jurídica o mal maior a ser evitado, ainda que com sacrifício de uma denominada "justiça". Este cenário deu origem ao que SAVIGNY denominou de mais importante instituto jurídico destinado à atuação desta finalidade, qual seja, de securitização do direito: a *Rechtskraft der richtelichen Urtheile*, ou força do direito da sentença judicial, por nós conhecida como a coisa julgada[33]. Para SAVIGNY, a coisa julgada representava a ficção da verdade (*Fiction der Wahrheit*), através da qual protegeria-se a sentença tornada coisa julgada contra qualquer tentativa futura de sua contestação ou invalidação[34]. O instituto da coisa julgada significa, pois, o asseguramento para todo o futuro da eficácia do conteúdo de cada sentença[35].

---

[27] Ver, nesse ponto, CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*: 1894-1937. Vol. II, Milano: Giuffrè, 1993, p. 400; ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917, p. 29.
[28] Também, em mesmo sentido, ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. 3ª ed., Berlin: Otto Liebmann, 1931, p. 517.
[29] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts.* T. VI, Berlin: 1847, p. 259-260.
[30] *Ibidem*, p. 259-260.
[31] *Ibidem*, p. 260.
[32] *Ibidem*, p. 260.
[33] *Ibidem*, p. 261.
[34] *Ibidem*, p. 261.
[35] *Ibidem*, p. 300.

Como ficção de verdade que é, a coisa julgada pode repercutir seriamente sobre o ordenamento jurídico. Pode declarar existente direito onde não havia, negar direito onde antes havia ou alterar conteúdo de direito já existente[36]. Finalmente, SAVIGNY aponta a existência particular de três efeitos da coisa julgada, a saber: a execução, a *actio iudicati* e a exceção da coisa julgada[37].

O pensamento de SAVIGNY gerou certa repercussão, sendo também adotado por outros autores. Em ARNDTS VON ARNESBERG, clássico da pandectística alemã, percebe-se a influência das palavras de SAVIGNY: "*A sentença judicial deve pôr fim ao litígio. Por isso a regra: o que é pronunciado através de sentença com coisa julgada sobre o direito litigado das partes vale como verdade; a sentença estabelece direito formal*."[38]

Estas percepções da coisa julgada, seja como presunção seja como ficção da verdade, encetam uma série de problemas, graves o suficiente para que se as tenha como incapazes de explicar adequadamente o instituto da coisa julgada.

O sentido da coisa julgada enquanto presunção da verdade falha na medida em que atribui à sentença mero papel de enunciadora do direito. Uma sentença declaratória, segundo a opinião que já manifestamos, não representa norma jurídica, mas enceta um juízo, expresso linguisticamente através da estrutura de uma proposição. Toda a proposição (*Satz*) é uma estrutura linguística consistente em uma relação entre dois objetos[39]. Sendo uma proposição de natureza enunciativa (*Aussagesatz*), poderá conter uma ligação entre um objeto e uma propriedade ou, também, um modo de comportamento[40]. Proposições são, assim, estruturas linguísticas determinadas à atuação de uma das funções da linguagem, a descrição[41], de modo que estão submetidas à valoração veritativa (verdadeiro ou falso)[42].

Se é verdade que toda a sentença enceta um certo conteúdo declaratório – positivo ou negativo –, eventualmente não se limitará a ele. A sentença poderá conter, como já afirmamos

---

[36] *Ibidem*, p. 263.
[37] *Ibidem*, p. 409.
[38] ARNDTS VON ARNESBERG, Karl Ludwig. *Lehrbuch der Pandecten.* München: 1852, p. 153.
[39] LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed., Berlin: Springer, 1995, p. 72.
[40] *Ibidem*, p. 72.
[41] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 63-72, especialmente p. 72
[42] Como refere Lourival Vilanova, as proposições são "*asserções de que algo é algo, de que tal objeto tem a propriedade tal. Estruturas de linguagem expressivas de proposições são suscetíveis de valores (verdade/falsidade), empiricamente verificáveis por qualquer sujeito que se ponha em atitude cognoscente*" (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, p. 3).

anteriormente, uma norma concreta. Ocorre que, as normas jurídicas, dado o seu caráter deontológico, não se submetem a juízo veritativo, mas se sujeitam a um juízo de validade[43]: ou valem ou não valem.

Enquanto se assuma que a sentença pode conter certo conteúdo normativo, a coisa julgada, na medida em que se queira a esse conteúdo normativo estender, não pode ser assumida como mera presunção da verdade.

Como bem notara FISCHER, já em 1889, "*Não se trata de uma ficção da verdade, mas da autoridade da sentença judicial, no interesse da necessidade de segurança jurídica*". [44] Esta perspectiva da sentença enquanto expressão da verdade somente guardaria algum sentido se colocada a questão na dimensão da sentença enquanto prova, a pressupor, então, perspectiva de uma nova relação jurídica.

A posição de SAVIGNY, da coisa julgada como sendo *ficção* da verdade, pode ser mais ainda destinatária de críticas. Além daquelas exteriorizadas em relação à visão da coisa julgada como *presunção da verdade*, deve-se ter em mira que processo não é instrumento ontologicamente direcionado à busca da verdade, muito embora seja recomendável que essa atividade seja de algum modo realizada no curso do seu desenvolvimento[45]. De modo que, para atingir à sua finalidade, seu resultado não necessita constituir expressão ou conteúdo de verdade, real ou ficta. A verdade representa a pertinência de uma predicação em relação a determinada observação. De modo que, *ficção da verdade*, representaria, em último plano, uma contradição em termos.

3 SOBRE A COISA JULGADA COMO A DECLARAÇÃO CONTIDA NA SENTENÇA

O desenvolvimento teórico por que foi responsável HELLWIG a respeito da definição da coisa julgada foi bastante expressivo. Com seu *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, HELLWIG recebeu grande adesão por parte da comunidade jurídica, em grande parte em razão da precisão e lógica com que desenvolveu as suas idéias.

Segundo HELLWIG, os atos jurisdicionais através dos quais os órgãos do poder estatal atendem ao papel do processo civil – que consiste, explica, na concessão da proteção ao direito

[43] KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 36-37.
[44] FISCHER, Otto. *Recht und Rechtsschutz*. Berlin: 1889, p. 135.
[45] A questão é absolutamente polêmica e desafia a mais variada literatura a respeito. Por essa razão, além do fato de transbordar o escopo do presente escrito, deixamos em aberto a análise da literatura e minudenciamento dos pontos de vista respectivo.

privado – são ou atos de declaração (*Festellungsakte*) ou atos constitutivos (*Rechtsgestaltungsakte*)[46]. Enquanto os atos declarativos tem por objeto um pronunciamento sobre existência ou inexistência da relação jurídica que compõe o objeto do julgamento, os atos constitutivos intencionam modificar o estado no âmbito do direito civil ou processual (*den vorhandenen civilrechtlichen oder prozessualen Rechtszustand verändern*), com a pretensão de gerar novos efeitos jurídicos[47].

A modificação jurídica (*Rechtsgestaltung*) compõe o conteúdo imediato e característico da sentença constitutiva, advertindo o autor, no entanto, que o seu significado aí não se esgota[48]. Aqui reside um ponto central da construção de HELLWIG. Entende que, na medida em que o tribunal faz uso do poder de ordem estatal para pronunciar a mudança jurídica pretendida pela ação que a quis fazer valer, existe nela implícita a declaração sobre o *direito à modificação jurídica*, à constituição, da mesma forma que a rejeição do direito alçado a objeto do processo representa a negação de sua existência[49].

Deste modo, assim que a sentença constitutiva se transforma em coisa julgada, a modificação jurídica ocorre, neste momento se realizando – em um sentido de exaurimento – o direito à modificação jurídica[50]. Portanto, a sentença constitutiva tornada coisa julgada não mais poderá ser utilizada para justificar a alegação da existência (presente) do direito à modificação jurídica, como, por exemplo, do direito ao divórcio já consumado. Em verdade, esse conteúdo declaratório da sentença constitutiva tem o significado de declarar que o direito do demandante existia, também que a modificação jurídica deu-se em conformidade com o direito[51].

Na sentença condenatória, que é tida como uma 'modalidade' da sentença constitutiva[52], ocorre fenômeno análogo, uma vez que contém, de um lado, a declaração da obrigação de prestar (*Festellung der Leistungspflicht*), e, de outro, seu conteúdo imperativo, a ordem de prestar (*Leistungsbefehl*).

Com estas premissas traçadas, HELLWIG sustenta que a coisa julgada não é instituto propriamente de direito material mas, sobretudo, de direito processual[53]. Segundo pensa, a coisa

[46] HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Reimp. ed. 1901. AAlen: Scientia Verlag, 1967, p. 1.
[47] *Ibidem*, p. 1.
[48] *Ibidem*, p. 3.
[49] *Ibidem*, p. 3-4.
[50] *Ibidem*, p. 4.
[51] *Ibidem*, p. 4.
[52] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 11-12.
[53] HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Reimp. ed. 1901. AAlen: Scientia Verlag, 1967, p. 7-10.

julgada material não é um conceito de direito material, mas se posiciona como um efeito jurídico puramente processual[54].

Assim disposta a questão por HELLWIG, de que modo visualiza a coisa julgada? A declaração contida na sentença traz, segundo afirma, certeza jurídica para as partes[55]. Esta segurança, pois, a declaração a respeito de ser ou não fundada a pretensão que se quis fazer valer com a ação (ou, de modo mais preciso, a demanda, *Klagantrag*), desde que a decisão não possa mais ser atacada no processo em curso, é que se torna inquestionável perante qualquer outro juiz[56]. Uma vez definitiva a decisão sobre o estado jurídico existente, então o direito processual proíbe os tribunais de perquirirem[57] a respeito da correção da decisão[58]. Do segundo juiz, diz HELLWIG, não se é de esperar de modo algum que acredite na correção do estado jurídico declarado; está ele, no entanto, *vinculado* à declaração: ele deve ter como fundamento em sua nova decisão o novo estado jurídico declarado, ainda que a incorreção da decisão seja de clareza solar (*sonnenklar*)[59].

Na visão de HELLWIG, portanto, a coisa julgada material consiste na indiscutibilidade que recai sobre a declaração contida na sentença após o seu trânsito em julgado. Essa orientação teórica gerou, como antes referido, um sem número de seguidores. Entre eles, WACH[60], CHIOVENDA[61] [62], CARNELUTTI[63] e, entre nós, PONTES DE MIRANDA[64] e NEVES[65].

---

[54] *Ibidem*, p. 10.
[55] *Ibidem*, p. 12.
[56] *Ibidem*, p. 12.
[57] O autor chega a falar em "importunar", *behelligen*.
[58] *Ibidem*, p. 12.
[59] *Ibidem*, p. 12.
[60] WACH, Adolf. LABAND, Paul. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig: 1899, p.4 e 8.
[61] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 514-515. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. 1894-1937. Vol. II, Milano: Giuffrè, 1993, p. 399.
[62] A posição de CHIOVENDA é referida por LIEBMAN (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 10).
[63] A afirmativa de CARNLUTTI não nos deixa dúvidas a respeito de sua orientação: "*la immutabilità della decisione risponde non già al suo carattere imperativo, ma alla sua funzione dichiarativa*". (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. T. IV. Padova: Litotipo, 1933, p. 93).
[64] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª ed., t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 378. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 1ª ed., vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 143-144; 151-155.
[65] NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 497-504.

4 SOBRE A COISA JULGADA COMO UM ATRIBUTO DOS EFEITOS DA SENTENÇA

A mais relevante oposição à identificação da coisa julgada material com o efeito declaratório da sentença partiu de LIEBMAN. Na verdade, o seu *Efficacia ed Autorità della Sentenza* representa um verdadeiro levante particularmente contra o desenvolvimento que deu ao problema da coisa julgada HELLWIG.

Depois de algumas breves considerações sobre o estado da doutrina até então, LIEBMAN inicia sua crítica afirmando que consiste um erro lógico sistematizar a coisa julgada ao lado dos outros possíveis efeitos da sentença, uma vez que, assim procedendo, se colocam em mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa[66]. A identificação da declaração jurisdicional com a autoridade da coisa julgada, a compenetração de uma na outra, a redução da eficácia da primeira à segunda, afirmará a seguir, constitui um erro de perspectiva, algo, ademais, que se explicaria psicologicamente no fato de que a incontestabilidade que a autoridade da coisa julgada outorga ao resultado do processo apresenta-se de modo mais marcantemente necessário no caso da declaração, visto que, mutável ou contestável, a declaração se apresentaria inútil e destituída de importância: "*si può cioè riconoscere che un accertamento privo di autoritá del giudicato è, per chi l'ha ottenuto, poco meno che inutile*"[67].

Entende, no entanto, que estas observações não infirmam de modo algum a constatação de que a declaração contida numa sentença deriva sua força obrigatória, ou, mais genericamente, sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e autoritativa do ato que a produz, tanto quanto o seria a força decorrente de uma sentença constitutiva[68]. É dizer, não haveria razão para se ter a eficácia constitutiva da sentença como um *minus* em relação ao seu possível conteúdo declaratório.

A partir dessas observações, LIEBMAN passa a desenvolver sua tese a respeito da existência de uma diferença entre os efeitos da sentença e sua perenidade, características que se relacionam como objeto e qualidade. Afirma que *"altro è distinguere gli effetti dela sentenza secondo la loro natura dichiarativa o constitutiva, altro è vedere se essi si producano in modo più o meno perpetuo e*

[66] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 13.
[67] *Ibidem*, p. 13.
[68] *Ibidem*, p. 13-14.

immutabile."[69] Segundo pensa, a coisa julgada é um algo que se agrega aos efeitos da sentença, para a eles acrescer estabilidade[70].

Para demonstrar cabalmente que a coisa julgada constitui algo ontologicamente distinto dos efeitos da sentença, uma qualidade que os envolve, LIEBMAN exterioriza a constatação de que os efeitos da sentença se manifestam antes do seu trânsito em julgado[71]. A existência dos efeitos da sentença antes de seu trânsito em julgado é uma constante para todos os seus efeitos, sejam eles declaratórios, condenatórios ou constitutivos[72]. Afinal, "*si deve cioè riconoscere in linea logica che l'effeto di accertamento o costitutivo che una sentenza può produrre è ben diversa cosa dalla possibilità maggiore o minore che esso, una volta prodotto, possa essere contestato, infirmado o revocato*".[73] A incontestabilidade é um caractere logicamente não necessário que pode ser conferido ao efeito mesmo sem modificar a sua própria e íntima natureza, conclui[74].

Direcionando conclusivamente sua crítica a HELLWIG, afirma que, quando esse identifica a coisa julgada como efeito específico da sentença quando não mais passível de impugnação, e, "*più precisamente come l'efficacia di accertamento della sentenza*"[75], confunde o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade do mesmo.

Embora constante no *prefazione*, com esta relevante passagem de LIEBMAN sintetiza a essência do seu pensamento a respeito da natureza da coisa julgada e ao conteúdo sobre o qual se estende:

> *La funzione giurisdizionale ha un contenuto più complesso, più ricco o più vario di quello della semplice soluzione di una questione dubbia. La certezza è, sì, componente essenziale della giustizia, ma non la esaurisce. E la sentenza, in cui culmina l'ufficio del giudice, non crea soltando certezza, ma produce spesso (anzi, nel più gran numero dei casi) anche altri effetti, praticamente di grande rilevo, i quali tutti non possono essere rimossi quando la sentenza acquisiti l'autorità della cosa giudicata. Perciò quest'autorità non può riferirsi ad uno solo tra i possibili effetti della sentenza, bensì a tutti unitariamente e non può avere altro significato, se non quello di indicare un modo di essere, una qualità di quegli effetti.*[76]

A coisa julgada não seria, pois, para LIEBMAN, em uma síntese do seu pensamento, um efeito mas, ao contrário, uma qualidade contingente dos efeitos da sentença judicial.

---

[69] *Ibidem*, p. 14.
[70] *Ibidem*, p. 14.
[71] *Ibidem*, p. 26.
[72] *Ibidem*, p. 26.
[73] *Ibidem*, p. 26.
[74] *Ibidem*, p. 26.
[75] *Ibidem*, p. 28.
[76] *Ibidem*, p. IV-V, *prefazione*.

5 A POLÊMICA ENTRE JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

As conclusões a que chegou LIEBMAN em sua monografia geraram repercussão. Seja para infirmá-la ou acolhê-la, no total ou em parte, a visão da coisa julgada material como qualificativo dos efeitos da sentença tornou-se ponto de enfrentamento obrigatório para os juristas que pretendiam investir no assunto.

Entre nós, a monografia provocou a existência de um célebre debate, havendo como protagonistas JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.

Em relação à visão desses dois juristas a respeito da coisa julgada, é comum a ambas o fato de acolherem as conclusões de LIEBMAN sobre a coisa julgada constituir não um elemento da sentença mas, entendida como criação do sistema vocacionada à estabilização, à segurança jurídica, como um qualificativo de determinado conteúdo da sentença. Veja-se em BAPTISTA DA SILVA: "*Liebman tem razão quando afirma que a coisa julgada não é propriamente um efeito da sentença, mas uma qualidade posterior que ao efeito se ajunta, para torná-lo imutável*"[77]. Da mesma forma em BARBOSA MOREIRA: "*Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos quando se diz que a sentença, ao transitar em julgado, produz o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença recebe, um efeito que sobre ela se produz*."[78] Nesse sentido, ainda que em medidas diversas, ambos discordam da orientação de HELLWIG, que vê na coisa julgada a própria declaração contida na sentença. Por aí, no entanto, findam as concordâncias.

Segundo BARBOSA MOREIRA, haveria um certo artificialismo na construção de HELLWIG a respeito da coisa julgada, no ponto em que a vincula a atribuição de incontestabilidade exclusivamente ao "elemento declaratório da sentença". Seu questionamento assim o indica: "*Por que há de convir á declaração, e não convir à modificação, o atributo da incontestabilidade*?"[79] Na sua visão, não há razão para "*negar dose equivalente de certeza à modificação acaso operada pela sentença*. *Se um juiz anula um contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune à contestação do que ficaria se ele se limitasse a delcarar nulo o contrato?*"[80]. Para BARBOSA MOREIRA, pois, a autoridade da coisa julgada é a imunidade da sentença a contestações juridicamente

[77] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 104.
[78] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88.
[79] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 82.
[80] *Ibidem*, p. 82.

relevantes[81], sendo, então, como já anteriormente referido, uma qualidade da sentença, pois que "*A eficácia da sentença e a sua imutabilidade suscitam duas ordens de questões inconfundíveis e, em linha de princípio, autônomas*"[82], de modo que a "*imutabilidade não é co-natural à sentença*"[83]. A imutabilidade, em harmonia com o pensamento de LIEBMAN, SAVIGNY, CHIOVENDA e outros, não é algo inerente à declaração judicial, mas algo que a ela se agrega por conveniência.[84]

A sentença judicial, como ato jurídico que é, possui certo conteúdo[85]. São as eficácias da sentença que, na visão de BARBOSA MOREIRA, constituem o conteúdo da sentença[86]. E o que são, pois, tais eficácias ou conteúdo da sentença? Por eficácia, diz, entenda-se a "*palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos*"[87]. Segundo BARBOSA MOREIRA, a sentença, como todo ato jurídico, destina-se a produzir efeitos no mundo jurídico[88], cabendo à lei, no entanto, a fixação do ponto exato em que estes passarão a ocorrer[89], de modo que, segundo a sua construção, a sentença é ato jurídico dotado de eficácia ou conteúdo. Os efeitos do ato jurídico, afirma, não formam o interior, mas lhe são exteriores: "*de modo algum isso significa que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, que se trate de fato natural, que de ato jurídico.*"[90] Daí porque, como ato jurídico que é,

> o que se disse dos atos jurídicos em geral diz-se igualmente, em particular, da sentença. Também quanto a esta se distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e vários efeitos que, nascendo nela, se manifestam fora, se projetam ad extra. Esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem.[91]

No caso da sentença condenatória, seu efeito seria o de ensejar a execução; na sentença constitutiva, conviveriam, dentro da mesma sentença, o reconhecimento do direito à modificação –

---

[81] *Ibidem*, p. 88.
[82] MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXII. Uberaba: Forense, p. 44.
[83] *Ibidem*, p. 44.
[84] *Ibidem*, p. 45.
[85] MOREIRA, Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXXVI. Uberaba: Forense, p. 93.
[86] *Ibidem*, p. 94.
[87] *Ibidem*, p. p. 94.
[88] MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXII. Uberaba: Forense, p. 45.
[89] *Ibidem*, p. 43.
[90] MOREIRA, Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXXVI. Uberaba: Forense, p. 94.
[91] *Ibidem*, p. 95.

aqui, ressaltamos, na mesma linha do sustentado por HELLWIG – e a modificação enquanto ato (a anulação, etc.).[92] A esta modificação enquanto ato seguiria a modificação enquanto efeito, a representar o resultado da atuação deste conteúdo determinado na sentença: com a anulação do contrato, por exemplo, surgiria o novo estado jurídico dele decorrente[93].

Entendendo, pois, que os efeitos decorrentes da sentença serão sempre mutáveis[94], afirma que "*a imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, todo o conteúdo decisório.* [...] *É toda a norma jurídica concreta que se torna imutável*."[95]

Em BARBOSA MOREIRA, parece haver uma identificação entre conteúdo da sentença e norma concreta. Veja-se que afirma que "*Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial*"[96]. Igualmente, quando afirma que "*os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade congitiva do órgão judicial*"[97].

A visão de BAPTISTA DA SILVA é diversa. O jurista, questionando as conclusões de LIEBMAN de que todos os efeitos da sentença estariam sujeitos à qualificação pela coisa julgada, afirma que se sujeitam naturalmente à modificação as eficácias (ou efeitos) da sentença, com exceção do declaratório[98]. Diz que, "*se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia declaratória da sentença*"[99].

Posto que nos primeiros escritos transite livremente entre os conceitos de eficácia e efeito, a sugerir que os tem por equivalentes[100], coloca-se, em ensaio posterior, a dintingui-los[101]. Afirma, pois, que a categoria das eficácias "*faz parte do 'conteúdo' da sentença, com virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos hão de ter-se como atualizações no sentido aristotélico, das eficácias*"[102]. As eficácias, afirma,

---

[92] *Ibidem*, p. 95-96.
[93] *Ibidem*, p. 96.
[94] *Ibidem*, p. 49.
[95] MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXII. Uberaba: Forense, p. 52.
[96] *Ibidem*, p. 47.
[97] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 89.
[98] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 104-106.
[99] *Ibidem*, p. 105.
[100] Várias passagens assim o justificam (*Ibidem*, p. 104-106).
[101] *Ibidem*, p. 214.
[102] *Ibidem*, p. 214.

"*fazem parte do 'conteúdo da sentença', assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais virtudes (ou eficácias) curativas*"[103].

Com estas colocações, BAPTISTA DA SILVA nega a possibilidade de uma separação entre o plano normativo e os efeitos dele decorrentes. Para ele, tanto os efeitos se produzem efetivamente em cada sentença, quanto as eficácias que os tornam possíveis, também existem e constam das sentenças concretas[104].

Em suma, BAPTISTA DA SILVA rechaça a possibilidade de a coisa julgada acobertar o total dos efeitos ou eficácias da sentença, tornando-os imutáveis. Somente a eficácia declaratória é que, com a sobrevinda da coisa julgada, ganharia a condição de inquestionável.

CONCLUSÃO

Apesar de termos tecido algumas críticas a certos conceitos tradicionais de sentença e da coisa julgada ao longo deste escrito, deixamos para o final a oportunidade para a emissão de um juízo a respeito dos desenvolvimentos posteriores sobre a coisa julgada. Antes de o fazermos, mostra-se importante retomar as posições fundamentais expostas ao longo do trabalho.

Como visto anteriormente, apesar de alguma oscilação entre autores a respeito do escopo da sentença em relação ao direito, é dizer, se a função da sentença é de meramente reconhecer o direito pré-existente ou de criá-lo concretamente, não há dúvidas de que, na prática, cada uma das formulações representam parcela da verdade. Toda a sentença contém, obrigatoriamente, um juízo a respeito da existência do direito ou interesse pleiteado. Trata-se da eficácia declaratória. Enquanto mecanismo de reconhecimento, a eficácia declaratória da sentença não constitui norma concreta e, por essa razão, não *cria* direito. Concorrendo mais de uma eficácia na mesma sentença, então haverá nesse ato judicial uma norma, cujo papel será o de concretizar o direito material, integrando, sempre que necessário, elementos outros para a formação do direito concreto.

Com essa formação, não se pode atribuir às decorrências da coisa julgada o papel de presunção ou ficção da verdade. Além de não ser escopo central do processo a busca da verdade, esta visão a respeito da coisa julgada seria incompatível com as sentenças em que múltiplas são as eficácias, quando, então, poderíamos estar diante de uma norma concreta, porque as normas não se sujeitam a juízos veritativos mas de validade.

[103] *Ibidem*, p. 214.
[104] *Ibidem*, p. 215-216.

De SAVIGNY até BAPTISTA DA SILVA, houve uma notável evolução no trato teórico da coisa julgada, com contribuições sendo lançadas a cada nova geração de escritos. Algumas restaram descartadas, como visto, em razão de ilogicidades ou da sua incapacidade de bem explicar a realidade jurídica. Toda a sentença contém um juízo sobre a existência do direito ou do interesse debatido em juízo. Tem razão HELLWIG quando afirma que essa declaração é o fundamento da sentença, a base para a existência de outras eficácias – o autor, em seus escritos, assumia a existência apenas de duas, a declaratória e a constitutiva, com a condenação sendo uma variação desta última. No entanto, parece ser igualmente verdadeiro que, segundo nos mostra LIEBMAN, a coisa julgada não pode ser entendida como um *elemento* da sentença. Se é possível pensar nos efeitos da sentença atuando normalmente, mas mutáveis, então à imutabilidade, à autoridade da coisa julgada, resta meramente a posição de qualidade dos efeitos da sentença.

Parece-nos, no entanto, que a imutabilidade proporcionada pela coisa julgada não poderia alcançar todo o complexo de efeitos da sentença. Não há dúvidas, refira-se inicialmente, que os *efeitos* da sentença serão sempre mutáveis. O titular de crédito decorrente de condenação judicial pode perdoar seu devedor ou o próprio devedor pode pagar a sua dívida. O divorciado pode alterar seu *status* jurídico casando-se novamente.

Com relação às eficácias, a questão ganha em complexidade. Por eficácia deve ser entendido, apropriando-nos do que dissera BARBOSA MOREIRA, a qualidade do ato enquanto *capaz de gerar efeitos*[105]. Por exemplo, eficácia constitutiva da sentença é a capacidade de alterar o estado jurídico de alguém, sendo a alteração o seu efeito. Se assumimos como correta a orientação de BARBOSA MOREIRA a respeito da coisa julgada, então somos obrigados a sustentar que todo o conteúdo da sentença e, portanto, suas eficácias, tornam-se imutáveis com o aparecimento da coisa julgada.

O problema com que nos deparamos em função da construção de BARBOSA MOREIRA é que ela não parece se ajustar bem à realidade, ou, por outro lado, a realidade provocaria uma turbação na precisão dos conceitos adotados pelo autor. Pensemos em um simples exemplo: João paga a Maria o valor de R$ 1.000,00, referente à condenação com trânsito em julgado que sofrera em processo de conhecimento anterior. Nesse cenário, se Maria postular o cumprimento da sentença, para o fim de obrigar João ao pagamento dos R$ 1.000,00, João tranquilamente obstaculizará a pretensão de Maria, alegando pagamento (inciso VI, artigo 475-L do Código de Processo Civil). Mas se a eficácia condenatória resta intacta por força da coisa julgada, como explicar essa sua incapacidade

[105] MOREIRA, Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. *in* Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. XXXXVI. Uberaba: Forense, p. 94.

superveniente de gerar efeitos, considerando que a possibilidade de postular execução é um desses efeitos? Na visão de LIEBMAN, esse problema se explicaria em razão de que toda a sentença contém implícita uma cláusula *rebus sic stantibus*[106]. Entretanto, a simples e elegante solução do jurista italiano, ainda que pareça adequada à primeira vista, verdadeiramente não resolve o problema, porque gera uma distorção considerável na idéia de imutabilidade da sentença. Ao admitirmos como veraz a asserção de LIEBMAN, então veremos que a sentença e seu conteúdo não é efetivamente imutável. Na verdade, o conteúdo da sentença seria facilmente mutável, bastando, para tanto, a ocorrência de fatos futuros a ele relacionados, como, no nosso exemplo, o pagamento.

Realmente, parece que a melhor solução para o conceito de coisa julgada reside em um aproveitamento de parcela das contribuições de HELLWIG, LIEBMAN e BAPTISTA DA SILVA. Na verdade, BAPTISTA DA SILVA resolvera bem a questão, tendo apenas faltado ao seu desenvolvimento a adequada precisão conceitual para a sua tese. A indiscutibilidade que decorre da coisa julgada é uma *qualidade* da *eficácia declaratória* da sentença, tornando-a imutável e insuscetível de debate juridicamente relevante. Veja-se que toda a sentença contém obrigatoriamente uma declaração, dentro da qual reside o juízo emitido pelo julgador a respeito da existência do direito ou interesse juridicamente relevante alegado pelo demandante. Pense-se no caso de uma sentença constitutiva de divórcio. Embora a alteração postulada do estado jurídico decorra da eficácia constitutiva, essa somente existiu porque, anteriormente, o julgador emitiu seu juízo a respeito da existência do direito ao divórcio. Existe, portanto, uma relação de dependência entre as demais eficácias e a eficácia declaratória da sentença. Ainda que, no caso do nosso exemplo, as partes divorciadas possam alterar novamente o seu estado jurídico, jamais poderão rediscutir judicialmente a existência, àquele tempo e naquelas condições, do direito ao divórcio, à mudança do estado jurídico.

Ao consideramos a imutabilidade como qualidade exclusiva da eficácia declarativa da sentença, tornamos o *juízo* ali emitido imutável, insuscetível de futura discussão. Os efeitos da sentença estarão, no mais das vezes, disponíveis às partes, da mesma forma que as eficácias, em razão de atos também das partes, podem perder a sua condição essencial, que é a capacidade para produção de efeitos jurídicos.

---

[106] "*In un certo senso tutte le sentenze contengono implicitamente la calusola* rebus sic standibus, *in quanto la cosa giudicata non impedisce affato che si tenga conto dei fatto intervenuti sucessivamente all'emanazione della sentenza: ad esempio, se il debitore paga la somma dovuta, la condanna perde ogni valore*" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 14).

REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. **The organon, or logical treatises**. Vol. I. Trad. Octavius Freire Owen. London: George Bell & Sons, 1889.

ARNDTS VON ARNESBERG, Karl Ludwig. **Lehrbuch der Pandecten**. München: 1852.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Sentença e coisa julgada**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

BÜLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humbolt, 1885.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. T. IV. Padova: Litotipo, 1933.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Trad. J. Guimarães Menegale. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1945.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile: 1894-1937**. Vol. II, Milano: Giuffrè, 1993.

ESTELLITA, Guilherme. **Da cousa julgada: fundamento juridico e extensão aos terceiros**. Rio de Janeiro: 1936.

FISCHER, Otto. **Recht und Rechtsschutz**. Berlin: 1889.

HELLWIG, Konrad. **Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft**. Reimp. ed. 1901. AAlen: Scientia Verlag, 1967.

KANT, Immanuel. **Metaphisik der Sitten**. F. Meiner, 1966.

KATZ, Heinrich. **Das Urtheil im neuen österreichischen Civilprocesse**. Wien: 1896.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Mit einem Anhang: Das problem der Gerechtigkeit. 2ª ed., Wien: Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3ª ed., Berlin: Springer, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia ed Autorità della Sentenza**. Milano: Giuffrè, 1962.

MOREIRA, Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. in **Revista Brasileira de Direito Processual**. Vol. XXXXVI. Uberaba: Forense.

MOREIRA, Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *in* R**evista Brasileira de Direito Processual**. Vol. XXXII. Uberaba: Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 1ª ed., t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 1ª ed., vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1906.

ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917.

ROSENBERG, Leo. **Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts**. 3ª ed., Berlin: Otto Liebmann, 1931.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. T. V, Berlin: 1841.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. T. VI, Berlin: 1847.

SCACCIA, Sigismondo. **Tractatus de sententia et re judicata**. 1670.

ULPIANUS, *DIGESTA*, 1.5.25.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977.

WACH, Adolf. LABAND, Paul. **Zur Lehre von der Rechtskraft**. Leipzig: 1899.

WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. 6ª ed.., t. I, Frankfurt a.M: 1887.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Companhia Editora .Nacional, 1968

O COMBATE AOS CARTÉIS COMO PARTE DE UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO INTERNACIONAL

THE CARTELS' CONTROL AS A PART OF A NEW PARADIGM IN INTERNATIONAL LAW

Rafael Rott de Campos Velho

Sumário: Introdução. 1. O caso do cartel das Vitaminas. O cartel das vitaminas no nível mundial. 1.2. O cartel das vitaminas no CADE. 2. A Atuação Fragmentada dos Estados e um novo Paradigma do Direito Internacional. 2.1. A International Competition Network – ICN como um exemplo. 2.2. Os novos modos de interação jurídica no cenário internacional. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O escopo do presente estudo é abordar uma mudança paradigmática do Direito Internacional a partir da análise de um caso concreto. É fato que os Estados estão contando com um maior número de centros decisórios em sua estrutura administrativa, o que aumenta, consequentemente, o número de interlocutores na seara internacional. O presente trabalho empreende uma análise a partir do caso dos cartéis de vitaminas. O método de abordagem utilizado é o indutivo, partindo-se do estudo do referido caso, bem como da atuação *International Competition Network (ICN),* a fim de chegar a premissas teóricas, ao final, apresentadas. A pesquisa apontou que, no cenário contemporâneo, inobstante existam tratativas formais procurando a consecução de uma política concorrencial internacional, inclusive no âmbito da OMC, fato é que a cooperação direta entre autoridades antitrustes vem se demonstrando mais efetiva, tornando verdadeira a premissa de que a existência de redes de cooperação é uma realidade no mundo globalizado e interconectado. A importância do artigo revela-se a partir da atualidade do tema, considerando o cenário da globalização, bem como da aplicação de marcos teóricos, sustentados na policentralidade da administração pública e na fragmentação do Direito Internacional, ao Direito da Concorrência.

Palavras-chave: Direito Internacional da Concorrência. Fragmentação do Direito Internacional. Cooperação Internacional. Cartéis das Vitaminas. *International Competition Network*.

Abstract: *The aim of this study is to analyze a new paradigm in international law, considering a specific case. It is a fact that states are relying on a greater number of decision-making centers in their administrative structure, increasing, thus, the number of governmental interlocutors in the internationals relations. This paper relies on an analysis of the vitamins cartels case. The research relies on the inductive method, starting from the study of the vitamins cartels, as well as the study of the International Competition Network (ICN), to achieve theoretical premises, presented in the paper's end. The research showed that, in the contemporary world, even though there are formal negotiations seeking to achieve an international competition policy, including the WTO, the fact is that the direct cooperation between antitrust authorities has been demonstrating more effectiveness, making real the premise that cooperation networks are a reality in the globalized and interconnected world. The importance of this paper is showed by its actual theme, considering the globalization, as well as making an analysis of the international antitrust law, considering the public administration polycentricism and the fragmentation of international law.*

Keywords: *International Antitrust Law. International Law Fragmentation. International Cooperation. Vitamins Cartel. International Competition Network.*

INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo assume novas roupagens. Uma delas vem a ser o fato de haver uma determinada desagregação da estrutura hierarquizada e centralizada do Estado clássico. Os centros decisórios, outrora restritos aos três poderes em sua acepção clássica (legislativo, executivo e judiciário), agora tendem a ficar cada vez mais dispersos em uma estrutura de governança muito mais complexa, que envolve diversas autoridades independentes, como agências reguladoras, ou autoridades administrativas dotadas de certa independência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nesse passo, Gustavo Binenbojm assevera que elas caracterizam uma administração pública policêntrica[1].

Tal mutação do Estado tem uma consequência direta no Direito Internacional, visto que os atores da arena internacional deixam de ser apenas os chefes dos poderes executivos e seu corpo diplomático. Assim, outros atores surgem no cenário internacional. Cuida-se das próprias agências, órgãos e entidades dotadas de determinada independência (que pode ser maior ou menor, dependendo do nível de descentralização adotado pelo Estado). Esses sujeitos passam a interagir na ordem global, rompendo com o paradigma clássico do Direito Internacional[2].

O campo do direito da concorrência não fica imune a essas transformações. Justamente pelo contrário, é um ramo do Direito pioneiro nesse novo paradigma de transnacionalização. Saliente-se, nesse contexto, que o fenômeno da globalização econômica tem diversos reflexos no Direito e um dos mais importantes, com certeza, se encontra no âmbito concorrencial. Tal situação decorre do fato de que, em um mercado mundializado, tanto a concentração de empresas tende a ocorrer em âmbito mundial, como, também, os cartéis passam a ser construídos em nível global.

---

[1] BINENBJOM, Gustavo. **Uma nova teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267.

[2] Interessante citar a nota trazida por Anne-Marie Slaughter no preâmbulo do primeiro capítulo de seu livro *A New World Order*, no qual ela cita uma entrevista da antiga Procuradora Geral de Justiça dos Estados Unidos (*Attorney General*), Janet Reno (1993-2001), asseverando que, muitas vezes, no desempenho de suas atividades, se sente uma verdadeira diplomata, tal o nível de interação que vem tendo com seus colegas estrangeiros (SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 36).

Ressalte-se que se tem muita produção bibliográfica no âmbito do Direito Internacional da Concorrência. Muitos autores, dentre os quais pode-se destacar, no Brasil, Augusto Jaeger Junior[3] e Ana Maria de Oliveira Nusdeo[4], entre outros, relacionam em suas obras diversas tentativas de se codificar, harmonizar ou ainda operacionalizar um Direito Internacional da Concorrência. Destaque-se que já houve tentativas, todas sem sucesso até hoje, de se tentar regulamentar a matéria no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC. Interessante proposição acerca do tema encontra-se na obra de Francisco do Valle Magalhães Marques, que defende que a OMC seja sede de resolução de conflitos em matéria de Concorrência Internacional, já que se trata de uma instituição bastante consolidada e tecnicamente desenvolvida[5].

Todavia, há, também, outros campos nos quais o Direito Internacional da Concorrência vem tomando forma. Um deles, que será o tema central do presente artigo, é o fato de existir uma cooperação direta e informal entre autoridades concorrenciais. Para ilustrar tal situação será utilizado o exemplo de um cartel internacional que, ao ser desmantelado, ensejou a colaboração de diversas autoridades nacionais e da Comissão Europeia, de caráter supranacional, bem como serão tecidos comentários acerca da existência da *International Competition Network – ICN*, que se constitui em um exemplo de rede de cooperação internacional.

O presente artigo está divido em duas partes. Na primeira será apresentado o caso do Cartel das Vitaminas e a cooperação internacional no seu desmantelamento. Essa primeira etapa está subdividida em outros dois itens: um primeiro voltado para uma descrição do cartel em nível internacional, com foco nos Estados Unidos e na Europa e outro, voltado ao processo acerca do cartel em apreço que tramitou junto à autoridade antitruste brasileira (CADE). A segunda parte tem o escopo de demonstrar premissas mais genéricas dessa nova forma de interação na seara internacional, subdividindo-se, igualmente, em dois itens: um primeiro voltado à descrição da atuação da *International Competition Network – ICN* e outro,

[3] JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008.
[4] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.
[5] MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 366-369.

que traz premissas mais teóricas sobre esse novo paradigma. Como se parte da análise de um caso concreto, o método de abordagem utilizado, portanto, é o indutivo.

1 O CASO DO CARTEL DAS VITAMINAS

1.1 O cartel das vitaminas no nível mundial

A indústria das vitaminas, desde os primórdios, sempre teve como uma de suas caraterísticas mais latentes o elevado nível de concentração, havendo pouquíssimas empresas respondendo pela quase totalidade da produção. Nesse sentido, há que se fazer um pequeno retrato histórico do surgimento desse ramo específico da indústria química.

As vitaminas são imprescindíveis para a vida humana, não sendo, todavia, sintetizadas pelo próprio organismo. É necessário, pois, o consumo de alimentos adequados que contenham tais substâncias em sua constituição[6]. A descoberta da vitamina, enquanto substância de classificação própria, se deve à deflagração da beribéri, doença causada pela falta de vitamina B1 e que tem por sintomas fraqueza muscular e dificuldades respiratórias. Desse modo, o químico Casimir Funk identificou, em 1912, que uma amina era apta a combater a referida moléstia[7].

A deflagração, no entanto, do comércio de vitaminas veio após esse fato. Já na década de 1930, os médicos iniciaram a defender a utilização da substância em apreço para a fortificação dos alimentos. No entanto, os processos de produção são muito complexos, só havendo três modos para obtenção de vitaminas: extração, síntese e fermentação. A extração é bastante cara e não gera um produto tão puro como os dois outros meios. Noutro giro, a

[6] USDOJ. Caso United States of America vs F. Hofmann – La Roche. Documento disponível em <http://www.justice.gov/atr/cases/f2400/2452.htm>. Acesso em 21/09/2012, p. 5.
[7] MAGGI, Bruno de Oliveira; MARCIER, Elizabeth Maria. Cartel das Vitaminas S/A. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, jan./mar. 2007 nº. 13, p. 77-78.

síntese e a fermentação demandam processos complexos, tornando a produção restrita a apenas grandes empresas que detenham o conhecimento de tais técnicas[8].

Nesse sentido, a empresa suíça Hoffmann – La Roche (mais conhecida apenas pela segunda parte do nome) foi a pioneira no desenvolvimento de técnicas de como sintetizar a maior parte das vitaminas, tendo a vitamina C sido a primeira a ser comercializada em larga escala, na década de 1930. Até os anos de 1970, a empresa em tela manteve o monopólio mundial da produção de vitaminas, detendo parcelas de 50% a 60% dos mercados[9].

A primeira grande concorrente da La Roche foi a BASF, empresa farmacêutica alemã, fundada em 1865, que adentrou no ramo das vitaminas em momento posterior à La Roche. Juntas, as duas empresas controlavam em torno de 75% do mercado mundial do produto. Com o passar do tempo, outras empresas passaram a fazer parte do mercado em apreço, como a Rhône-Poulenc (nome antigo da Aventis), a Hoechst, a Solvay, a Lonza e a E. Merck. Entretanto, a participação dessas empresas não chegou a ameaçar a posição de liderança das duas poderosas empresas europeias, nem mesmo no mercado estadunidense. A única empresa que conseguiu conquistar parte relevante do mercado em seu país foi a japonesa Takeda[10].

Nessa linha de raciocínio, ressalte-se que, no decorrer do século XX, o aperfeiçoamento dos métodos de produção de vitaminas foi bastante acentuado. Assim, houve uma expressiva redução nos preços de tais substâncias. Por exemplo: a vitamina C, vendida em 1933 por US$ 7.515/kg, chegou ao preço de US$ 10/Kg na década de 1970[11].

Nesse sentido, no final da década de 1980, frente ao declínio dos preços das vitaminas, as empresas que dominavam o mercado, decidiram formar diversos cartéis com o propósito de evitar a desvalorização excessiva dos seus produtos. Oportuno enfatizar que, entre 1989 e 1991, a La Roche detinha 46% do mercado, a BASF 18%, a Rhône-Poulenc, 8% e a Takeda, 7%, totalizando, juntas, quase 80% do mercado mundial de vitaminas, de maneira que a constituição de um cartel em nível mundial demonstrava-se extremamente factível[12].

Na realidade, nunca houve um cartel uniforme, havendo diversos cartéis para os diferentes tipos de vitaminas. Havia, no total, 16 cartéis, sendo que a La Roche participava de

[8] Ibid, p. 77-78.
[9] Ibid., p. 79.
[10] Ibid. p. 79.
[11] Ibid., p. 80.
[12] Ibid. p. 80.

14. Das demais empresas (21 no total), 14 participavam de apenas um cartel, enquanto as outras 7 pertenciam a diversos deles, o que demonstra o elevado nível de concentração do mercado de vitaminas em geral[13].

Utilize-se os cartéis das vitaminas A e E como exemplo para demonstrar o funcionamento dos demais, que tiveram por base o *modus operandi* desses, os quais foram os pioneiros. Inicialmente, foi firmado um acordo entre a La Roche e a BASF, sendo, logo depois, convidada a Rhône-Poulenc para participar do conluio. As empresas acordaram que deveriam ser mantidas as quotas das empresas no ano de 1988[14], consoante o volume de vendas, e que o eventual aumento do mercado deveria ser dividido proporcionalmente entre os participantes. Havia uma espécie de conselho diretor, o nível mais alto da administração do cartel, que era exercido pelos diretores dos setores de vitaminas das empresas envolvidas. Eram as reuniões de orçamento, que ocorriam uma vez ao ano, e tinham por escopo planejar o orçamento para o ano seguinte. Havia, igualmente, o segundo nível de decisão, representado pelos diretores de marketing; o terceiro, do qual participavam os gerentes mundiais de marketing; e o quarto que congregava os dirigentes regionais de marketing, para avaliar o progresso das quotas regionais[15].

Houve uma divisão do mercado mundial em quatro regiões: "(i) Europa, que englobava a Europa Ocidental, Europa Oriental, África e Oriente Médio; (ii) América do Norte; (iii) América do Sul; e (iv) Ásia" [16]. Ressalte-se que o cartel da vitamina A chegava a controlar 96% do comércio mundial e o da vitamina E, 87%[17].

Nos Estados Unidos, após a assinatura de acordos de transação penal, a La Roche e a BASF se declararam culpadas, sendo condenadas a multas no valor de US$ 500 milhões e US$ 250 milhões, respectivamente. A Rhône-Poulenc aderiu ao programa de leniência e, por ter cooperado, acabou ficando imune às sanções no referido país[18].

---

[13] Ibid., p. 82.
[14] CADE. Caso SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann – La Roche. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Nº. do processo: 08012.004599/1999-18. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>. Acesso em 21/09/2012, p. 14 do voto do relator.
[15] MAGGI; MARCIER, 2007, p. 85.
[16] CADE. Caso SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann – La Roche, p. 12 do voto do relator.
[17] Ibid. p. 12.
[18] MAGGI; MARCIER, 2007, p. 89.

Já na União Europeia, houve a condenação de diversas empresas, entre as quais, a La Roche, a BASF e a Rhône-Poulenc (atual Aventis)[19], todas pela violação do antigo art. 81, 1, do Tratado de Constituição da União Europeia (atual, art. 101, 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia). Embora a decisão da Comissão tenha tratado detalhadamente dos diversos cartéis relativos aos diferentes tipos de vitaminas, houve, ao final, uma condenação única de todas as empresas pela incursão nos ilícitos tipificados nos citados dispositivos[20].

1.2 O cartel das vitaminas no CADE

A Secretaria de Direito Econômico (SDE)[21], tendo em vista as notícias vinculadas na imprensa a respeito da dissolução dos cartéis de vitaminas, bem como das sanções aplicas às indústrias participantes, nos Estados Unidos e na Europa, resolveu instalar uma averiguação preliminar para investigar o comércios das vitaminas A, B2, B5, C, E e betacaroteno no Brasil[22]. Tal averiguação preliminar resultou em um processo administrativo que tramitou junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), resultando na condenação de três empresas – BASF, La Roche e Aventis (nome atual da Rhone-Poulenc) – devido à operação do cartel das vitaminas em território nacional.

A decisão do conselheiro relator, a qual foi acompanhada pela maioria dos demais conselheiros, à exceção do Conselheiro Luis Fernando Schaurtz, foi de uma verdadeira aplicação das decisões tomadas nos Estados Unidos e na Europa no território brasileiro. O voto do relator partiu de duas premissas fundamentais: 1) a condenação do cartel por outras

[19] Foram condenadas, também, as empresas Lonza AG., Solvay Pharmaceuticals BV., Merck KgaA., Daiichi Pharmaceutial Co. Ltd., Eisai Co. Ltd., Kong Chemical Co Ltd., Sumitomo Co. Ltd., Sumika Fine Chemicals Co. Ltd., Takeda, Chemical Industries Ltd. e Tanabe Sayaku Co. Ltd.

[20] COMISSÃO EUROPEIA. Caso Comissão Europeia vs F. Hoffmann – La Roche e outros. Processo nº.: COMP/E-1/37.512 – vitaminas. Disponível em: <europa.eu.int/eurolex/pri/pt/oj/dat/2003/l_006/l_00620030110pt00010089.pdf>. Acesso em 21/09/2012, p. 2-29.

[21] Importante ressaltar que, na época do desenrolar do processo no CADE, a Lei 12.529/11 ainda não estava em vigor, tendo-se todo o expediente sido processado sob a égide da Lei 8.884/94. Desse modo, deve-se considerar, para efeitos do presente artigo, a antiga estrutura do CADE.

[22] CADE. Caso SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann – La Roche, p. 2 do relatório.

autoridades antitrustes; e 2) o fato de as empresas condenadas serem responsáveis pela quase totalidade do comércio de vitaminas no Brasil. Logo, o país teria sido afetado, também, pelo cartel internacional.

Nesse sentido, urge ressaltar que os principais (e quase únicos meios de provas) utilizados no processo são as decisões obtidas na Europa e nos Estados Unidos. Desse modo, juntou-se cópia da decisão da Comissão Europeia (condenando um grande número de empresas, dentre as quais se encontram as três empresas demandadas no Brasil) e cópias de diversos acordos de transação penal realizados nos Estados Unidos, com várias empresas, nos quais elas reconhecem a culpa pelos ilícitos concorrenciais praticados[23].

O relator alegou, em seu voto, que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer óbice para utilização das sentenças estrangeiras como meio de prova. Aduziu que, formalmente, a única exigência é que o documento esteja em língua portuguesa. Desse modo, os documentos estadunidenses foram devidamente traduzidos, de maneira juramentada, nos termos da legislação pátria. De outra sorte, a decisão da Comissão Europeia foi juntada já em sua versão em português[24].

Acerca da mecânica de produção das provas, arguiu o relator que, sendo elas produzidas de acordo com as legislações processuais das respectivas jurisdições, cuida-se de provas plenamente admitidas no direito pátrio. Para tanto, o relator invocou o art. 13 da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (Decreto-Lei nº 4657/42), no qual consta que "a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça"[25].

Interessante observar que, no tocante à parte final do dispositivo, há uma ressalva referente à exclusão de provas obtidas por meio não admissível pela lei brasileira. Assim, urge ressaltar que não há, no voto, nenhuma análise mais profícua sobre se as provas que deram origem às decisões estadunidense e europeia estariam em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, não há uma análise minuciosa do conjunto probatório, mas tão somente uma análise das decisões das autoridades estrangeiras.

[23] Ibid., p. 6 do voto do relator.
[24] Ibid., p. 6 do voto do relator.
[25] Ibid., p. 6 do voto do relator.

De outro norte, a prova de que haveria efeitos do cartel em apreço no Brasil veio do fato de as empresas demandadas no processo brasileiro responderem por larga quota do mercado nacional. Nesse sentido, o relator argumentou que a produção de vitaminas na América Latina é irrisória, havendo apenas um pequeno laboratório da BASF no Brasil, responsável apenas pela produção da vitamina B5. Demais disso, utilizou-se de informações prestadas pela Receita Federal (acerca de importações das substâncias em tela) para concluir que as três empresas juntas detiveram, no tocante à vitamina A, 81,4 % do mercado no ano de 1997 e 87,7% no ano de 1999. Já no que se refere à vitamina E, as mesmas empresas possuíam 86,3% do mercado em 1997 e 70,4% em 1999. Dessa forma, restava evidente a dependência do mercado brasileiro das empresas condenadas na Europa e nos Estados Unidos e, por conseguinte, haveria, com certeza, a reprodução dos efeitos do cartel no mercado brasileiro.

O Conselheiro Luis Fernando Schuartz discordou da interpretação do relator, arguindo, em resumo, que, em um processo concorrencial sancionador, deveriam haver provas incontestáveis da existência do conluio, nos termos tipificados na lei brasileira. Desse modo, defendeu, em síntese, a tese de que, para a condenação das empresas, era necessário que as condutas perpetradas pelas rés possuísse albergue em um dos elementos que, segundo ele, seriam constituintes das condutas tipificadas no art. 20 da Lei 8.884/94[26]. Arguiu que o *caput*[27] do diploma legislativo citado possui um elemento subjetivo que pode ser determinado de duas maneiras. Ou o agente tem o dolo de cometer o ilícito ou assume o risco de produzi-lo, no mercado desejado. Desse modo, deveria haver prova de que, ao tempo do cometimento do ilícito, o agente teria o dolo de cometê-lo ou teria assumido o risco de cometê-lo (tendo consciência da probabilidade de o resultado realmente acontecer), dentro do mercado brasileiro[28].

Nessa ordem de ideias, o Conselheiro acabou concluindo pela falta de um conjunto probatório apto a determinar que realmente as empresas rés tinham a intenção, ou haviam

[26] Como já referido em outra nota, a Lei 8.8884/94 foi revogada, quase em sua totalidade pela 12.529/11.
[27] Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.
[28] CADE. Caso SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann La Roche, p. 1-5 do voto do Conselheiro Luis Fernando Schaurtz.

assumido o risco de produzir o resultado, no território brasileiro. Tal voto foi o único divergente, tendo os demais conselheiros esposado o posicionamento trazido pelo relator.

O processo em tela resultou na condenação das três empresas como incursas no art. 20, incisos I a IV, combinados com as condutas dos art. 21, I, II, X e XXIV, todos da Lei 8.884/94. A La Roche foi condenada a uma multa com um valor próximo a doze milhões de reais, a BASF a uma multa de aproximadamente quatro milhões e Aventis a uma sanção monetária de um valor aproximado de oitocentos mil reais.

Uma questão interessante que foi suscitada ao longo do processo é referente ao fato de se as subsidiárias brasileiras, bem como seus dirigentes deveriam ser responsabilizados. A SDE eximiu tais agentes de responsabilidade, tendo ingressado com um recurso de ofício que foi improvido pelo CADE, mantendo a decisão da SDE. Infere-se de tal situação que havia um contexto probatório sustentando tão somente o cartel em nível internacional, sendo que os atores nacionais foram meros elos com os administradores gerais dos cartéis[29]. Dessa forma, restou evidenciado o fato de os cartéis no Brasil serem apenas uma consequência direta dos cartéis internacionais.

O caso explanado é extremamente rico na tentativa de se demonstrar a questão da transnacionalização do Direito e da mudança paradigmática no Estado Democrático de Direito e no Direito Internacional. Como se pôde observar, a autoridade antitruste brasileira adotou as decisões estadunidense e europeia, aplicando-as diretamente às empresas devido aos efeitos do cartel no mercado brasileiro. Para tornar a decisão mais interessante ainda, pode-se colocar que houve três níveis diferentes de autoridades cooperando de maneira espontânea. O Departamento de Justiça estadunidense, a Comissão Europeia (autoridade supranacional) e o CADE, autoridade administrativa (integrante do executivo brasileiro). Esse novo contorno do Direito Internacional é um canteiro extremamente fértil para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas.

2 A ATUAÇÃO FRAGMENTADA DOS ESTADOS E UM NOVO PARADIGMA NO DIREITO INTERNACIONAL

[29] Ibid., p. 19 do voto do relator.

2.1 A *International Competition Network – ICN* como um exemplo

Após a demonstração de um caso em que houve uma efetiva cooperação entre autoridades antitrustes de diversas localidades do mundo, passa-se a apreciar o modo de atuação da *International Competition Network – ICN*, da qual o CADE participa. A existência de tal organização teve como ponto de partida um Relatório do Comitê de Aconselhamento de Política da Concorrência Internacional dos Estados Unidos. A ideia lançada recebeu endosso da Comissão Europeia e de diversos profissionais reconhecidos da área da concorrência de diversas localidades[30].

O escopo da organização em apreço é ser um foro especializado em Direito Internacional da Concorrência, contribuindo para a convergência global na matéria e vem demonstrando grande aceitação entre as autoridades antitrustes no mundo[31]. No momento de sua criação, a ICN era apenas uma rede virtual que tinha o fito de reunir diversos profissionais da concorrência do mundo. Foi após a edição do *Memorandum of the International Competition Network* que ela passou a ter um caráter mais institucionalizado[32]. No entanto, até a atualidade uma de suas características principais continua sendo o contato espontâneo e informal entre autoridades antitrustes de diversos países ou regiões do globo.

Dessa forma, a "organização é voluntária e aberta a qualquer agência de concorrência nacional ou multilateral responsável pela aplicação das leis de concorrência" [33]. A ICN tem como intenção promover uma rede eficiente e efetiva no combate às práticas anticoncorrenciais, reunindo as autoridades para que elas possam trocar informações importantes para o desempenho de suas funções. Igualmente, busca junto aos setores privados e ONGs, tais como acadêmicos, associações de defesa de consumidores e associação de

[30] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.
[31] JAEGER JUNIOR, 2008, p. 189.
[32] GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 245.
[33] JAEGER JUNIOR, op. cit., p. 190.

profissionais do Direito Antitruste, entre outros, contribuições aptas a melhorar os sistemas e a própria cooperação[34].

Uma das principais características a ser levantada acerca da ICN é o fato de haver reuniões anuais[35] voltadas ao intercâmbio entre as autoridades antitrustes. A primeira reunião ocorreu em Nápolis, na Itália e a última (no ano de 2011) em Haia na Holanda[36].

De outro norte, importa salientar a existência de um grupo diretor. Esse organismo é formado por representantes de autoridades antitrustes de países desenvolvidos e em desenvolvimento, que exercem a atividade pelo período de dois anos. Nesse sentido, a principal tarefa do órgão em apreço é prestar apoio logístico às atividades da ICN. Os grupos de trabalho (que possuem expressiva importância na rede) são indicados pelo grupo diretor, ao qual cabe, também, a tarefa de fornecer material e suporte para que tais grupos possam realizar seus projetos[37]. Noutro passo, o suporte específico da logística, a ser oferecida aos participantes da rede durante as conferências anuais, cabe à autoridade que sediar a reunião[38].

Uma das principais caraterísticas da ICN é o fato de contar com diversos grupos de trabalhos em áreas específicas. Atualmente, há cinco grupos: *Advocacy*, *Agency Effectiveness*, *Cartel*, *Merger e o Unilateral Conduct*.

O *Advocacy Working Group* tem por ímpeto o aperfeiçoamento das práticas e ferramentas utilizadas pelas autoridades em suas atividades, procurando trazer maior efetividade para o ramo do Direito Antitruste. O referido grupo possui atividades como teleconferências acerca de temas específicos de concorrência (como formas de coletas de provas ou de aplicação das normas) e, também, sobre questões envolvendo problemas de mercado específicos, assim como antigos monopólios estatais e setores autorregulados. Demais disso, para aperfeiçoar os temas discutidos nesse grupo, criou-se um "*kit* de ferramentas", elaborado por experts das autoridades antitrustes componentes da ICN, com o

[34] GABAN; DOMINGUES, op. cit., p. 246.
[35] Ibid., p. 245.
[36] Informações disponíveis no sítio da instituição: <www.internationalcompetitionnetwork.org>. Acesso em 21/09/2012.
[37] GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 246.
[38] Ibid., 247.

propósito de melhorar a circulação de modelos de ferramentas antitrustes a serem utilizadas em seus respectivos territórios[39].

O *Agency Effectiveness Working Group* tem o propósito de contribuir para a efetividade da política antitruste em economias em desenvolvimento e economias em transição para o modelo de mercado. Desse modo, tem o objetivo de procurar quais os melhores meios de as autoridades concorrências atingirem seus fins na promoção de um mercado salutar[40].

O *Cartel Working Group* é um dos mais importantes da organização. Tem o objetivo de aperfeiçoar o combate a cartéis, tanto em nível nacional como internacional, mediante o intercâmbio de informações entre autoridades antitrustes, considerando os diferentes estágios de desenvolvimento que cada uma se encontra. Considerando a transnacionalização da economia, esse grupo tem uma função primordial, principalmente no que tange ao combate a cartéis transfronteiriços. Registre-se que o combate a cartéis *hardcore*, como o das vitaminas, é um dos objetivos do grupo de trabalho em apreço[41].

O *Merger Working Group* tem o escopo de estimular a troca de informações em matérias de fusões de empresas e outras operações empresariais correlatas. Nesse sentido, o propósito é o aperfeiçoamento das políticas concorrenciais nessa área que, igualmente, devido à transnacionalização da economia e das corporações, é de suma importância no cenário contemporâneo[42].

Por fim, o *Unilateral Conduct Working Group* tem o fito de estudar as condutas perpetradas por empresas dominantes ou com larga fatia de mercado. Assim, visa a analisar como funcionam e atuam as empresas que possuem poder de mercado, procurando por um meio eficaz de preservar a concorrência na presença de gigantes[43].

Com efeito, procurou-se, nessa subdivisão do trabalho, analisar como funciona uma rede internacional de natureza espontânea, formada por agências antitrustes de diferentes países (ou mesmo de blocos econômicos, como a Comissão Europeia). Assim, após a análise

[39] Informações disponíveis no sítio da instituição: <www.internationalcompetitionnetwork.org>. Acesso em 21/09/2012.
[40] Ibid.
[41] GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 250-251.
[42] Informações disponíveis no sítio da instituição: <www.internationalcompetitionnetwork.org>. Acesso em 21/09/2012.
[43] Ibid.

de um caso na primeira parte e o estudo de uma verdadeira rede de cooperação nessa seção, se passará a uma exposição de premissas mais teóricas acerca desse novo paradigma.

2.2 Os novos modos de interação jurídica no cenário internacional

Há, no cenário hodierno, diversos autores que se destacam trabalhando a questão da internacionalização do direito, por meio da atuação fragmentada do Estado. Nesse sentido, a estrutura de governança, outrora extremamente centralizada, na acepção clássica de um Estado formado por três poderes, já não subsiste mais. Na atualidade, os estados passam a contar com um número bastante elevado de autoridades reguladoras independentes (ou dotadas de certo grau de independência), ganhando destaque instituições internacionais, voltadas para a congregação dessas instituições, como a própria ICN, já referida nesse artigo.

Desse modo, primeiramente, coloque-se a questão da circulação de modelos nas decisões judiciais, o que ocorreu no caso analisado na primeira parte do trabalho. Assim, Julie Allard e Antoine Garapon constatam que é cada vez mais corriqueiro que juízes invoquem decisões proferidas por colegas estrangeiros, com a finalidade de buscar a melhor resposta ao caso concreto, sendo esta prática encontrada com maior facilidade naqueles processos considerados extremamente difíceis[44].

De outro norte, os mencionados autores continuam sua linha de raciocínio no sentido de que o princípio da soberania "não é abolido, uma vez que são os juízes que, parcialmente a detêm" [45]. Na realidade, a transferência de poder para os juízes não implica, de forma alguma, o fim de formas de controle, e consequentemente, soberania. Esse processo consiste no fato de os julgadores exercerem aquele quinhão de soberania que lhes é conferido, fazendo com que eles se afastem, no entanto, do poder estatal clássico (movimentações comuns aos Estados, como produção legislativa, aplicação subsuntiva da lei ao caso concreto, entre outros).

[44] ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**. Lisboa: Instituto Piaget Editora, 2005, p. 23.
[45] Ibid., p. 27.

Todavia, tal poder não resta prejudicado, passando a existir conjuntamente a esse comércio mundial[46].

Nesse sentido, as ideias dos autores em tela procuram explorar o fato de haver um afastamento entre o Direito e a ordem política para se aproximar dos demais sistemas jurídicos vigentes no plano global. Desse modo, "está a desenhar-se uma forma de cenário judicial mundial que demonstra que esses intercâmbios acarretam um elo social, sem que este último esteja vinculado a uma pirâmide de normas ou a uma ordem política determinada" [47]. Em outras palavras: surge uma ordem plural heteroárquica, nos dizeres de Gunther Teubner[48], já que não se pode pensar em uma hierarquia entre tais ordens globais, mas sim, em outras formas de interação.

Allard e Garapon continuam o raciocínio afirmando que este espaço descrito assemelha-se à rede teorizada por François Ost e Michel van de Kerchove, na qual a vontade do legislador perde em poder, face às novas interações entre os próprios magistrados, calcadas nesse comércio internacional de decisões. Nesse sentido, a interação em rede leva os juízes a produzir uma comunidade da qual seus membros comungam da mesma tarefa: a de julgar. Tal comunidade prescinde de hierarquia ou legitimidade, pois é apenas um mecanismo informal de comunicação entre profissionais da mesma área, mas que pelas razões expostas acaba por transformar o próprio funcionamento do Estado, mormente no que tange a relações entre os campos político e jurídico[49].

Nesse mesmo sentido, Allard e Garapon afirmam que o fundamento jurídico, antigamente adstrito à vontade política e a precedentes judiciais internos, ganham um novo contorno à medida que passa a existir um comércio transfronteiriço entre juízos iguais. No entanto, a utilização desse comércio é totalmente desvinculada de qualquer obrigação, é calcado única e exclusivamente na vontade dos magistrados em invocar decisões de colegas

[46] Ibid., p. 27
[47] Ibid., p. 32
[48] TEUBNER, Gunther. A Burkowina Global sobre pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2003, nº. 33, vol. 14, p. 20.
[49] ALLARD; GARAPON, 2005, p. 33. Em sentido parecido, também, destaca-se o texto de VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjunção entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Bolzan de. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** (anuário da pós-graduação em Direito da UNISINOS). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

distantes. Dessa forma, criam a denominação de "autoridade persuasiva" para nomear esse fenômeno, no qual indivíduos, de maneira espontânea, invocam precedentes de outros ordenamentos[50].

Nesse contexto, asseveram que os juízes têm uma função de ligar o genérico (normas legislativas) ao específico (caso concreto). No entanto, com a globalização, as lacunas no nível geral são cada vez mais corriqueiras, tornando imperativa a invocação de outros elementos. E um deles reside na busca em outros ordenamentos para que se possa chegar à resposta mais adequada possível. Dessa forma, esse comércio passa a ser de suma relevância em uma sociedade na qual os juízes gozam de independência para formular uma convicção em um contraditório pleno[51].

Com um viés mais constitucional, Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho descrevem, cada um ao seu modo, modelos de interação no mesmo sentido do que já vem sendo desenvolvido no presente trabalho.

Para Peter Häberle, está em pleno desenvolvimento o que ele denomina de Estado Constitucional Cooperativo. Dessa forma, o Estado visa à cooperação contínua com outros Estados, com comunidades de Estados e organizações internacionais, gerando um intercâmbio intenso de informações[52]. Nesse sentido, já no encerramento de suas considerações, Häberle situa os Direitos Fundamentais como grande força impulsionadora da cooperação, tendo em vista seu *locus* privilegiado como guia da aplicação do Direito. Assim, para se ter um Direito comum, deve-se ter nos Direitos fundamentais a grande base cooperativa.[53]

Canotilho descreve o fenômeno como interconstitucionalidade. Sob essa ótica visa o autor a estudar as relações entre as diversas constituições do planeta, notadamente no que tange "à concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e vários poderes constituintes"[54]. Nesse contexto, utiliza uma metáfora: "as constituições desceram do 'castelo' para a 'rede'"[55].

---

[50] Ibid., p. 72-74.
[51] Ibid., p. 107-108.
[52] HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9-10.
[53] Ibid., p. 69-70.
[54] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. Lisboa: Almedina, 2006, p. 256.
[55] Ibid., p. 269.

Um aspecto interessante de ser ressaltado é o fato de, no caso analisado na primeira parte, o intercâmbio de informações não ter ocorrido propriamente entre juízes (na acepção clássica), mas sim entre membros de autoridades em diferentes níveis. Dessa forma, os conselheiros do CADE não exercem atividade jurisdicional, mas sim, administrativa. A Comissão Europeia, igualmente, possui um caráter muito mais executivo do que jurisdicional na estrutura institucional da União Europeia. O Departamento de Justiça estadunidense, por sua vez, não é, propriamente, um órgão do poder judiciário.

Assim, percebe-se que a teoria desenvolvida pelos autores em apreço, pode ter, também, um viés mais alargado, tendo por fulcro a desagregação do Estado contemporâneo. Com efeito, se as relações internacionais não estão mais adstritas ao chefe do executivo e ao legislativo[56], os centros decisórios estão, igualmente, cada vez mais espalhados pela nova estrutura institucional dos Estados. Nesse diapasão, autoridades administrativas passam a participar desse "comércio de decisões", colaborando para a circulação de modelos, da mesma forma que o judiciário.

Nesse contexto é que é importante conferir crédito à autora estadunidense Anne-Marie Slaughter. Assim, faz-se interessante ressaltar a análise que a autora faz das novas redes de cooperação, a exemplo da ICN. Ela diferencia três formas em que elas podem se apresentar: a) a primeira é aquela relacionada à existência de organizações internacionais prévias (na acepção clássica) que conferem legitimidade à rede; b) a segunda tem lastro em acordos (ou tratados) clássicos, firmados pelos poderes centrais de governo; e, c) a terceira é aquela caracterizada justamente pela espontaneidade das relações, isto é, autoridades internacionais passam a se relacionar sem nenhum marco normativo pré-existente[57]. Essa última forma é a que acarreta maiores mutações no cenário internacional.

Outro aspecto interessante trazido pela autora refere-se aos campos de atuação dessas redes. Consoante sua doutrina, haveria três principais modelos dessas redes: a) o primeiro refere-se à rede de informações, no qual o objetivo principal da rede vem a ser a troca de informações; b) o segundo constitui-se pelas redes de *enforcement*, cujo o escopo vem a ser a

[56] Tal afirmação tem por lastro uma concepção clássica de relações internacionais (e, também de Direito Internacional), na qual caberia ao chefe do executivo manter as relações com os Estados estrangeiros e ao legislativo decidir sobre o eventual estabelecimento de tratados internacionais. Ao judiciário caberia tão somente analisar a aplicação dos tratados, como faz com as normas internas.
[57] SLAUGHTER, 2004, p. 45-50.

efetividade das políticas regulatórias em um mundo globalizado; e, c) redes de harmonização, que tem o fito de aproximar legislações vigentes no mundo[58].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo do presente artigo não é, de maneira alguma, insinuar que tentativas de equacionar o direito da concorrência em nível mundial, por intermédio de organizações consagradas como a OMC devam ser afastadas. Como já referido no introito, autores como Augusto Jaeger Junior[59] e Frederico do Valle Magalhães Marques[60], entre outros, trazem a possibilidade de um direito internacional da concorrência formalmente regulado.

Outra premissa que não pode ser afastada é a de que os poderes centrais dos Estados continuam sendo os protagonistas da formação de um Direito Internacional da Concorrência. O que se quis demonstrar é que esse protagonismo passa a ser compartilhado com outros atores, representados pelas autoridades antitrustes, dotadas de certa independência, de acadêmicos, de profissionais, enfim, de setores mais periféricos que acabam se tornando parte dos centros decisórios.

Com efeito, alguns fatores não podem ser ignorados: a) a interação informal em redes é uma realidade no Direito Internacional, constituindo-se a ICN em um valioso exemplo; b) o combate aos cartéis vem passando pela cooperação direta internacional; e, c) essas cooperações informais vêm demonstrando uma maior efetividade[61] do que as tratativas mais formais, protagonizadas pelas autoridades centrais[62].

---

[58] Ibid., p. 55-60.
[59] JAGER JUNIOR, 2008, p. 142-251.
[60] MARQUES, 2006, p. 366-369.
[61] O escopo dessa expressão é afirmar que a cooperação direta e espontânea vem causando maior impacto em casos concretos do que as tratativas formais, que não avançam, e, por consequência, não representam resultados práticos expressivos.
[62] Interessante colocar que, recentemente, o MERCOSUL parece ter caminhado para a direção da cooperação internacional em matéria concorrencial. Essa afirmação tem lastro na edição do "Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL", vinculado pela Decisão 43/2010 do Conselho Mercado Comum (CMC), que revogou o Protocolo de Fortaleza, antigo marco regulatório no âmbito antitruste do bloco. O novo regulamento possui um viés muito mais voltado para cooperação direta do que para a descrição de condutas ou de mecanismos formais, características de seu antecessor.

As redes internacionais, como bem coloca Anne-Marie Slaughter[63] são uma realidade no cenário contemporâneo. Cuida-se de algo que vem inserindo mudanças paradigmáticas na própria teoria do Direito Internacional, visto que a existência de ordens não hierarquizadas e informais constitui-se em um contraponto aos preceitos das teorias clássicas representadas, por exemplo, por Hans Kelsen[64]. Nesse contexto, ignorar esses fatos, não aperfeiçoando a teoria jurídica, é olvidar-se de um mundo fático em transformações.

Em um contexto similar, tem-se que a cooperação direta entre autoridades (não necessariamente inseridas em uma rede) é, igualmente, uma realidade. O caso do cartel das vitaminas, que teve largo espaço de dedicação nesse trabalho, é um exemplo expressivo de como decisões judiciais (ou com um certo viés de judicialidade, como as do CADE) podem se influenciar mutualmente no cenário global. Não resta dúvida, pois, de que a cooperação em redes tende a tornar o fenômeno aqui descrito cada vez mais corriqueiro no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**. Lisboa: Instituto Piaget Editora, 2005.

BINENBOJN, Gustavo. **Uma nova teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CADE. Caso SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann La Roche. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Nº. do processo: 08012.004599/1999-18. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>. Acesso em 21/09/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. Lisboa: Almedina, 2006.

COMISSÃO EUROPEIA. Caso Comissão Europeia vs F. Hoffmann-La Roche e outros. Processo nº.: COMP/E-1/37.512 – vitaminas. Disponível em:

[63] SLAUGHTER, 2003, 37-62.
[64] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 365-372.

<europa.eu.int/eurolex/pri/pt/oj/dat/2003/l_006/l_00620030110pt00010089.pdf>. Acesso em 21/09/2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Relatif et l'Universel**. Paris: Seuil, 2004.

_____. **Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal Word**. Portland: Hart Publishing, 2009.

_____. **La Refondation des pouvoir**. Paris: Seuil, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUZMAN, Andrew T. International Competition Law. **Research Handbook in International Economic Law**. In GUZMAN, Andrew T.; SYKES, Alan O. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 418-443.
Disponível em: <http://works.bepress.com/andrew_guzman/23>. Acesso em 09/6/2012.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro, 2007.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of International Law. **Michigan Journal of International law**. Michigan: University of Michigan Law School, vol. 25, 2004, p. 849-863.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

JAYME, Erik. Formação Progressiva do Direito Internacional Privado por Parte dos Juízes: A Experiência Americana e Alemã até 1986. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. v. 1, n. 1, 2 ed., Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 69-91.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008. 96 p.

_____. **Idéia de uma história universal sob um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAGGI, Bruno Oliveira; FARINA, Elizabeth Maria Marcier Querido. Cartel das vitaminas S/A. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, jan./mar. 2007, v. 13, p. 75-105.

MOROSINI, Fábio Costa. Teoria da competição regulatória. O caso da regulação ambiental. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, nº. 189, ano 48, jan./mar. 2011, p. 9-21.

NEVES, Marcelo. **Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros,
2002.

SALOMÃO FILHO. Calixto. **Direito da Concorrência: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAUGHTER. Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas da UNIMEP**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2003. Disponível online em <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf > acesso em 30/05/2011.

_____. Global Privates Regimes: Neo-spontaneous Law and dual constitution of autonomous sectors in world society?. In: Karl-Heinz (org.) **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

USDOJ. Caso United States of America vs F. Hofmann La Roche Ltda. Documento disponível em <http://www.justice.gov/atr/cases/f2400/2452.htm>. Acesso em 21/09/2012.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjunção entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Bolzan de. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** (anuário da pós-graduação em Direito da UNISINOS). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

www.internationalcompetitionnetwork.org

www.cade.gov.br

O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E NO *JUDICIAL REVIEW* NORTE-AMERICANO: UM ESTUDO COMPARADO

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND IN AMERICAN JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE STUDY

Isabella Karla Lima dos Santos

Sumário: Introdução. 1 Premissas Epistemológicas. 1 Premissas Epistemológicas. 1.1 Distinção entre os conceitos de Direito Comparado, Direito Estrangeiro, Legislação Comparada e História do Direito. 2 Os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e brasileiro. 2.1 O *Judicial Review of Legislation* dos EUA. 2.2 O Controle de Constitucionalidade no Brasil. 3 Teorias americanas sobre Interpretação Constitucional: breves apontamentos. 4 O papel do intérprete na Jurisdição Constitucional dos dois países. Conclusão. Referências

Resumo: Este trabalho busca analisar o instituto da Interpretação Constitucional no direito americano e brasileiro, de maneira comparada. Nosso objetivo é demonstrar as semelhanças e diferenças entre os dois países, no que diz respeito ao âmbito de incidência da interpretação constitucional e ao espaço de liberdade conferido ao intérprete judicial, bem como demonstrar a influência do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano (difuso) sobre o brasileiro (misto). Para tanto, iremos fazer uma breve análise conceitual sobre aspectos fundamentais ao entendimento do tema deste trabalho e, em seguida, estudaremos os modelos de controle de constitucionalidade dos dois países de modo comparado, com ênfase no papel do intérprete constitucional e o seu âmbito de atuação dentro de cada modelo. Buscamos demonstrar que o fundamental não é o modo como se interpreta a Constituição, mas o resultado obtido, que deve ser sempre a efetivação dos direitos fundamentais. Tanto o Judiciário americano quanto o brasileiro recebem críticas quanto ao caráter contramajoritário de suas decisões, contudo, deixamos claro que um Estado Democrático de Direito se faz não só através do respeito à vontade da maioria, mas também quando há a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos por meio das decisões das Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Direito Comparado; Jurisdição Constitucional; *Judicial Review of Legislation;* Interpretação Constitucional; Direitos Fundamentais.

Abstract: *This paper seeks to analyse the Constitutional Interpretation Institute in American and Brazilian Law, comparative way. Our goal is to demonstrate the similarities and differences between the two countries, with regard to the scope of constitutional interpretation and impact to the area of freedom conferred upon the court interpreter, as well as demonstrate the influence of constitutionality control model (diffuse) on the Brazilian (mixed). To this end, we will do a brief conceptual analysis on key aspects to understanding of the topic of this work and then we will study the models of judicial review of the two countries so compared with emphasis on the role of constitutional interpreter and its scope of action within each model. We seek to demonstrate that the key is not how to interpret the Constitution, but the results obtained, which should always be the practice of fundamental rights. Both the American and Brazilian Courts receive criticism about the against majority character of their decisions, however, we are clear that a democratic State of law is made not only by respecting the will of the majority, but also when there is the realization of the fundamental rights of citizens by means of decisions of Constitutional Courts.*

Keywords: *Comparative Law; Constitutional Jurisdiction; Judicial Review of Legislation; Constitutional Interpretation; Fundamental Rights.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como propósito demonstrar a relação entre o *Judicial Review of Legislation,* presente nos Estados Unidos da América, e a Jurisdição Constitucional do Brasil, em relação ao papel da interpretação constitucional, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Preliminarmente, iremos fazer algumas anotações epistemológicas, com o intuito de delimitarmos o tema, bem como para esclarecermos alguns conceitos polêmicos.

Em seguida, iremos discorrer, brevemente, sobre o sistema de controle de constitucionalidade dos dois países, de maneira comparada, para localizarmos a interpretação constitucional nesse contexto e discutirmos sobre a sua função e a sua utilização.

Nosso intuito será fixar os pontos em que os dois países se aproximam e se repelem, bem como a interferência do modelo americano sobre o brasileiro, no que diz respeito ao modo de realização do controle de constitucionalidade, como meio de garantir a Supremacia da Constituição.

A importância desse estudo deve-se ao fato de que a interpretação é da essência da atividade judicial. O *juris dictio* (dizer o direito), há muito, deixou de se resumir a aplicar literalmente a letra da lei para abranger a interpretação das normas jurídicas a fim de melhor adequá-las aos casos *in concreto*.

Montesquieu [1748], em sua obra "O Espírito das Leis", ao tratar do Judiciário, defendia que os magistrados seriam apenas *la bouche de la loie* (a boca da lei), ou seja, não caberia aos juízes interpretarem a lei, mas apenas pronunciá-la, aplicá-la ao caso concreto:

> Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. **Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor**.[1] (Com grifos nossos).

Atualmente, essa visão do juiz como mero autômato resta superada, de modo que é cediço que as normas jurídicas precisam ser interpretadas, umas mais outras menos, a

[1] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis.** Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007 [1748], p. 172.

depender do grau de generalidade que as mesmas esboçam, a fim de que possam ser aplicadas aos casos sob análise.

Nesse contexto, a interpretação é, pois, essencial à aplicação do direito, e a análise comparada desse instituto é interessante sob o ponto de vista das influências que o ordenamento jurídico americano teve sobre o brasileiro, especialmente no que diz respeito à consagração da Supremacia da Constituição.

Sobre a interpretação, J. M. Othon Sidou aduz:

> Vem daí que *interpretar* o preceito jurídico – entendido, a regra ou norma de conduta, imperativa e bilateral, que confere direitos a uns e deveres a outros, segundo um ideal de justiça – não é apenas aclarar-lhe o sentido, explicar ou exprimir seu pensamento, que vem a ser o significado lexical nas línguas neolatinas. Assim fosse, bastaria ao exegeta o arrimo a um bom dicionário. Interpretar o preceito jurídico é mais; é descobrir o direito, apontar a solução que nele está apenas implícita à espera de oportunidade para surtir efeito; e isto equivale a um esforço construtivo.[2] (Com grifos no original)

E conclui dizendo: "O intérprete do direito não é, pois, o mero investigador do preceito, mas, sobretudo, é construtor do direito que nele se contém e que ali está disposto para atender ao fim social a que se destina"[3]

1 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS

Antes de adentrarmos em qualquer estudo, é importante estabelecermos alguns pressupostos epistemológicos para que o estudo científico seja devidamente compreendido.

Esse esboço preliminar deve compreender a análise dos conceitos que servirão de base ao trabalho científico. A definição dos conceitos principais do tema é necessária em virtude das diferenças terminológicas existentes nas Ciências Sociais, especialmente na Ciência do Direito.

1.1 Distinção entre os conceitos de Direito Comparado, Direito Estrangeiro, Legislação Comparada e História do Direito

Tendo-se em vista o objeto deste estudo envolver direito comparado, é imperioso explicarmos as diferenças entre as expressões supracitadas.

[2] SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do direito aplicado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 101.
[3] SIDOU, 2003, p. 101.

É muito comum o uso do termo "direito comparado" quando, na verdade, o que está sendo feito é citar trechos do Direito Estrangeiro. A mera referência à legislação alienígena não se confunde com fazer direito comparado. "Comparar" direitos é muito mais que fazer menção a leis de outros países; envolve a análise conjunta de dois ordenamentos jurídicos, seja em sua totalidade, seja de algum de seus ramos ou dos seus institutos. Requer que sejam assinaladas as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos sob estudo. Direito Estrangeiro é, portanto, o ordenamento jurídico de outro Estado.

A Legislação Comparada tampouco se confunde com o Direito Comparado. Legislação comparada é quando se comparam apenas as leis de um sistema jurídico, contudo o ordenamento jurídico engloba muito mais que as leis. Nesse sentido, Ivo Dantas aduz que: "Quando se empreende um estudo de Direito Comparado, sua tarefa vai muito além daquele instante refletido na norma posta, já que deve analisar 'o quadro geral em que a norma se encontra', inclusive, a doutrina e a jurisprudência"[4].

Por fim, segundo o professor Ivo Dantas, o Direito Comparado também não se confunde com História Comparada, já que aquele pressupõe "sistemas jurídicos diferentes e vigentes", enquanto que esta se ocuparia de analisar "a evolução histórica de sistemas não mais vigentes, ou de um instituto, dentro do mesmo sistema"[5].

Assim, caso este trabalho tivesse o intento de analisar a interpretação constitucional em todas as constituições brasileiras, estaríamos fazendo História Comparada; se analisássemos as leis de dois ordenamentos jurídicos sobre interpretação constitucional, faríamos Legislação Comparada e se apenas fizéssemos remissões ao direito americano no que este falasse de interpretação constitucional, teríamos apenas nos referido ao direito estrangeiro (americano).

Contudo, neste trabalho nos propusemos a fazer uma análise comparada entre os ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro acerca do instituto da interpretação constitucional. Para isso, analisaremos a doutrina, a jurisprudência e a legislação dos referidos sistemas jurídicos, bem como apontaremos os traços em que se assemelham e se afastam, destacando as influências do modelo constitucional dos EUA sobre o do Brasil.

J. M. Othon Sidou[6] faz uma análise dos argumentos favoráveis e contrários ao direito comparado, dos quais destacamos, como justificativa fundamental da comparação entre ordenamentos jurídicos, o fato de que conhecer não só as leis, mas a jurisprudência e a doutrina de outros países auxilia, e muito, o trabalho dos juristas, haja vista que ele poderá verificar como outros ordenamentos resolvem determinadas questões e assim analisar se aqueles modelos servem ao ordenamento doméstico. É a ideia de aprender com as experiências dos outros, ressalvando que não se deve transpor diretamente o direito

[4] DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74.
[5] DANTAS, 2010, p. 73.
[6] SIDOU, 2003, p. 181-186.

estrangeiro para o nosso, posto que há diferenças intrínsecas que precisam ser observadas, a fim de que não se desfigure o objetivo do instituto.

2 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Não iremos nos aprofundar no estudo minucioso do Controle de Constitucionalidade dos dois países, haja vista o limite deste trabalho, de modo que apenas localizaremos a questão para adentrarmos de fato no objeto de nosso estudo, qual seja, o papel da interpretação constitucional no modelo constitucional dos EUA e do Brasil. Ou seja, analisaremos um aspecto do controle de constitucionalidade (interpretação constitucional), sem nos aprofundarmos nas demais peculiaridades.

2.1 O *Judicial Review of Legislation* dos EUA

Os Estados Unidos da América, antiga colônia inglesa, assimilaram o *Common Law***,** como gênero de sistema jurídico, contudo com algumas diferenças, especialmente porque o modelo de colonização não foi o feudal e devido à diferença de organização política entre os dois países (Monarquia Parlamentarista na Inglaterra e República Presidencialista nos Estados Unidos).

J. M. Othon Sidou[7] destaca, ainda, como razão para essa assimilação parcial americana, a distância entre a colônia e a metrópole, que dificultava a manutenção de um sistema baseado em precedentes judiciais, tendo-se em vista o desconhecimento do direito inglês pelos americanos, o que resultou num modelo de *common law* diferenciado para melhor se adequar à realidade da colônia.

Aqui falamos em *common law* inglês ou da Inglaterra, em virtude de este país ter sido o berço do referido sistema jurídico e por ter sido o colonizador dos EUA, o qual é o nosso objeto de estudo, juntamente com o Brasil. Contudo, cabe ressalvar que *Common Law* não se confunde com o direito inglês, em razão dos seguintes motivos trazidos por Ivo Dantas:

> [...] a) embora nascido na Inglaterra, o *Common Law* se aplica a vários Estados; b) não deve ser confundido como *britânico*, tendo-se em vista que esta expressão diz respeito a Grã-Bretanha, entidade política que engloba a Escócia, a qual, por sua vez, adota e está incluída no sistema românico-germânico; c) finalmente, não deve

[7] SIDOU, 2003, p. 215.

> ser identificado com a expressão *anglo-saxão*, em razão de que esta refere-se ao sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, ou seja, anterior à criação do *Common Law* naquele país.[8]

Guido Fernando Silva Soares destaca a importância da Doutrina para o estudo das normas jurídicas no direito norte-americano. Ele afirma que as *Secondary Authority* (codificações) englobam os tratados doutrinários (*treatises)*, os manuais, as revistas jurídicas, dentre outros. Recebem essa denominação em oposição à *primary authority*, a qual engloba os *case laws* (precedentes judiciais de tribunais superiores) e os *statutes* (norma escrita).[9]

Segundo Eduardo García de Enterría[10], o *Judicial Review of Legislation,* juntamente com a criação dos Estados Federados, foi a maior inovação americana em relação ao sistema do *Common Law* inglês, já que ele foi responsável por destacar a Supremacia da Constituição sobre o Parlamento.

Cappelletti dispõe:

> Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review* (*of the constitutionality of legislation*), nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do "constitucionalismo", com a concepção da supremacy of the Constitution em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições "rígidas", contrapostas às Constituições "flexíveis", ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derrogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional.[11]

Jorge Miranda, por sua vez, narra que:

> A Constituição dos Estados Unidos da América data de 1787. Porém o Direito constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental Orders of Connecticut, de 1639), integram-no, desde logo, a nível de princípios e valores ou de símbolos a

[8] DANTAS, 2010, p. 152-153.
[9] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law:*** introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 73.
[10] ENTERRÍA *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 164-165.
[11] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984 (reimpressão 1999), p. 46-47.

> Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e as outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados.[12]

Em seguida, o autor aduz que os aditamentos (*amendments*), especialmente em matéria de direitos fundamentais, têm o mesmo peso que os sete artigos originais da Constituição americana. Além disso, ele ressalta as decisões sobre interpretação e aplicação da Constituição, os costumes e as Constituições Estaduais como componentes do Direito Constitucional americano.[13]

Acerca dos direitos fundamentais, Jorge Miranda dispõe:

> Os autores da Constituição não fizeram uma enunciação dos direitos e liberdades individuais. Uns, porque a julgaram desnecessária em face das declarações já existentes nos Estados ou das regras constitucionais sobre separação de poderes. Outros, porque temiam que pudesse vir a servir para limitar as prerrogativas dos Estados em favor da União.
>
> No entanto, os 10 primeiros Aditamentos, aprovados em 1791 e inspirados nos mesmos pressupostos valorativos do texto de 1787, viriam cedo a suprir essa falta; e, mais tarde, outros viriam a completá-los.[14]

Um ponto de diferença entre o direito constitucional americano e o brasileiro é que naquele apenas os direitos, liberdades e garantias possuem Supremacia Constitucional, estando as normas sobre direitos sociais, por exemplo, reservadas à legislação ordinária. Nesse sentido:

> Com força constitucional apenas se encontram normas sobre direitos, liberdades e garantias. As normas sobre direitos econômicos, sociais e culturais – abundantes desde o New Deal do tempo do presidente Rosevelt – encontram-se a nível de legislação ordinária; e, nos últimos anos, tem-se tentado reforçar a feição mais liberal do que social do sistema.[15]

Já no modelo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagra, expressamente, não só os direitos e garantias individuais e coletivos (Título II, Capítulo I), como também os direitos sociais (Título II, Capítulo II) e os direitos políticos (Título II, Capítulo IV). Há, ainda, uma parte reservada à Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e à Ordem Social (Título VIII), possuindo todas essas normas Supremacia Constitucional.

---

[12] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais. (Tomo I). Portugal: Coimbra Editora Limitada, 1990, p. 137-138.
[13] MIRANDA, 1990, p. 138.
[14] MIRANDA, 1990, p. 143.
[15] MIRANDA, 1990, p. 144.

No controle constitucional americano vigora o modelo difuso, em que os juízes e Tribunais podem afastar a aplicação dos atos inconstitucionais em qualquer instância, quando da apreciação dos casos concretos.

Contudo, Binenbojm destaca que, ainda assim, a Suprema Corte americana continua tendo uma função de destaque, devido ao *stare decisis*, ou seja, seus julgamentos têm efeito vinculante.[16]

Sobre o controle difuso de constitucionalidade, Ivo Dantas ressalva que:

> Neste caso, cabe que se observe um detalhe: não é correto dizer-se que o magistrado (= juiz singular) declara a inconstitucionalidade. Tal só ocorrerá em decisões colegiadas, onde a mesma (decisão) terá efeitos *erga omnes* em razão do julgamento que identificou a inconstitucionalidade do ato.
>
> No primeiro caso, apenas exerce ele a função jurisdicional (*juris dictio* = dizer o direito), negando-se a aplicar a lei de natureza infraconstitucional, valorizando, em conseqüência, a Lei Maior.[17] (Com grifos no original)

Mais adiante, o autor completa: "[...] a lei deixa de ser aplicada no caso concreto e sob apreciação judicial, entretanto, continua no arsenal da legislação em vigor"[18].

Ivo Dantas[19] aduz que o controle difuso estava previsto no artigo VI, 2 da Constituição americana[20] e que, independentemente de previsão constitucional, o princípio da Supremacia da Constituição e a necessária correspondência das leis infraconstitucionais em relação à Lei Maior, restaram definitivamente consagrados com a sentença do juiz John Marshall (*Chief Justice*), no célebre caso *Marbury versus Madison (1803)*. Esta é, sem dúvida, a decisão judicial mais conhecida e citada quando se fala em controle de constitucionalidade.

Destacamos a ementa da referida decisão, em virtude de sua importância para o controle de constitucionalidade americano e mundial, já que serve de parâmetro para outros ordenamentos jurídicos:

---

[16] BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.
[17] DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 261.
[18] DANTAS, 2007, p. 261.
[19] DANTAS, 2007, p. 261-262.
[20] Eis o teor do referido dispositivo: "*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*". (Tradução livre do autor: Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados).

> **William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertorio de Cranch, 137-180)**
>
> Quando a commissão já está assignada pelo Presidente, completa-se a nomeação do funcionario; e a commissão é feita e perfeita quando o Secretario de Estado lhe ostampa o sello dos Estados Unidos. Reter a commisão assim feita e perfeita, é violar legítimo direito adquirido.
>
> O Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos é incompetente para mandar passar alvará de *mandamas*, ordenando ao Secretario de Estado entregar um documento; a Constituição não dá em taes casos jurisdicção originaria e é inconstitucional a resolução do Congresso que lh'a conferiu.
>
> Nulla é toda a lei opposta à Constituição.[21]

Sobre esse caso, Dworkin fala que:

> Em 1803, a Suprema Corte teve a oportunidade de rejeitar esse papel mais frágil. Seu presidente, John Marshall, afirmou que o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida nesse documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país.[22]

Binenbojm[23] resume bem o caso Marbury vs. Madison: John Marshall foi nomeado Presidente da Suprema Corte pelo presidente Adams, no espaço de tempo entre a derrota deste e a posse dos eleitos, e depois de ter seu nome aprovado pelo Senado, foi empossado, mas continuou no cargo anterior de Secretário de Estado do Governo Adams. Uma das funções de Marshall era entregar os títulos dos novos nomeados, contudo, ele não conseguiu entregar o título que nomeava William Marbury como Juiz de Paz no condado de Washington, Distrito de Columbia. Após a posse do novo presidente, Jefferson, este determinou ao seu Secretário de Governo que não nomeasse Marbury. Como não obteve resposta às suas reclamações junto ao novo governo, Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, a fim de ter o seu direito reconhecido.

Numa decisão extremamente articulada, Marshall anunciou o direito de Madison ao cargo, deixando clara a posição da Suprema Corte acerca da ilegalidade do ato do presidente Jefferson e do seu secretário. Contudo, o *mandamus* era denegado, em virtude de uma preliminar referente à incompetência da Corte para julgar casos como este, o que evitava uma crise entre os Poderes.[24]

---

[21] MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 1.
[22] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 426.
[23] BINENBOJM, 2004, p. 29-30.
[24] BINENBOJM, 2004, p. 30-31.

Barroso[25] destaca que após a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, o Constitucionalismo americano passou a estipular várias formas de limitar o controle de constitucionalidade, de modo que só em 1857 a Suprema Corte voltou a pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei elaborada pelo Congresso e o fez no caso *Dred Scott vs. Sandford*, em que tomou partido no debate sobre a escravidão nos Estados Unidos e declarou a inconstitucionalidade das leis federais e estaduais que conferiam cidadania aos negros, por considerá-los seres inferiores. Só muito tempo depois a Corte voltou atrás e mudou o seu posicionamento.

Sobre essa questão de mudança de posicionamentos, José Alfredo de Oliveira Baracho destaca que: "A Revolução Constitucional de 1937 produziu várias reformas de precedentes, sob o fundamento de 'erro'"[26].

Acerca das limitações ao Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Edward S. Corwin elenca que:

> A principal restrição externa ao controle judicial deriva do controle ilimitado do Congresso sobre o número de juízes que compõem a Corte Suprema e de seu controle igualmente ilimitado sobre a jurisdição recursal desta, bem como da jurisdição total dos tribunais federais inferiores. Em virtude deste último poder encontra-se o Congresso em posição de, em certos momentos, restringir o exercício do controle judicial ou até de frustrá-lo inteiramente.[27]

A própria composição da Suprema Corte americana é regulada pelo Congresso:

> Apesar de prever a Constituição uma Corte Suprema, a organização da Corte existente repousa em lei do Congresso. O número de juízes da Corte é também matéria de determinação legislativa, com a condição de não perderem o cargo os membros em função.[28]

Além disso, ele afirma que a própria Corte estabeleceu mecanismos de contenção:

> Periodicamente anunciou também a Corte certas máximas de auto-restrição, enunciadas mais em virtude do reconhecimento da natureza extraordinária do controle judicial que do próprio decoro judicial.[29]

---

[25] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178-179.
[26] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 211.
[27] CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual.** Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986 (reimpressão), p. 178-179.
[28] CORWIN, 1986 (reimpressão), p. 166.
[29] CORWIN, 1986 (reimpressão), p. 175.

Barroso[30] também trata das limitações ao controle judicial americano, dispondo que algumas estão presentes na Constituição – como a que impõe que o caso a ser analisado seja concreto, vedando-se, assim o controle abstrato – e outras foram elaboradas pela doutrina e jurisprudência da Suprema Corte, dentre as quais ele cita: restrições sobre a legitimidade para invocar um pronunciamento constitucional, sobre a ocasião em que esses questionamentos podem ser suscitados e, por fim, sobre as matérias que podem ser objeto de debate constitucional, das quais as questões políticas ficam excluídas.

Ivo Dantas resume bem os dois pontos característicos do modelo norte-americano de controle difuso:

> a) O controle de constitucionalidade pertence a qualquer juiz, de qualquer instância e em qualquer momento, desde que lhe pareça haver choque entre a norma a ser aplicada e a Constituição. Não obstante, o ápice do controle pertence à Suprema Corte, cujas decisões têm o caráter vinculante (*stare decisis*);
> b) O poder-faculdade dos juízes manifesta-se, exclusivamente, na solução do litígio que lhe é posto à decisão. Em conseqüência, não existe um procedimento específico de inconstitucionalidade, visto que esta é decidida dentro de um processo civil determinado. A solução é, pois, *no caso concreto*. [31] (Com grifos no original)

2.2 O Controle de Constitucionalidade no Brasil

Apesar de o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro ser considerado misto, por consagrar a junção do modelo americano ou difuso e do modelo concentrado ou abstrato de origem alemã, Gilmar Mendes ressalta que:

> Ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.[32]

Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade difuso caracteriza-se, segundo Gilmar Mendes, "pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja,

[30] BARROSO, 2003, p. 179-181.
[31] DANTAS, 2007, p. 263.
[32] MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário"[33].

Adiante, diz o autor que "a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo [...]"[34].

O controle difuso é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal, lembrando que, quanto a este último deve ser respeitada a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal brasileira de 1988). Também deve ser realizado nos casos concretos, quando a questão constitucional for prejudicial de mérito. Por isso, é exercido como via de exceção ou de defesa.

Já o controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade caracteriza-se por ter como objeto a análise em tese da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo.

Assim, embora o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro seja misto, houve uma prevalência do controle abstrato, junto ao Supremo Tribunal Federal, com a ampliação do rol dos legitimados a intentar a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 CF/88).

Há uma aproximação ao modelo americano também, visto que, conforme visto, apesar do controle difuso ser feito por todos os juízes e tribunais dos Estados Federados, existe a Suprema Corte nos EUA para uniformizar os entendimentos sobre os assuntos constitucionais. E lá também vigora o sistema dos *stare decisis*, isto é, da vinculação dos julgamentos. Contudo, uma diferença entre os dois sistemas é que nos EUA não há o controle em abstrato das normas, mesmo na Suprema Corte, sendo, inclusive, pressuposto do pronunciamento desta que o caso sob análise seja concreto. Já no Brasil, o Supremo Tribunal Federal aprecia também abstratamente a inconstitucionalidade ou não de lei ou ato normativo. Isso se dá pelo fato de que o modelo brasileiro tem traços do sistema difuso americano e aspectos do sistema concentrado austríaco.

Ainda sobre o *stare decisis*, J. M. Othon Sidou aduz que referido instituto tem aplicação reduzida no direito norte-americano, em relação ao *common law* inglês, "sob o argumento de que é razoável evitar a cristalização de diferenças inconciliáveis entre Estados diversos"[35]. E, em nota de rodapé[36], o autor traz, como elemento do direito norte-americano, o *syllabus*, que corresponderia às Ementas dos Acórdãos brasileiros, de modo que apenas esses resumos das decisões dos Tribunais Superiores que forem redigidos pela própria Corte Suprema gozam da autoridade do *stare decisis*.

---

[33] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 369.
[34] MENDES, 1999, p. 370.
[35] SIDOU, 2003, p. 219.
[36] SIDOU, 2003, p. 219, nota de rodapé 16.

3 TEORIAS AMERICANAS SOBRE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES APONTAMENTOS

Baracho fala sobre o papel da interpretação constitucional no *Judicial Review* americano:

> As decisões judiciais e, concretamente, a jurisprudência da Corte Suprema não só interpretam formalmente o significado das palavras da Constituição, mas lhe dão um conteúdo e aplicação que ampliam ou restringem o seu significado material e formal. Teoricamente, a judicatura haveria de limitar-se a interpretar as palavras escritas, sem qualquer acréscimo.[37]

Em seguida, Baracho dispõe sobre alguns postulados necessários ao entendimento acerca do funcionamento da Suprema Corte americana, dentre os quais, destacamos:

> Interpretação da Constituição e das leis, que decorrem do reconhecimento, de acordo com Dodd, *(Cases on Constitutional Law, St. Paul, Minn., 1954)*, de que as Constituições usam, geralmente, linguagem ampla, que logra seu sentido através da interpretação judicial. Existem cláusulas bem definidas, que apresentam um *standard objetivo*, capaz de ser aplicado por um tribunal, no que diz respeito a sua interpretação ou alcance. Outras, são amplas e pouco definidas, como as Emendas V e XIV, segundo as quais não se privará a pessoa alguma da vida, liberdade ou propriedade, sem o *devido processo legal*. [38]

Referido autor também destaca que:

> A Corte Suprema dos Estados Unidos não reconhece mais a rígida vinculação aos precedentes, especialmente em matéria constitucional, para manter a interpretação da lei fundamental. O peculiar funcionamento dos *stare decisis* é determinado pela relevante descentralização territorial das Cortes, pela pluralidade de jurisdições estaduais e uma paralela jurisdição federal.[39]

Sobre as teorias de interpretação constitucional, Barroso leciona, com propriedade:

> Nos Estados Unidos, é possível agrupar as principais teorias de interpretação constitucional sob dois grandes rótulos: interpretativismo e não interpretativismo. *Interpretativismo* é a corrente que nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizado a impor seus próprios

[37] BARACHO, 1984, p. 216.
[38] BARACHO, 1984, p. 217.
[39] BARACHO, 1984, p. 224-225.

> valores à coletividade. *Não interpretativismo* significa, ao contrário, que os intérpretes judiciais podem recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido à Constituição, como as mudanças na realidade ou os valores morais da coletividade. [40]

Em seguida, ele afirma:

> Subjacente ao interpretativismo está o ponto de vista de que juízes não são, como regra, agentes públicos eleitos e, em qualquer caso, não estão nem devem estar inseridos na dinâmica da política. Em razão disso, não deveriam ter o poder de extrair da Constituição consequências e direitos que não constem na literalidade de suas disposições ou da intenção manifesta de seus autores.[41]

Dentro do *Interpretativismo*, Barroso[42] explica que há duas vertentes: o *Textualismo*, que defende que a decisão judicial só deve se fundamentar no texto constitucional e o *Originalismo*.

Sobre o *Originalismo*, Sergio Nojiri dispõe:

> O originalismo, basicamente, sustenta que a vontade ou a intenção dos constituintes (*original intent*) é que deve determinar a interpretação da Constituição. Para essa doutrina, que muito se assemelha a dos subjetivistas, a Constituição já vem definida pela história, representando decisões políticas já escolhidas, não cabendo ao Poder Judiciário construir novos direitos não previstos. [43]

Também diz o autor que: "O momento constituinte, para os originalistas, é de fundamental relevância, chegando-se mesmo a afirmar que na promulgação da Constituição há uma *sacralização* (ou *santificação*) de ideologias norte-americanas"[44].

Jane Reis Gonçalves Pereira noticia que:

> Na história da Suprema Corte norte-americana, muitas das mais importantes decisões atinentes aos direitos individuais foram construídas sob o enfoque não interpretativo, amparando-se em valores não explicitados no texto constitucional. Basta lembrar que a próprias noção de devido processo legal substantivo – que constitui o fundamento de um elevado contingente de decisões sobre direitos fundamentais – não encontra suporte normativo expresso na Constituição daquele país[45]. [46]

---

[40] BARROSO, 2010, p. 281.
[41] BARROSO, 2010, p. 282.
[42] BARROSO, 2010, p. 282.
[43] NOJIRI, Sergio**. A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 170.
[44] NOJIRI, 2005, p. 170.
[45] Ao contrário do Brasil, em que o princípio do devido processo legal está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Barroso ainda traz novas perspectivas do constitucionalismo americano, como, por exemplo, o *Pragmatismo Judicial*:

> Trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam "bons" para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom), sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes. A melhor decisão, para o pragmatismo, é a que gera melhores consequências práticas, não a que seja mais coerente com o texto constitucional ou com seus valores fundamentais.[47]

Dworkin, por sua vez, faz dura crítica ao *Pragmatismo*:

> É possível, porém, passar por alto esse aspecto importante do pragmatismo, e devemos ter o cuidado de não cair na armadilha. Os juristas que acham que os juízes devem adotar uma atitude pragmática com relação às pretensões juridicamente tuteladas, às vezes dizem que a comunidade assim decidiu que deve ser, pelo menos tacitamente. Mais exatamente, a comunidade resolveu delegar aos juízes o poder de julgar os processos da maneira que, a seus olhos, melhor sirva aos interesses da comunidade como um todo, e de inventar, com esse objetivo em mente, teorias úteis do tipo "como se", inclusive teorias sobre a legislação e o precedente. É uma tentativa ousada de unir o pragmatismo e o convencionalismo. Faz do pragmatismo o conteúdo de uma vasta e abrangente convenção segundo a qual os juízes devem decidir seus casos de maneira pragmática. Uma vez que, na melhor das hipóteses, o convencionalismo não é uma concepção de direito mais poderosa do que o pragmatismo, esse casamento dificilmente melhoraria a situação deste último. De qualquer modo, porém, esse casamento é uma farsa.[48]

Quando falamos de interpretação constitucional, devemos ter em mente que a mesma não é apenas jurídica; ela é, também, política, haja vista que a Constituição abriga tanto os direitos e garantias mínimos fundamentais, quanto aspectos do Poder, como o estabelecimento dos procedimentos democráticos do Estado de Direito, as competências de cada um dos três Poderes, dentre outros. Assim, não há como pretendermos que a interpretação das Cortes Constitucionais seja extremamente neutra e objetiva, posto que fatores políticos estão intrinsecamente envolvidos em qualquer julgamento constitucional.

A Suprema Corte americana ainda tentou estabelecer que questões políticas não fossem objeto de sua análise, mas a verdade é que não há como afastar totalmente a Política do Direito, visto que, em alguns momentos, a barreira que os separa é bastante tênue, já que muitos aspectos do Poder estão definidos na Constituição. Entretanto, deve-se destacar que

---

[46] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais:** uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.
[47] BARROSO, 2010, p. 283-284.
[48] DWORKIN, 1999, p. 195-196.

isso não significa que o Judiciário está livre para decidir conforme queira, invadindo as competências dos outros Poderes; apenas, que cabe sim à Jurisdição Constitucional guardar e respeitar a Supremacia Constitucional e que a interpretação constitucional é um instrumento para concretizar esse princípio, que tem como objetivo implícito a concretização dos direitos fundamentais mínimos.

4 O PAPEL DO INTÉRPRETE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DOIS PAÍSES

O propósito deste trabalho é analisar, comparativamente, o papel da interpretação constitucional no direito norte-americano e no direito brasileiro, haja vista que os Estados Unidos da América em muito influenciaram o sistema jurídico do Brasil, o qual utiliza um sistema misto de controle de constitucionalidade, valendo-se do sistema abstrato ou concentrado (de origem alemã) e do sistema difuso (de procedência norte-americana).

A liberdade dos magistrados das Cortes Constitucionais é um tema bastante discutido, haja vista que muitos defendem que eles não teriam legitimidade democrática para decidirem questões relativas aos direitos mais fundamentais da sociedade. Para os críticos da Jurisdição Constitucional, essas questões deveriam ser decididas pelo Legislativo, já que este Poder representaria a vontade do povo.

Sobre o assunto, Barroso leciona que:

> Nos Estados Unidos tem-se travado, nos últimos anos, uma ampla discussão sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e seus limites. Sustenta-se que os agentes do Executivo e do Legislativo, além de ungidos pela vontade popular, sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos. Daí afirmar-se que o controle judicial da atuação dos outros Poderes dá lugar ao que se denominou "countermajoritarian difficulty". Notadamente os segmentos conservadores têm questionado o avanço dos tribunais sobre espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político.[49]

No mesmo sentido, Marianna Montebello pontua que:

> Muito embora o judicial *review of legislation* seja prática que remonta ao ano de 1803, no famoso caso Marbury *versus* Madison, fato é que os discursos dos maitre-penseurs da atualidade comprovam que tal instituto ainda hoje levanta algumas

[49] BARROSO, 2003, p. 168.

> perplexidades, sempre com destaque para a dificuldade contramajoritária que suscita.[50]

Esse tema é polêmico tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, haja vista que a principal objeção levantada pelos críticos, qual seja, a falta de legitimidade democrática das decisões judiciais, aplica-se aos dois países.

A discussão recorrente é que quanto maior o espaço de criação dado aos juízes, menor a atuação do Legislativo, que é o poder eleito pelo povo, representante máximo da Democracia. Ocorre que é notório que não há democracia sem respeito aos direitos fundamentais, vide os exemplos traumáticos do Nazismo na Alemanha, em que Hitler chegou ao poder através de mecanismos democráticos, mas causou o estrago por todos nós conhecido. Assim, é que a questão não deve ser Justiça *versus* Segurança e, sim, a busca por Justiça *e* Segurança. Isto é, deve-se buscar a melhor coexistência entre esses dois valores tão essenciais para a sociedade.

Sobre o tema, Dworkin suscita algumas questões que nos fazem repensar essa obsessão pela vontade da maioria como sinônimo de Democracia:

> [...] Devemos realmente ficar embaraçados porque, segundo nossa versão de democracia, um tribunal nomeado deve decidir para todos algumas questões de moralidade política? Talvez – mas essa é uma questão muito mais complexa do que muitas vezes se reconhece. Se renunciarmos à idéia de que existe uma forma canônica de democracia, então devemos também renunciar à idéia de que a revisão judicial está errada porque compromete inevitavelmente a democracia. Não decorre daí que a revisão judicial seja correta. Apenas que a questão não pode ser decidida por rótulos. Os melhores princípios de moralidade política exigem que sempre se atenda à vontade da maioria? A pergunta responde a si mesma.[51]

Gustavo Binenbojm aproxima as teorias de Habermas e Dworkin sobre a jurisdição constitucional, demonstrando que uma Democracia de fato é aquela que não só respeita o procedimento democrático como garante os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias:

> Importa ressaltar, para os fins aqui visados, que direitos fundamentais e democracia, tanto para Dworkin como para Habermas, convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, parece correta a assertiva de que só há democracia onde se respeitam os direitos fundamentais do homem; inversamente, só há espaço para a afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático. São faces da mesma moeda.

---

[50] MONTEBELLO, Marianna. Estudo sobre a teoria da revisão judicial no Constitucionalismo norte-americano – a abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano**. VIEIRA, José Ribas. (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 96.

[51] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. Sao Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101.

> Assim, não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se.[52]

Acerca da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional e do papel desta, no Estado Democrático de Direito, em conciliar os ideais da Democracia (soberania do povo e vontade da maioria) e do Estado de Direito (juridicização do poder e garantia dos direitos fundamentais), Binenbojm assinala, com maestria, que:

> Assim, embora consagrando a democracia e o princípio da soberania popular, as Constituições modernas dispõem sobre a *forma* a ser observada para a manifestação da vontade majoritária e sobre *conteúdos mínimos* que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la. Assumindo a democracia como um *jogo*, a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o *árbitro* do jogo democrático.[53]

No que diz respeito às influências do modelo constitucional dos EUA no Brasil:

> Há que se distinguir, na difusão do Direito constitucional norte-americano, transplantações globais e parciais. As primeiras deram-se, por imitação, para os países de língua espanhola da América após a Independência e para o Brasil após a proclamação da república e, por imposição, para os países que estiveram sob o domínio dos Estados Unidos (Libéria, Filipinas, Coreia do Sul). As segundas deram-se para numerosos outros países em diversas épocas.[54]

Assim, temos que os Estados Unidos da América inovaram o Constitucionalismo ao colocarem a Supremacia da Constituição no centro de suas preocupações, afastando-se do modelo inglês no qual o Parlamento destacava-se. O controle de constitucionalidade decorre da supremacia da Constituição, a fim de garantir que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com os preceitos constitucionais.

Ivo Dantas diferencia Supremacia Constitucional de *Supralegalidade* Constitucional, por entender que Supremacia Constitucional seria um conceito de ordem sociológica, apenas localizando a norma constitucional num lugar de destaque na hierarquia normativa, enquanto que a *Supralegalidade* Constitucional seria objeto de estudo do direito, por representar o mecanismo que a própria Constituição desenvolve para garantir a sua observância pelas normas inferiores. Nesse sentido:

---

[52] BINENBOJM, 2004, p. 117-118.
[53] BINENBOJM, 2004, p. 48.
[54] MIRANDA, 1990, p. 153.

> Quanto à supralegalidade da Constituição, que temos analisado em diversos trabalhos, podemos afirmar que é ela a garantia jurídica oferecida àquelas matérias a que a Constituição confere uma supremacia ou superioridade – opção política – frente às demais que o ordenamento regula, e isto por entendê-las essenciais ou fundamentais à própria configuração ou estrutura do Estado, ou à estabilidade social do grupo que a elas deverá submeter sua conduta coletiva e/ou individual de seus membros.[55]

Nesse sentido, como pressupostos do controle de constitucionalidade, ele refere-se:

> a) ao fato de que, sendo a Constituição oriunda de um *superpoder – o Poder Constituinte* – nela estão inseridos os *valores supremos* consagrados pela sociedade para a qual seu texto foi elaborado. Disto decorre a conseqüência de que seu conteúdo só possa ser modificado por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos. É o caráter de *rigidez* que, em geral, marca aquela espécie legislativa;
> b) à característica de *Supralegalidade* que identifica a norma constitucional, distinguindo-a, em conseqüência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, soma-se a obrigação inarredável de que todas as normas e atos do sistema devem estar, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos inseridos na Constituição. Como, na prática, tal não ocorre nem sempre de forma espontânea, necessário se faz que a própria Constituição estabeleça a existência de órgãos, processos e procedimentos que garantam esta adequação formal e material da Lei e Atos à vontade expressa pelo *Poder Constituinte*.[56] (Com grifos no original)

Nesse contexto, a interpretação constitucional assume papel de destaque, posto que tanto os membros da Suprema Corte norte-americana, quanto os ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro precisam utilizar métodos interpretativos para extrair do texto constitucional o máximo que puderem, concretizando, desse modo, os direitos fundamentais e o Estado de Direito.

Assim:

> Nessa linha de raciocínio, a interpretação constitucional é efetivada pelo Poder Executivo, que deve pautar-se pelos comandos constitucionais ao desempenhar as atividades políticas e administrativas inerentes às suas competências. Da mesma forma, interpretar a Constituição é indispensável para o exercício das funções típicas e atípicas do Poder Legislativo: O Parlamento está adstrito ao texto constitucional sob todos os ângulos de sua atuação, devendo observá-lo ao estruturar-se

[55] DANTAS, 2010, p. 166.
[56] DANTAS, 2007, p. 231-232.

> internamente; ao exercer as funções de fiscalização e investigação; ao julgar – nas infrações políticas – os membros de poder; e, sobretudo, ao elaborar as leis. [57]

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou estudar a Jurisdição Constitucional brasileira e norte-americana, especialmente no tocante ao papel da interpretação constitucional, como meio de garantir a efetivação dos direitos fundamentais nos dois países.

Fizemos uma análise comparada, apontando as semelhanças e as diferenças entre o *Judicial Review* dos EUA e o modelo misto do Brasil, com destaque para a influência do primeiro sobre o segundo.

Trabalhamos as vertentes interpretativas americanas para demonstrar que o fundamental não é o modo como se interpreta a Constituição e, sim, o resultado alcançado, que deve ser sempre a efetivação dos direitos fundamentais.

Restou demonstrado que as críticas feitas ao Judiciário americano também o são aqui no Brasil, haja vista que o principal argumento contra a Jurisdição Constitucional seria a ausência de legitimidade democrática do Judiciário para discutir questões fundamentais para a sociedade, as quais deveriam ser tratadas pelo Legislativo, que é o representante da vontade popular. Contudo, partilhamos do entendimento de que o importante para se alcançar a Democracia de Direito é o respeito não só à vontade da maioria, mas também a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos através das decisões das Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

[57] PEREIRA, 2006, p. 56-57.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984 (reimpressão 1999).

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986 (reimpressão).
DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.
_____. **Novo Direito Constitucional Comparado**. Curitiba: Juruá, 2010.
DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. Sao Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: preliminares**, o Estado e os Sistemas Constitucionais. (Tomo I). Portugal: Coimbra Editora Limitada, 1990.

MONTEBELLO, Marianna. Estudo sobre a teoria da revisão judicial no Constitucionalismo norte-americano – a abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano**. VIEIRA, José Ribas. (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93-121.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007 [1748].

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POSSENTI, Sírio. **O dado *dado* e o dado dado. Os limites do discurso**. Curitiba: Criar, 2004.

SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do direito aplicado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law:*** introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ESTUDO SOBRE AS OPINIÕES CONSULTIVAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL: A (IM)POSSIBILIDADE DE CIRCULAÇÃO DA PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA

STUDY ON THE ADVISORY OPINIONS OF THE PERMANENT REVISION COURT OF MERCOSUR: THE (IM)POSSIBILITY OF CIRCULATION OF THE SUPREMACY OF EUROPEAN LAW IN SOUTH AMERICAN INTEGRATION

Joséli Fiorin Gomes

Sumário: Introdução. 1 A primazia do direito europeu: A afirmação de elemento peculiar da ordem européia no caso Costa vs. ENEL. 2 A circulação do elemento do direito europeu da primazia no MERCOSUL: exame a partir das Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

***Resumo**: A integração regional é elemento inegável da realidade atual. Com isso, relevante é a compreensão do direito da integração. Desse modo, objetiva-se efetuar estudo comparativo entre os direitos da União Européia (UE) e do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), para, pelo exame das diferenças e semelhanças entre os blocos regionais, analisar a possibilidade ou não de se adotar a característica de primazia europeia no âmbito do bloco mercosulino. Nesse sentido, pretende-se apontar que este elemento possibilitou o desenvolvimento jurídico da UE. Com isso, a partir das premissas ali postas, são examinadas as Opiniões Consultivas n. 01/2007, n. 01/2008 e n. 01/2009, do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do MERCOSUL, para tratar da viabilidade de circulação daquele elemento europeu neste bloco, verificando as dificuldades para tanto.*

***Palavras-chave:** Primazia; Direito da Integração; União Europeia; MERCOSUL; Opiniões Consultivas.*

Abstract: Regional integration is an undeniable element of current reality. In sight of that, understanding integration law is relevant. Thereby, the paper aims to establish a comparative study between the law of European Union (EU) and of Southern Common Market (MERCOSUR), in order to, by examining their differences and similarities, analyze whether or not to adopt EU law feature of supremacy within MERCOSUR. In this sense, it is intended to point out that the supremacy of EU law had allowed its legal development. Hence, from the assumptions made here, the Advisory Opinions n. 01/2007, n. 01/2008 and n. 01/2009, of the Permanent Revision Court (PRC) of MERCOSUR, are examined to discuss the feasibility of circulation of that European element in this block, verifying difficulties to do so.

Keywords: Supremacy; Integration Law; European Union; MERCOSUR; Advisory Opinions.

INTRODUÇÃO

Os processos de integração regional são elemento inegável da realidade contemporânea, exercendo influência sobre os Estados, já que, ao serem dotados de estrutura institucional, produzem direito próprio. Nesse contexto, surge o direito da integração. Em face disso, é relevante o seu estudo, importando analisar as suas características.

Desse modo, o trabalho objetiva efetuar estudo comparativo entre as características dos direitos da União Européia (UE) e do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), para, pelo

exame das diferenças e semelhanças entre os blocos regionais, analisar a possibilidade de se adotar elemento do direito europeu no bloco mercosulino. Nesse sentido, pretende-se apontar um elemento de relevante distinção do direito da EU, que possibilitou seu desenvolvimento, para, então, tratar da viabilidade de sua circulação no bloco mercosulino.

Portanto, a primeira parte do artigo analisa a característica da primazia, que determinou a peculiaridade da ordem jurídica da UE. Estabelecida esta premissa, a segunda parte perquire sobre a possibilidade de sua circulação no MERCOSUL, mediante o exame das Opiniões Consultivas n. 01/2007, n. 01/2008 e n. 01/2009, do TPR, em que se defende a prevalência do direito da integração mercosulina em face das leis dos Estados Partes. Frente a isso, avaliar-se-á se, efetivamente, é possível adotar a característica europeia no MERCOSUL, tendo em vista as diferenças estruturais entre os blocos. É o que segue.

1 A PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU: A AFIRMAÇÃO DE ELEMENTO PECULIAR DA ORDEM EUROPÉIA NO CASO *COSTA VS. ENEL*

Nos últimos séculos, mudanças em diversas searas ocorreram, trazendo uma maior internacionalização à regulação da vida em sociedade. Esta dinâmica impôs, então, a busca pela integração reginal. Nesse contexto, o exemplo mais desenvolvido é o da União Européia.[1] Esta decorre do ressurgimento de antiga ideia de unidade europeia[2], posta em prática no pós-guerra, ao se verificar que o enfrentamento da situação exigia a conjugação de esforços.

Em função disso, a União Europeia foi dotada de caráter diferenciado das demais Organizações Internacionais[3] (SEITENFUS; VENTURA, 2003, p. 86-89). Este caráter é a supranacionalidade, um "...poder real e autônomo, distinto do poder dos Estados, posto a

[1] COSTA, Olivier; BRACK, Nathalie. **Sistema decisório da União Européia**. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 7.
[2] QUEYRENNE, Maximilien. La construction européenne – un processus heurté. In: JOUNO, Thurian. (coord.). **Questions européennes** – Le droit et les politiques de l'Union. Paris: PUF, 2009, p. 9.
[3] SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86-89.

serviço de objetivos comuns a vários Estados"[4]. Ou seja, significa "a constituição de uma esfera de jurisdição, gestão e principiologia diferenciadas das ordens nacionais".[5]

Nessa linha, o direito europeu, chamado, inicialmente, de direito comunitário, adquiriu feição de "tertius genus, em relação à divisão clássica nacional/internacional"[6]. A sua conformação foi peculiar, pela singularidade de suas fontes, com uso do direito comparado, em soluções construídas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)[7].

Em face disso, o TJCE agiu, nos primórdios, como "motor da integração"[8], fundando os alicerces da nova ordem jurídica, determinando traço distintivo desta. Este traço foi estabelecido no julgamento do Caso 06/64, conhecido como Costa vs. ENEL[9], e se referiu à posição do direito europeu em face das ordens jurídicas dos Estados, para solucionar os conflitos que surgiram entre estas e o quadro comunitário, determinando-se a prevalência deste sobre aquelas, pelo princípio da primazia.

O Caso 06/64 decorreu de ação proposta por Flaminio Costa em face do Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL), na qual aquele impugnava uma fatura de energia elétrica cobrada pela ré, alegando que a Lei n. 1643, de 06 de dezembro de 1962, e seus subseqüentes decretos, que nacionalizaram a produção e distribuição de energia elétrica na Itália, criando a pessoa jurídica ENEL, teriam infringido os arts. 37, 53, 93 e 102, do TCE. Em razão disso, requereu ao juízo milanês que, por reenvio prejudicial[10], requisitasse ao TJCE a interpretação das normas de direito comunitário, o que fora aceito.

---

[4] PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración** – nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Buenos Aires, 1989, p. 45.

[5] VENTURA, Deisy. **A ordem jurídica do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 27-28.

[6] FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 4.

[7] FRADERA, 2010, p. 8.

[8] ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración**. Córdoba: Advocatus, 2008, p. 17-18.

[9] UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. **Acórdão de 15 de julho de 1964, Caso 06/64.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CO0006:EN:PDF>. Acesso em 24 ago. 2011.

[10] O reenvio prejudicial é instrumento que permite a uma jurisdição nacional interrogar o TJCE (hoje TJUE) sobre a interpretação ou a validade do Direito europeu. Ou seja, qualquer jurisdição nacional, que deva dirimir um litígio no qual a aplicação de uma norma jurídica européia suscite dúvidas (litígio principal), pode dirigir-se ao Tribunal de Justiça para resolver estas dúvidas. Não se trata, assim, de recurso. A decisão do Tribunal se

O TJCE pronunciou-se, considerando que a questão colocada pelo juízo italiano era admissível, porque se relacionava à interpretação do Tratado, não podendo uma medida unilateral de um Estado membro ter precedência sobre o direito comunitário. Para tanto, a Corte fundamentou sua decisão no seguinte sentido:

> "Ao contrário dos tratados internacionais comuns, o Tratado CEE criou seu próprio sistema jurídico, o qual, com a entrada em vigor do Tratado, se tornou uma parte integral da ordem jurídica dos Estados Membros e que seus tribunais estão obrigados a aplicar.
> [...]
> Resulta de todas essas observações que o direito decorrente do Tratado, uma fonte independente de direito, não pode, pela sua natureza especial e original, ser substituído por disposições nacionais, de qualquer espécie, sem ser privado de seu caráter como direito comunitário e sem a própria base legal da Comunidade ser posta em xeque.
> A transferência pelos Estados de direitos e obrigações surgidos do Tratado de seu sistema jurídico interno para o sistema jurídico da Comunidade traz consigo uma permanente limitação de seus direitos soberanos, contra o que um ato unilateral posterior incompatível com o conceito de Comunidade não pode prevalecer."[11]

Com base nisso, o TJCE determinou que, quando em conflito com normas nacionais, deveria prevalecer o direito comunitário. Era imperioso, então, que prevalecesse o direito comunitário pelos interesses comuns que representava, porque a atuação conjunta exigida pela Comunidade precisava ser orientada e regrada por uma ordem jurídica própria. Essa ordem própria deveria ser imposta de modo idêntico a todos os seus participantes, buscando afirmar a igualdade entre eles, a fim de que as competências cedidas pelos Estados pudessem ser exercidas pela autoridade comum sem serem obstaculizadas por interesses particulares de um ou outro signatário do Tratado. Para tanto, a proeminência da ordem jurídica da integração precisou ser invocada "a favor de todo o direito comunitário, tanto primário como derivado, e frente a todas as normas de direito interno, inclusive as constitucionais"[12].

---

restringe aos elementos da pergunta e vincula todas as jurisdições nacionais dos Estados Membros da UE. Ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional** - Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito *processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para a sua adoção no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.*

[11] UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 593-594.

[12] OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (coord.). **MERCOSUL**, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 41.

No entanto, a afirmação da primazia do direito comunitário sobre as normas dos Estados não significou o estabelecimento de hierarquia entre as ordens jurídicas comunitária e interna. Isso porque "o processo de integração européia e a natureza peculiar da relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais desafiam esta concepção hierárquica do direito"[13]. Nesse diapasão, não cabe falar em superioridade propriamente dita da uma ordem sobre a outra, nem se pode tratar efetivamente de um conflito entre estas, pois as normas nacionais se aplicam nos âmbitos de competência soberana dos Estados, enquanto que o direito comunitário se aplica plenamente às searas de competências atribuídas por estes à UE, não lhes sendo possível impedir os efeitos das normas comunitárias válidas.[14]

Assim, com base nessa visão é que a Corte decidiu que caberia ao juiz nacional descartar a norma nacional contrária à norma europeia, sem aguardar qualquer medida legislativa ou constitucional para sua revogação formal, estabelecendo a vinculação do órgão judiciário nacional ao direito comunitário, tendo obrigação em aplicá-lo integralmente, mesmo em detrimento das leis internas. E, isto se deu por "...uma derivação lógica da natureza particular da ordem jurídica comunitária, na qual os Estados Membros deixaram de exercer competências ao atribuí-las às instituições comunitárias"[15].

A partir da construção jurisprudencial da primazia do direito europeu sobre as normas nacionais, este princípio foi, recentemente, inscrito no Tratado de Lisboa, na Declaração n. 17, anexa a este.[16] Portanto, tendo em vista a importância assumida por este princípio, pode-se afirmar que se constituiu em

[13] POIARES MADURO, Miguel. O *superávit* democrático europeu. **Análise Social**, vol. XXXVI (158-159), p. 119-152, 2001, p. 144.

[14] MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Tecnos, 2010, p. 420.

[15] PIZZOLO, Calogero. **Derecho y Integración Regional:** Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 126.

[16] UNIÃO EUROPÉIA. **Versão consolidada do Tratado da União Européia e do Tratado que institui a Comunidade Européia.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/ce321/ce32120061229pt00010331.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2011.

> "...exigência fundamental numa ordem de integração. Reconhecer qualquer eficácia de uma manifestação de vontade de autoridade nacional, que seria contrária às regras comuns, colocaria em risco toda a estrutura desejada pelos Estados, autores do Tratados. Essa atitude poderia prejudicar a confiança mútua e arruinar as chances de progresso comunitário."[17]

Assim, tendo-se estudado a primazia das normas europeias, foi possível verificar que, em função dessa característica particular, o direito comunitário foi consolidado e obteve, durante todo o período de desenvolvimento da integração europeia, acentuada eficácia, permitindo atingir os objetivos desta, em termos de construção jurídica e afirmação estrutural.

Com isso, sua conformação serve de inspiração e modelo para os demais blocos regionais no cenário internacional, especialmente no que tange à América Latina, devido à herança jurídica decorrente da colonização européia desta área. Tal situação, nesse viés, coloca o problema da circulação do modelo europeu, já que a importação de soluções estrangeiras bem sucedidas, pela via de estudos comparativos, é práxis comum nos países que se encontram em volta da experiência pioneira[18]. Portanto, cabe, já que o MERCOSUL se insere nesse contexto, perquirir sobre a possibilidade ou não de circulação da primazia do direito europeu para o direito deste bloco, analisando-se as dificuldades existentes para tanto.

2 A CIRCULAÇÃO DO ELEMENTO DO DIREITO EUROPEU DA PRIMAZIA NO MERCOSUL: EXAME A PARTIR DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

Visto na primeira seção que o direito da integração, no modelo europeu, assumiu feições autônomas frente ao direito internacional geral, adquirindo uma posição de primazia em face dos direitos internos dos Estados Membros, verificou-se que esta característica é elemento cerne ao desenvolvimento acentuado do direito da UE.

Diante disso, no mesmo contexto em que se construiu a integração europeia, ainda que com intento diverso, mais marcado pelo impulso ao crescimento econômico, sem forte caráter político, insere-se a criação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o qual se

[17] LOUIS, Jean-Victor. **L'ordre juridique communautaire**. 3. ed. Luxemburgo: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1986, p. 139.
[18] BADIE, Bertrand. **L'État importe** – L'occidentalisation de l'ordre juridique. França : Fayard, 1992, p. 31.

inspirou no modelo europeu. Frente a isso, é necessário realizar estudo comparado, para compreender se é possível a circulação da primazia do direito da UE à integração mercosulina, para que o direito deste produzido passe a apresentar o tipo de efetividade alcançada no bloco europeu.

Para tanto, analisar-se-á a Opinião Consultiva (OC) n. 01/2007, emitida pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do MERCOSUL, decisão paradigmática em que tal questão foi diretamente enfrentada, bem como seus reflexos nas OCs seguintes, de n. 01/2008 e n. 01/2009. Com isso, verificar-se-á se esta possibilidade apresenta ou não viabilidade.

A OC n. 01/2007[19] (MERCOSUL, 2011a), emitida pelo TPR, apresenta grande relevância para o exame do direito proveniente deste bloco, pois enfrenta, de modo direto, a questão relativa à possibilidade de prevalência deste direito em face dos ordenamentos internos dos seus Estados Partes, bem como frente ao direito internacional, nas suas vertentes pública e privada, e à ordem pública interna e internacional. Ainda, este parecer sobre a interpretação do direito mercosulino tem importância por utilizar como fundamento e paradigma a característica do direito da UE, analisada na primeira seção do trabalho. Contudo, antes de examinar a decisão, necessário se faz abordar a estrutura institucional do MERCOSUL, com foco no seu sistema de solução de controvérsias, conceituando as Opiniões Consultivas, a fim de estabelecer o quadro em que tal deliberação foi proferida.

O MERCOSUL, criado pelo Tratado de Assunção (TA)[20], foi estruturado sob base intergovernamental. Este caráter institucional, disposto no Protocolo de Ouro Preto (POP)[21], determinou que o bloco tivesse como órgãos com capacidade decisória o Conselho Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM)[22].

---

[19] MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2007, de 03 de abril de 2007.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2011.

[20] MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>. Acesso em: 29 abr. 2011.

[21] MERCOSUL. **Protocolo de Ouro Preto.** Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>**.** Acesso em: 29 abr. 2011.

[22] Ainda, o MERCOSUL apresentaria outros órgãos, conforme prevê o art. 1º, POP, quais sejam: a) Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), hoje substituída pelo Parlamento do MERCOSUL; b) Foro Consultivo

Estes órgãos, pela sua natureza, não se configuram em autoridades autônomas, mas são compostos pelas representações dos Estados Partes, sendo integrados por funcionários destes, com os quais mantêm uma relação de dependência ou subordinação, ao atuarem em prol de seus interesses[23]. Isso se dá porque o bloco foi concebido como um "projeto aberto"[24], que deveria evoluir gradualmente, sendo esta concepção dinâmica que justificaria a opção por tal estrutura. Com isso, a estrutura institucional do bloco é tida "...como acolhendo o interesse dos países signatários em manter uma ampla liberdade de ação e sem se submeter a uma ingerência acima das esferas governamentais."[25]. Então, o bloco não é supranacional, e, por isso, suas normas não se introduzem automaticamente nas ordens internas dos Estados[26].

Tendo em vista isso, pode-se examinar o sistema de solução de controvérsias do bloco, a fim de situar a esfera de atuação em que as OCs do TPR se inserem. Inicialmente, o sistema de solução de controvérsias fora instituído pelo Anexo III ao TA, que estabeleceu um sistema simples e provisório, baseado na autocomposição e conciliação, circunscrito às controvérsias entre os Estados Partes, o qual, em seguida, foi substituído pelo sistema do Protocolo de Brasília (PB)[27], que também seria provisório. Este sistema, acessível aos Estados e aos particulares, representados pelas Seções Nacionais do GMC, era calcado em negociações diretas, com intervenção do GMC, se preciso, e, caso resultassem infrutíferas estas, num procedimento arbitral perante Tribunal *Ad Hoc*.

Econômico-Social (FCES); c) Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM), substituída pela Secretaria Técnica, que passou a ser denominada simplesmente de Secretaria do MERCOSUL (SM). Além disso, o bloco sofreu modificações em sua estrutura originária, pela necessidade de avançar no seu fortalecimento, tendo sido criados o Foro de Consulta e Concertação Política (FCCP) e a Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL (CRPM), como órgãos auxiliares ao CMC.

[23] MANGAS MARTÍN, Araceli. Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada. **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, p. 3

[24] PIZZOLO, 2010, p. 528.

[25] PIZZOLO, 2010, p. 531.

[26] BIASCO, Emilio. Federalismo y Mercosur: adaptación de las Constituciones al Mercosur. In: CASSAGNE, Juan Carlos (coord.). **Derecho administrativo**: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 107-156.

[27] MERCOSUL. **Protocolo de Brasília**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-brasilia>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Em face disso, para aperfeiçoar este sistema de solução de controvérsias, instituiu-se modificações importantes pelo Protocolo de Olivos (PO)[28], de 2002, que entrou em vigor em 2004. Este inovou ao estabelecer a eleição de foro, constituiu o TPR, com competências originária e recursal, e a faculdade ao CMC de estabelecer mecanismos para solicitação de OCs, entre outras alterações.

Nesse passo, a Dec. n. CMC n. 37/2003[29], relativa ao Regulamento do PO, constituiu o mecanismo das OCs para a formulação de questões ao TPR sobre interpretação, aplicação e não cumprimento da normativa do bloco. Estas podem ser apresentadas perante o TPR, por petição escrita, pelos Estados Partes e órgãos do bloco, sobre qualquer questão jurídica relativa ao TA, ao POP, aos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, à normativa do CMC, GMC e CCM, bem como pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional, estes quanto a causas que se vinculem à interpretação da normativa MERCOSUL e que tramitem no Judiciário do Estado solicitante.

No que se refere a seus efeitos, as OCs, apesar de serem instrumentos de uniformização da interpretação do direito do bloco, não são vinculantes nem obrigatórias. Isso porque se optou por manter um sistema de solução de controvérsias internacional clássico, calcado em negociações diplomáticas e arbitragem, não judicial.[30]

Nesse sentido, por se tratar o TPR, ao mesmo tempo, de instância originária e de revisão, já que se manteve o procedimento inicial de negociações diretas e arbitragem, apenas é adequado, na estrutura intergovernamental do bloco, que as OCs não sejam obrigatórias, nem vinculantes aos Estados Partes[31]. Este é o contexto da OC n. 01/2007, do TPR.

---

[28] MERCOSUL. **Protocolo de Olivos.** Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/olivos/polivosText_p.asp#Preambulo>. Acesso em: 20 jul. 2010.

[29] MERCOSUL. **Decisão CMC n. 37/2003.** Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/579/1/secretaria/decisiones_2003>. Acesso em: 20 jul. 2010.

[30] ZANOTO, Josianne. A **funcionalidade do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul:** entre o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. 2006. Dissertação. (Mestrado em Integração Latino-Americana). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil, 2006, p. 19.

[31] OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. El Perfeccionamiento del Mercosur como Condición Esencial de la Relación con la Unión Europea. In: BASSO, Maristela (org.). **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007, p. 348.

A OC n. 01/2007 foi gerada por petição apresentada pela Juíza de Primeira Instância Cível e Comercial do Primeiro Turno da jurisdição de Assunção, Paraguai, quanto à ação indenizatória movida por *Norte S.A. Imp. Exp.*, empresa paraguaia, em face de *Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária*, empresa argentina. Neste litígio, a ré argentina opôs exceção de incompetência do juízo, sustentando que deveria ser aplicado o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Decisão CMC n. 01/94) (PBA), afastando-se a Lei paraguaia n. 194/93, porque haveria primazia do tratado mercosulino sobre a lei nacional, devendo ser respeitado o foro contratualmente eleito, conforme o art. 4º, PBA, internalizado no Paraguai pela Lei n. 597/95, posterior àquela lei.

Em face disso, ocorrida dúvida quanto à interpretação e aplicabilidade da normativa do MERCOSUL, a juíza paraguaia apresentou, via Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, pedido para emissão de Opinião Consultiva ao TPR. Então, o TPR emitiu seu parecer, no qual o Relator estabeleceu a admissibilidade do pedido, e em que, quanto à questão de fundo, reconheceram os árbitros, por unanimidade, a prevalência das normas do bloco sobre as normas do direito interno dos Estados Partes[32].

Para fundamentar tal entendimento, o Relator, Fernández de Brix, citou doutrina relativa ao direito europeu, mencionando especificamente o Caso *Costa vs. ENEL*, bem como doutrina que compara aquele direito ao do MERCOSUL. Ademais, o árbitro sustentou a prevalência do direito da integração sobre o direito internacional público e privado, sob o argumento de que aquele adquiriria, a partir de sua entrada em vigor, autonomia e independência em face do ordenamento internacional. Também, afirmou a prevalência do direito da integração mercosulino sobre a ordem pública nacional e internacional, pois estas seriam "enriquecidas" por uma ordem pública regional, devendo ser interpretadas à luz das normas que a compõem.[33]

Este voto foi acompanhado pelo do árbitro Becerra, o qual, por sua vez, apesar de admitir que "...no bloco de constitucionalidade do MERCOSUL não se estabelece a

[32] MERCOSUL, 2011.
[33] MERCOSUL, 2011.

supremacia ou primazia das normas comunitárias, quando estas entram em conflito com as do direito interno", argumentou que a adoção do princípio da primazia "...é uma resposta jurídica a necessidade de homogeneizar o regime jurídico de integração, dando segurança jurídica no âmbito dos países membros."[34] Igualmente, o voto do árbitro Moreno Ruffinelli sustentou a primazia, citando o paradigma do precedente *Costa vs. ENEL* do TJCE.

Contudo, este fundamento não foi seguido pelo árbitro Oliveira García, que entendeu que não são ainda passíveis de transposição ao bloco os conceitos europeus. Assim, embasou seu voto no sistema de fontes clássicas do direito internacional[35].

Com base nos votos acima descritos, percebe-se que o entendimento que prevaleceu na elaboração da OC analisada foi aquele que aplicou noções do direito da UE para a normativa MERCOSUL. A despeito da estrutura intergovernamental adotada pelo bloco, a maioria dos árbitros considerou que a natureza própria do direito da integração permitiria depreender da normativa MERCOSUL sua prevalência sobre as ordens jurídicas nacionais. Esta maioria, então, atribuiu caráter de ordem comunitária ao direito produzido no bloco.

Isso fica claro ao se constatar que quatro dos árbitros apresentam analogias entre o direito do MERCOSUL e o direito europeu, atribuindo àquele a primazia encontrada neste. E, dois dos árbitros fazem menção expressa ao Caso *Costa vs. ENEL*, utilizando-o como modelo, na tentativa de transpor suas bases ao caso mercosulino, para justificar a atribuição de prevalência ao direito do bloco sobre as leis nacionais de seus Estados Partes. Entretanto, parece falho, por esta imperfeita comparação, o esforço dos árbitros em dotar o direito do MERCOSUL de característica que este, de fato, não apresenta, e que nem se teve a intenção, nos tratados constitutivos do bloco, de a ele atribuir.

Por outro lado, a fundamentação que parece mais verossímil, mais apropriada a efetuar a correspondência entre sua tese e a realidade visível na integração mercosulina, é apresentada pelo árbitro Oliveira García. Este, como visto, descarta identificar na normativa MERCOSUL elementos europeus, mantendo-se na análise do direito internacional geral.

[34] MERCOSUL, 2011.
[35] MERCOSUL, 2011.

No entanto, tal posicionamento também encontra dificuldades, pois esbarra na discussão entre posturas monistas e dualistas[36] quanto à relação entre as ordens internas e a ordem internacional. A argumentação não é suficiente para ultrapassar o fato de que, no próprio bloco, os Estados, notoriamente, não apresentam postura unânime nessa questão[37].

A mesma dificuldade segue quando se analisa a segunda OC emitida pelo TPR, a OC n. 01/2008 (MERCOSUL, 2012a). Na esteira da OC n. 01/2007, também na OC n. 01/2008 se afirma a primazia da normativa MERCOSUL sobre os direitos internos dos Estados Partes.

Esta segunda OC foi requerida pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai, nos autos do Juizado Letrado de Primeira Instância no Civil de 1º Turno IUE 2-32247/07 "*Sucessão Carlos Schenk e outros c/ Ministério de Economia e Finanças e outros. Cobrança de pesos*", no qual se questionava o TPR se as normas do bloco, principalmente o art. 1º, TA, os arts. 1º e 2º do Anexo I ao TA, as Decisões CMC n. 7/94; 22/94 e 22/00, a Decisão GMC 36/95 e os arts. 38 e 42, POP, primariam sobre as normas uruguaias, especificamente o art. 585, da Lei n. 17.296, que implantara um tributo, a "taxa consular", a qual violaria aquelas normas. A decisão seguiu o precedente da primeira OC, confirmando a primazia do direito do

[36] SEITENFUS; VENTURA, 2003, p. 25.

[37] *Nas ordens jurídicas argentina e paraguaia, os tratados de direito internacional ingressam no ordenamento interno em posição de primazia sobre as normas nacionais. No ordenamento uruguaio, equiparam-se às leis federais. E, no Brasil, há um sistema misto, diferenciando os tratados sobre direitos humanos daqueles que não são dessa temática, atribuindo-se àqueles status de emenda constitucional, pela EC n. 45/2004. Quanto aos tratados em geral, parece se adotar uma posição dualista, em que se exige que o processo de internalização dos acordos internacionais ao direito interno deva obedecer todo o iter estabelecido, desde a assinatura, passando pela ratificação até a promulgação e publicação dos competentes diplomas legais. Ademais, no que tange à possibilidade de participação dos Estados num processo de integração, chamada "cláusula de habilitação constitucional", nos quatro países há disposições similares quanto à manifestação de vontade do Estado em se obrigar internacionalmente, sendo que em algumas das Constituições, como é o caso das Constituições argentina (art. 75, parágrafo 24) e paraguaia (art. 145) há referência expressa à participação em processo de integração, permitindo, inclusive, a cessão de atribuições a órgãos externos da estrutura estatal, em caráter supranacional. Por outro lado, as Constituições brasileira (art. 4º, parágrafo único) e uruguaia (art. 6º), estas apresentam cláusulas de habilitação inscritas na primeira parte dos seus textos, dedicadas aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, apenas estabelecendo, de modo programático, a possibilidade de participação em processos de integração, mas sem determinar a viabilidade de fazê-lo em blocos regionais que contenham órgãos desvinculados das autoridades nacionais. Ver: PEROTTI, Alejandro Daniel.* ***Habilitación constitucional para la integración comunitária*** *– estúdio sobre los Estados del Mercosur. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007, p. 20-21.*

MERCOSUL sobre os direitos internos dos Estados Partes, sob o mesmo fundamento da natureza peculiar das normas do bloco, ao estabelecer que estas formam um "...conjunto normativo vivo, de natureza especial"[38].

No entanto, à diferença da maioria dos árbitros que elaboraram a OC n. 01/2007, os árbitros que emitiram a OC n.01/2008, de modo unânime, sustentaram que

> "...o termo 'primazia' não é exclusivo do direito comunitário produto da evolução de processos de integração como é aquele da União Européia –por falar do processo de integração mais aprimorado-. É próprio de toda análise em que esteja em jogo a prevalência de una norma sobre outra ou sua hierarquia para a interpretação e aplicação do direto. Por tal razão, com base naqueles princípios, tem-se reconhecido a primazia ou hierarquia superior da normativa MERCOSUL desde sua incorporação o internalização da norma dentro do mesmo âmbito de competência."[39]

Nesse viés, os árbitros que prolataram a segunda OC não se utilizaram do paradigma europeu, baseando sua ideia de primazia no direito internacional geral, aproximando-se do voto divergente do árbitro Oliveira García na primeira OC. Contudo, como já visto, em função da manutenção do tratamento diverso que os Países Membros do MERCOSUL dão à relação entre seus direitos internos e o direito internacional, essa fundamentação não traz respaldo suficiente para sustentar a existência de primado sobre os direitos nacionais.

Ademais, as decisões emitidas nestas duas OCs tiveram reflexos na prolação da terceira OC. A OC n. 01/2009 (MERCOSUL, 2012b), requerida ao TPR novamente pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai, nos autos do processo do Juiz de Direito de la. Instância da 2ª. Vara Cível: IUE 2-439237/07 *"Frigorífico Centenario S.A c/Ministério de Economia e Finanças e Outros. Cobrança de pesos"*, referiu-se à mesma questão apresentada na OC n. 01/2008, em que se questionava se as normas do MERCOSUL primavam sobre o art. 585, Lei n. 17.296. Com isso, nesta terceira OC, os árbitros, mais uma vez, seguiram os precedentes estabelecidos nas OCs anteriores, afirmando o primado da normativa do bloco, quando incorporada nos direitos internos dos Estados Partes, sobre as normas destes. Os

[38] MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2008, de 24 de abril de 2009.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2008_pt.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2012.
[39] MERCOSUL, 2012.

árbitros não apresentaram, contudo, como ocorrera na OC n. 01/2008, nenhum fundamento divergente, apenas confirmando, "de modo geral", a primazia das normas do bloco sobre toda disposição interna que no âmbito de sua competência normativa lhe for contraposta." [40]

Frente a isso, pode-se constatar que tanto o simples ensaio de equiparação do direito do MERCOSUL ao direito da EU, quanto o esforço por encontrar outra razão pela qual aquele poderia se sobrepor às ordens nacionais resultam insuficientes e imprecisos. Dessa forma, a circulação de elemento europeu no MERCOSUL parece não atender às expectativas nas quais se sustentam tais tentativas. Assim, é preciso buscar as razões que são obstáculos para tanto.

Nesse passo, devem-se analisar as diferenças estruturais entre as ordens da UE e do MERCOSUL, os aspectos históricos de sua formação, para estabelecer a sua tradição[41], para compreender os motivos pelos quais a circulação de modelos é tão problemática.

Frente a isso, a busca pelos fatores para a dificuldade de circulação da característica do direito europeu ao mercosulino deve se iniciar pelos elementos já perceptíveis no decorrer do trabalho. Ao se analisarem os blocos, verificou-se a diferença de estrutura que adotaram. O bloco europeu adotou estrutura supranacional, enquanto o mercosulino manteve-se num padrão intergovernamental. E, é nessa diferença de estruturas institucionais que se pode apontar a distância existente entre suas ordens jurídicas.

Nesse viés, foi justamente pelo e no caráter supranacional adotado pela UE, verificado na primeira seção, que a jurisprudência do TJCE pôde fundamentar a atribuição do elemento do primado como fator distintivo a identificar e demonstrar a inovação da integração européia diante do direito internacional geral. A cessão de competências pelos Estados e a criação de estrutura própria e autônoma para exercê-las permitiram que disso se depreendesse o elemento da primazia como distintivo da ordem jurídica européia.

Já o mesmo não se pode dizer no que se refere às organizações intergovernamentais. Isso porque a cooperação intergovernamental se caracteriza pelo acordo entre dois ou mais sujeitos de direito internacional para executar ações, com o objetivo de satisfazer a um

[40] MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2009, de 01 de dezembro de 2010.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2009_pt.pdf>. Acesso em: 12 mai 2012.

[41] MERRYMAN, John Henry. **La tradicíon jurídica romano-canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 17.

interesse partilhado por cada um deles. Nesse passo, as relações se regem pelo princípio da reciprocidade, não havendo, de início, autoridades superiores que decidam pelos Estados signatários do acordo internacional, pois estes se encontram em igualdade de condições, já que cada um exercita sua própria autonomia e soberania para tanto.[42]

Em função disso, nessas organizações a técnica de tomada de decisões por excelência é a da regra da unanimidade, a qual apresenta o inconveniente de que cada participante possui direito a veto, o que dificulta a adoção das deliberações. Nesse sentido, no âmbito intergovernamental não há que se falar numa ordem jurídica comum, que vincule os Estados além de seus interesses particulares, dotada de autoridades autônomas e independentes, que atuem, com poderes e estrutura próprios, em prol dos interesses da organização. Tal é o caso do MERCOSUL. Em face disso, ao se conceber "...a ordem jurídica comunitária como resultado do duplo fenômeno da autonomia e da hierarquização, resta patente a inexistência de um ordenamento comum no MERCOSUL."[43]

Dessa forma, quanto ao MERCOSUL, não se pode atribuir à ordem jurídica decorrente desse bloco elemento próprio de uma organização supranacional. Isso se justifica na medida em que a escolha por uma estrutura em vez de outra dá sinais de que os interesses ou razões para a integração divergem, não podendo ser atendidos e, portanto, justificados pelos mesmos meios e motivos. Em face disso, há que se examinar as motivações de cada um dos blocos para se formar, indagando como influenciaram a escolha dos modelos institucionais.

Para tanto, é preciso averiguar a história e a cultura dos Estados envolvidos num processo de integração, a fim de inserir tal processo na tradição dos povos sobre os quais surtirá efeitos, por vincular-se ao conjunto cultural e civilizacional a que se refere.[44] Nesse viés, verifica-se que a integração européia, além do cunho econômico, teve relevante e histórico intento de consolidar a paz no continente, resultando na conjunção dos egoísmos

[42] PIZZOLO, 2010, p. 524.
[43] VENTURA, 1996, p. 78.
[44] KAKU, William Smith. O pensamento epistemológico-sociológico francês de Pierre Bourdieu: possibilidade de sua aplicação na integração internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, número especial, maio 2008, p. 249-250.

nacionais, de iniciativas e mediação das autoridades supranacionais e na divulgação do ideal europeu, o que permitiu a aproximação dos Estados. [45]

Já o mesmo não se pode dizer do caso mercosulino. No que tange ao contexto latino-americano, os atuais territórios do Uruguai, do pampa argentino e da campanha sul-riograndense constituíam-se, na época colonial, em uma unidade econômica, social e cultural, a "Região Platina". Mas, a região se fragmentou ao final desta era, após a independência, com a formação de novos Estados, apesar da manutenção de hábitos e valores comuns e de contatos comerciais entre as populações rio-grandenses e rio-platenses. Pela fragmentação, a delimitação das fronteiras nacionais fomentou um espírito de competitividade, de rivalidade entre estes povos, especialmente no que tange à população do restante do Brasil, que não compartilha da mesma herança cultural platina, o que dificulta, em certos aspectos, as negociações hodiernas relativas à integração regional.[46] Com isso, o mesmo ideal que se encontrou na história europeia e que foi fator de aproximação que permitiu a integração regional, não pode ser transposto plenamente para o âmbito mercosulino.

Com efeito, o MERCOSUL surgiu em um contexto e uma época diversa daquela em que a integração européia foi forjada, não sendo transferíveis, pura e simplesmente, àquele as condicionantes que impulsionaram esta. Seria possível argumentar a favor da equiparação das experiências européia e mercosulina sob o fundamento de que os direitos dos Estados envolvidos nesses blocos, em sua grande maioria, apresentariam, pelas colonizações hispânica e ibérica na América Latina, tradições jurídicas comuns. Mas, esse fator não é suficiente para explicar as razões pelas quais a integração européia se desenvolveu, juridicamente, de modo mais aprofundado do que o MERCOSUL. Isso se justifica na medida em que os fatores determinantes para a formação dos blocos regionais em questão foram diversos, o que fez com que estes se aparelhassem de modos diferentes, adotando modelos de organizações

[45] COSTA; BRACK, 2011, p. 46.
[46] REICHEL, Heloisa Jochims; GUTFREIND, Ieda. **As raízes históricas do MERCOSUL**: a região platina colonial. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

internacionais distintos, por apresentarem contextos histórico-culturais relativos à necessidade e conveniência da aproximação dos povos que não são, necessariamente, análogos. [47]

Diante disso, não se pode equiparar a experiência do MERCOSUL, de modo plenamente equivalente, à da UE. Os fatores condicionantes para a formação de um bloco regional não podem ser atribuídos integralmente ao outro. Desse modo, torna-se temerária a tentativa de atribuir a um os elementos distintivos de outro, quando nem mesmo suas motivações e composição institucional são identificáveis. O estudo comparativo desses processos de integração deve ser calcado não na simples busca por semelhanças, mas, especialmente, na assimilação de suas diferenças, para evitar o transplante de modelos de modo apartado das condições de possibilidade para o seu funcionamento efetivo.

Porém, há que se reconhecer que o transplante de modelos, especialmente aqueles advindos da Europa, faz parte da tradição em que se inserem os Estados latino-americanos. Isto originou a realidade ambígua desses países, pois foram estruturados a partir de suas relações de dependência com os colonizadores. Com isso, tomaram, em regra, os padrões instituídos por estes como soluções plenas para as necessidades de seus direitos internos, bem como, no caso em tela, de constituir meios para sua inserção mais acentuada no âmbito internacional, resultando numa prática corrente, reiterada de "importação de modelos"[48]. E isto é o que gera dificuldades quanto à transposição para a realidade dos efeitos que tais modelos deveriam irradiar, tornando diversas as experiências de sua implantação nos países originários e nos países que realizaram essa importação. Então, o simples transplante das características singulares do bloco europeu ao mercosulino falha no mesmo.

Dessa forma, porque a experiência européia não se trata de um modelo pronto, e por se desenvolver a partir de contexto e condicionantes diversas, não se pode simplesmente tomá-lo como um paradigma a imitar, para encontrar soluções acabadas para problemas e situações às quais este sequer é adequado. Frente a isso, a afirmação de que o direito do MERCOSUL deve ter primazia sobre os direitos nacionais, porque se configuraria numa ordem

[47] *BIEBER, León E. Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina. In: PLÁ, Juan Algorta. (coord.).* ***O MERCOSUL e a Comunidade Europeia****: uma abordagem comparativa. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1994, p. 29.*

[48] BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.181.

comunitária, do mesmo modo que o é a da UE, é falaciosa e perigosa, já que transpõe de modo iníquo uma característica própria de outro tipo de organização internacional para um bloco regional que não apresenta os mesmos aspectos necessários para que funcione. Assim, os argumentos sustentados pelos árbitros mercosulinos na OC n. 01/2007, bem como as bases genéricas encontradas nas OCs de 2008 e 2009, do TPR, não podem ser aceitos sem contestação, já que os fundamentos ali expostos não são suficientes para fazer com que a normativa MERCOSUL tenha prevalência sobre os direitos internos dos Estados Partes.

Não houve no bloco sul-americano a mesma cessão de soberania para o exercício de competências por uma autoridade externa, autônoma e independente, que ocorreu no caso europeu, já que se adotou o modelo intergovernamental. Também, não se dispôs das mesmas condições histórico-culturais que forneceram as motivações e interesses para a sua formação. Desse modo, não se pode tratar os dois blocos regionais como perfeitos equivalentes, utilizando-se das bases sedimentadas em um para justificar os problemas do outro.

Por outro lado, há que se reconhecer a importância das OCs analisadas, no sentido de que abordam um problema importante para o direito da integração, qual seja o da observância das normas produzidas pelo bloco regional em face das normas nacionais. No entanto, apesar de chamar a atenção para o fato de que o direito da integração não pode ser abordado como simples ramo do direito internacional geral, precisando ser visto a partir de suas especificidades, diante da realidade nova que engendra, as OCs mercosulinas não trazem argumentos fortes o suficientes para demonstrá-lo. Os votos dos árbitros se mostram iníquos nesse aspecto, pois não se centram em apontar as características singulares do direito da integração, que, mesmo se pautando por relações de cooperação, intergovernamentais, o afastam do direito internacional geral, mas, sim, buscam identificá-lo, de modo raso, com o direito comunitário, quando isso não é adequado por diversas razões.

Além disso, as OCs analisadas também trazem à cena o problema da falta de uniformidade na interpretação da normativa do bloco, a qual tem, diante da ausência de um sistema jurisdicional próprio deste, recaído sob a responsabilidade dos juízes nacionais, o que gera, especialmente na questão da relação e do conflito entre as normas mercosulinas e as normas internas, insegurança quanto à sua aplicação. E, este problema se refere à falta de

autonomia do ordenamento jurídico do MERCOSUL [49], que, por ter estrutura intergovernamental, depende dos ordenamentos internos e não possui aplicabilidade direta nestes, sendo necessária sua incorporação, que é dificultada pelos diversos tratamentos dados pelos Estados quanto à relação entre o direito internacional e seus direitos nacionais.

Desse modo, as OCs examinadas trouxeram importantes contribuições no sentido de destacar e tentar enfrentar problemas recorrentes no âmbito do bloco. Contudo, o fizeram por fundamentos insuficientes e imprecisos. De pouco serve reconhecer ao direito do bloco primazia sobre as normas nacionais, por simples equiparação à ordem europeia, quando isto depende de condições estruturais e motivações subjacentes que não estão presentes no âmbito mercosulino. E, para que tais condições pudessem ser alcançadas seria preciso, talvez, promover reformas constitucionais nos Estados Partes, a fim de que se harmonizasse o tratamento quanto à relação entre as normas do bloco e as normas internas e quanto ao seu procedimento de incorporação, bem como quanto às cláusulas de habilitação para o reconhecimento de eventual e futura supranacionalidade a ser conferida aos órgãos do bloco.

Também, seria necessário buscar a uniformidade quanto à interpretação e aplicação do direito do bloco, talvez se modificando o PO e seu Regulamento, para atribuir às OCs emitidas pelo TPR caráter obrigatório e vinculante, ou reformando novamente o sistema de solução de controvérsias da organização, estabelecendo um verdadeiro sistema jurisdicional, com competência nesta seara. Alterações conceituais e estruturais de diversas ordens, desse modo, deveriam ser realizadas para que se pudesse pensar em atribuir ao direito do MERCOSUL as características encontradas na ordem jurídica da UE, não sendo possível fazê-lo mediante a realização de um mero transplante de modelos como se os aspectos determinantes para tanto fossem plenamente identificáveis em ambos os blocos.

Verificou-se, assim, que os modelos institucionais adotados pelo bloco sul-americano e pelo bloco europeu são diversos, tendo sido escolhidos para organizá-los por razões distintas, tendo em vista os contextos histórico-culturais e necessidades de cada uma das regiões envolvidas. Portanto, nesses fatores reside a dificuldade de circulação das característica europeia da primazia para o direito do MERCOSUL.

[49] VENTURA, 1996, p. 232.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos de integração regional apresentam grande impacto para a seara jurídica dos Estados que deles participam, ao criarem direito próprio, o direito da integração. Nesse sentido, seu estudo é necessário à compreensão da realidade atual. Em face disso, o trabalho objetivou comparar as características do direito europeu e do MERCOSUL, para examinar a viabilidade ou não de se adotar neste característica daquele. Pretendeu-se distinguir o elemento que possibilitou a consolidação do direito da UE, a fim de, pelos fundamentos ali analisados, examinar a OC n. 01/2007, do TPR, e seus reflexos nas seguintes, de 2008 e 2009, para abordar a possibilidade de circulação de elemento do modelo europeu no MERCOSUL.

Nessa trilha, a primeira seção analisou a primazia do direito europeu, como característica particular deste. Com isso, verificou-se, pelo exame do caso Costa vs. ENEL, o delineamento do princípio da primazia. Com base na finalidade do sistema comunitário, o TJCE determinou que, quando em conflito com normas nacionais posteriores, deveriam prevalecer as normas europeias. Isso porque era forçosa a predominância do direito comunitário pelos interesses comuns que representava, porque a atuação conjunta exigida pela Comunidade precisava ser orientada e regrada por uma ordem jurídica própria, imposta de modo idêntico a todos os seus participantes, para afirmar a igualdade entre eles.

Assim, tendo-se estudado a primazia das normas européias, foi possível verificar que, em função dela, o direito europeu foi consolidado e obteve acentuada eficácia em termos de construção jurídica e afirmação estrutural. Nesse passo, estabelecidas as premissas sobre o elemento peculiar do Direito europeu, a segunda seção dedicou-se a perquirir sobre a possibilidade de sua circulação no MERCOSUL.

Desse modo, iniciou-se com análise do sistema de solução de controvérsias do bloco, a fim de examinar a OC n. 01/2007, do TPR. Mediante exame dos votos proferidos na decisão, a despeito da estrutura intergovernamental do bloco, a maioria dos árbitros considerou que a natureza própria do direito da integração permitiria depreender da normativa MERCOSUL sua prevalência sobre as ordens jurídicas nacionais. Esta maioria, com isso,

identificou caráter de ordem comunitária ao direito produzido no bloco. Ademais, examinaram-se as OCs n. 01/2008 e n. 01/2009, as quais adotaram o precedente da primeira OC, confirmando a primazia do direito do bloco sobre os direitos internos dos Estados Partes.

Frente a isso, procurou-se analisar se, efetivamente, é possível ou não adotar a característica do modelo europeu no MERCOSUL, tendo em vista as diferenças estruturais que apresenta em face da experiência européia. Para tanto, foi preciso averiguar a história e a cultura dos Estados envolvidos nos processo de integração em apreço, a fim de inseri-los na tradição dos povos sobre os quais surtem efeitos. Nesse sentido, constatou-se que os fatores determinantes para a formação dos blocos regionais em questão foram diversos, o que fez com que estes se aparelhassem de modos diferentes, adotando modelos de organizações internacionais distintos, por apresentarem contextos histórico-culturais relativos à necessidade e conveniência da aproximação dos povos que não são, necessariamente, análogos.

Percebeu-se, assim, que não houve no bloco sul-americano a mesma cessão de soberania para o exercício de competências por uma autoridade externa, autônoma e independente, que ocorreu no caso europeu, já que se adotou o modelo intergovernamental para a sua estrutura. Também, não havia as mesmas condições histórico-culturais que proveram as motivações e interesses para a sua formação. Desse modo, não se pode tratar os dois blocos regionais como perfeitos equivalentes, utilizando-se das bases sedimentadas em um para tentar encontrar soluções aos problemas do outro. Então, averiguou-se que esses fatores são obstáculos que impedem a circulação da primazia europeia para o MERCOSUL.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración**. Córdoba: Advocatus, 2008.

BADIE, Bertrand. **L'État importe** – L'occidentalisation de l'ordre juridique. França : Fayard, 1992.

_____; HERMET, Guy. **Política comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

BIASCO, Emilio. Federalismo y Mercosur: adaptación de las Constituciones al Mercosur. In: CASSAGNE, Juan Carlos (coord.). **Derecho administrativo**: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 107-156.

BIEBER, León E. Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina. In: PLÁ, Juan Algorta. (coord.). **O MERCOSUL e a Comunidade Europeia**: uma abordagem comparativa. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1994, p. 24-36.

COSTA, Olivier; BRACK, Nathalie. **Sistema decisório da União Européia**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KAKU, William Smith. O pensamento epistemológico-sociológico francês de Pierre Bourdieu: possibilidade de sua aplicação na integração internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, número especial, maio 2008, p. 216-251.

LOUIS, Jean-Victor. **L'ordre juridique communautaire**. 3. ed. Luxemburgo: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1986.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Tecnos, 2010.

_____. Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada. **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, p. 3 e ss.

MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2007, de 03 de abril de 2007.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. **Tratado de Assunção**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. **Protocolo de Ouro Preto.** Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>**.** Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. **Protocolo de Brasília**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-brasilia>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. **Protocolo de Olivos.** Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/olivos/polivosText_p.asp#Preambulo>. Acesso em: 20 jul. 2010.

_____. **Decisão CMC n. 37/2003.** Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/579/1/secretaria/decisiones_2003>. Acesso em: 20 jul. 2010.

_____. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2008, de 24 de abril de 2009.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2008_pt.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2012.

_____. Tribunal Permanente de Revisão. **Opinião Consultiva n. 01/2009, de 01 de dezembro de 2010.** Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2009_pt.pdf>. Acesso em: 12 mai 2012.

MERRYMAN, John Henry. **La tradicíon jurídica romano-canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (coord.). **MERCOSUL**, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-88.

_____. El Perfeccionamiento del Mercosur como Condición Esencial de la Relación con la Unión Europea. In: BASSO, Maristela (org.). **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007, p. 342-375.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitária** – estúdio sobre los Estados del Mercosur. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007.

PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración** – nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Buenos Aires, 1989.

PIZZOLO, Calogero. **Derecho y Integración Regional:** Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea. Buenos Aires: Ediar, 2010.

POIARES MADURO, Miguel. O superávit democrático europeu. **Análise Social**, vol. XXXVI (158-159), p. 119-152, 2001.

QUEYRENNE, Maximilien. La construction européenne – un processus heurté. In: JOUNO, Thurian. (coord.). **Questions européennes** – Le droit et les politiques de l'Union. Paris: PUF, 2009, p. 7-46.

REICHEL, Heloisa Jochims; GUTFREIND, Ieda. **As raízes históricas do MERCOSUL**: a região platina colonial. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional** - Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para a sua adoção no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VENTURA, Deisy. **A ordem jurídica do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

UNIÃO EUROPÉIA. **Versão consolidada do Tratado da União Européia e do Tratado que institui a Comunidade Européia.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/ce321/ce32120061229pt00010331.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2011a.

_____. Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. **Acórdão de 15 de julho de 1964, Caso 06/64.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CO0006:EN:PDF>. Acesso em 24 ago. 2011d.

ZANOTO, Josianne. A **funcionalidade do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul:** entre o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. 2006. Dissertação. (Mestrado em Integração Latino-Americana). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil, 2006.

A RELAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL - A ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA AO SISTEMA DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

THE RELATIONSHIP OF EUROPEAN UNION LAW AND REGIONAL INTERNATIONAL LAW – THE ADHERENCE OF EUROPEAN UNION TO EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Iris Saraiva Russowsky

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Os Direitos Fundamentais e a União Europeia. 2.1 O tribunal de justiça da União Europeia (TJUE – TJCE) e a construção da proteção dos direitos fundamentais na esfera comunitária. 2.2 Tratados e documentos constitutivos da União Europeia e a proteção dos direitos fundamentais: do Ato Único Europeu (1986) ao Tratado de Lisboa (2009). 3. A adesão da UE à CEDH: Do Parecer 2/94 até Situação Atual. 3.1 Parecer 2/94 de 1996. 3.2 O art. 6º do TUE (modificação realizada com o Tratado de Lisboa) e a adesão da UE à CEDH. 3.3 Resolução do Parlamento Europeu sobre aspectos institucionais da adesão da União Europeia à CEDH (19 de março de 2010). 3.4 A adesão da UE à CEDH: mutação gradual e não radical. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a relação entre direito comunitário e o direito internacional a partir da integração regional ocorrida na União Europeia. Busca-se analisar a viabilidade da adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), levando-se em conta, principalmente, a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e a reformulação ocorrida no bloco com o Tratado de Lisboa (2009).

Palavras-chave: Direito Comunitário – Direito Internacional – União Europeia – adesão à CEDH.

Abstract: *This study aims to analyze the relationship between European Union law and international law from the regional integration occurred in Europe. It analyzes the viability of the European Union's adherence to the European Convention of Human Rights (ECHR), taking into account mainly the work of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the reformulation occurred in the block before the Lisbon Treaty (2009).*

Keywords: *European Union law – International law – European Union – Adherence to European Convention of Human Rights.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Europa finaliza a Segunda Guerra Mundial com problemas constatados no âmbito do respeito aos direitos humanos, bem como problemas de natureza econômica, em razão da destruição causada pela guerra. Nesse contexto, então, temos a formação de um sistema de

proteção de direitos humanos e um sistema cujo objetivo seria a recuperação econômica dos países devastados pelo conflito.

Na esfera dos direitos humanos, inicialmente observamos a formação de uma organização universal, constituída no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas), que vem instrumentada pela DUDH (Declaração Universal de Direitos Humanos) de 1948. Esse texto, apesar de ser muito importante, ele tem mecanismos muito fracos de controle e efetivação dos direitos humanos no âmbito doméstico, pois trata-se de uma recomendação internacional, sem força jurídica vinculativa, sof law, o que faz com que muitos países comecem a pensar em um outro meio mais efetivo de proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, então, surge, na região europeia, o Sistema Regional Europeu de proteção dos direitos humanos, tendo como principal agente o Conselho da Europa[1], que foi instituído em 1949 pelo Tratado de Londres, com o objetivo de garantir dentro do continente a paz, a democracia e a proteção aos direitos humanos. Em 1950 em Estrasburgo, ocorre uma primeira reunião dos Conselhos de Ministros (órgão executivo do Conselho da Europa), resultando na assinatura da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e prevendo-se a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)[2], o qual efetivamente foi criado em 1959.

Paralelamente à toda esta ordenação de proteção dos direitos humanos na Europa, com o intuito de reorganização econômica do continente, surgem algumas instituições como OCDE, CECA (1951), CEE e Euratom (1957), com o objetivo de reforçar a cooperação entre os países com o intuito de aprimoramento e reforço da economia.

---

[1] CONSELHO DA EUROPA é instituição criada em 1949 que não faz parte da estrutura comunitária, desempenha papel importante na defesa dos direitos humanos. O conselho de Ministros ou Conselho da União ou somente conselho é o principal instituição decisório na União Europeia . O conselho europeu não é o mesmo que o conselho da União Europeia, apesar de haver muita confusão sobre ambos. O conselho da EU é uma reunião em nível ministerial (reunião de ministros), enquanto que o conselho europeu reúne chefes de Estado e de governo. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index_pt.htm>. Acesso em: 28 set. 2012.

[2] Apesar da tradução mais correta de Cour Européenne de Droit Humain ter a tradução mais correta como Corte Europeia de Direitos Humanos, que seria abreviada como CEDH, na presente pesquisa, para facilitar a abreviação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, também abreviada por CEDH, usaremos a nome do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, TEDH, com o intuito de evitar-se confusões.

A partir desses dois blocos de interesses, acaba-se por observar dois corpos de direitos distintos: um no âmbito do Conselho da Europa – direitos humanos na região europeia - e outro no âmbito dos direitos econômicos europeus – direito comunitário, que, em um primeiro momento, não dialogam, vindo o Tribunal de Justiça da União Europeia (até então denominado Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) a interconectar essas duas esferas através de sua jurisprudência na década de 70.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A UNIÃO EUROPEIA

Originalmente, nos tratados constitutivos das três comunidades (CEE, CECA e Euratom), tratados de Paris (1951) e de Roma (1957), não existia qualquer menção ao princípio de proteção dos direitos fundamentais, sendo esses tratados caracterizados pela fundamental omissão da previsão de um catálogo de direitos fundamentais.[3]

2.1 O tribunal de justiça da União Europeia (TJUE – TJCE) e a construção da proteção dos direitos fundamentais na esfera comunitária

Em um primeiro momento no bloco europeu, existiam duas esferas distintas, dois círculos que, inicialmente, não se comunicam (direitos fundamentais e direito comunitário), mas que, com o passar dos anos e, principalmente com a atuação do TJCE (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias)[4], esses dois círculos começaram a dialogar.

A relação dos direitos fundamentais com o TJCE pode ser divida, segundo a doutrina, em basicamente três fases[5]. Uma primeira fase é caracterizada pela abstenção do juiz

[3] GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. In: CARTA de direitos fundamentais da EU. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 17-38.
[4] Hoje denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia.
[5] MOURA RAMOS, Rui Manoel. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/17.pdf>. *Acesso em: 23 set. 2012.*

comunitário quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais como parâmetro de apreciação e validade dos atos comunitários, tendo como referência o caso *Stork*[6], de 1959, *Consórcio do Carvão do Ruhr*[7] e *Scarlata*[8], havendo a ausência de tutela de direitos fundamentais em um nível comunitário, os quais não deveriam ser considerados como existentes na ordem jurídica comunitária[9]. Nessa fase, o juiz da União Europeia (Comunidades Europeias) afirmava total irrelevância dos direitos fundamentais, protegidos nacionalmente, para o direito comunitário.[10]

Nesse momento os valores pelos quais o TJCE se orientou, para as suas decisões, foram apenas o da **liberdade de mercado e de concorrência**, representados pela exigência da aplicabilidade direta e pela garantia do primado do direito comunitário.[11] Observa-se um desinteresse do TJCE de fiscalização dos atos comunitários sob a perspectiva dos direitos fundamentais, o que o leva a embates com certos tribunais constitucionais dos Estados-Membros, como aconteceu com tribunais na Alemanha e na Itália, os quais acabaram por declarar a inconstitucionalidade de normas comunitárias em virtude de sua incompatibilidade com os direitos fundamentais figurados no catálogo nacional. Nesse período o tribunal Constitucional Alemão profere decisão na qual entendeu que quando houver conflito entre disposições de direito comunitário e disposições constitucionais ligadas aos direitos fundamentais, estas últimas deveriam prevalecer, tendo-se em vista que as transferências de competências passadas para as Comunidades não poderiam privar os cidadãos dos seus

[6] Caso Stork: Processo 1/58. Acórdão de 04.02.1959. Esse caso tratou de um pedido de anulação contra ato da Alta Autoridade do Carvão e do Aço, ajuizado pela empresa STORK contra a Alta Autoridade da EU do Carvão e do Aço. Nesse caso o juiz comunitário não reconhece os DF como parâmetro para apreciação da validade dos atos comunitários.
[7] Caso Consórcio do Carvão do Ruhr: Processo 13/60. Acórdão de 13 maio 1962.
[8] Caso Stauder: Processo 29/69.
[9] MOURA RAMOS, op. cit., *p. 176.*
[10] GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 28.
[11] CORREIA, Sérvulo. **A União Europeia e a "europeização" do direito constitucional dos Estados Membros.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27361/uniao_europeia_europeizacao_direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 set. 2011.

direitos fundamentais. [12] Assim os tribunais nacionais passam a exigir do TJCE (hoje TJUE) proteção aos direitos fundamentais.[13]

Um segundo momento de relação do TJCE com os direitos fundamentais tem início com o caso *Stauder*[14], no qual o TJCE (hoje TJUE) chama para si o papel de garante dos direitos fundamentais [15] e *Internationale Handelsgesellschaft* [16], que combatibiliza as afirmações anteriores, sendo decisões de 1969 e 1970, respectivamente, sendo caracterizado pelo reconhecimento ativo dos direitos fundamentais, desencadeando a comunitarização desses direitos, pelo recurso aos princípios gerais de direito[17]. Dessa forma, os direitos fundamentais constantes nas constituições dos Estados-Membros passaram a ser considerados como princípios gerais de direito comunitário, atingindo-se uma proteção reforçada dos direitos fundamentais, desde que eles primem pelo direito comunitário.

O Acórdão *Stauder*[18] marca expressamente a passagem de uma fase "agnóstica" para uma fase de reconhecimento ativo dos direitos fundamentais, "compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito é assegurado pelos tribunais". No entanto, apenas

[12] MARTINS, Patrícia Fragoso. **O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas.** Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=GmE7PW533m4C&pg=PA83&lpg=PA83&dq=agnosticismo+valorativo&source=bl&ots=09OkDn5Kf0&sig=ig0YUKLgjdjmWqEMs7vPBvv1zzU&hl=pt-BR&ei=6JV4TsS0K4WhtwfA4sCvDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q=agnosticismo%20valorativo&f=false>. Acesso em: 20 set. 2011.

[13] MOURA RAMOS, *2012, p. 177.*

[14] Caso Stauder: Processo n. 29/69 do Tribunal de Justiça da União Europeia.

[15] MOURA RAMOS, op. cit., p. *177.*

[16] Caso Internationale Handelsgesellschaft: Processo n. 11/70, acórdão de 17 de dezembro de 1970.

[17] Princípios gerais de direito: são princípios reconhecidos pelos direitos internos dos Estados, a partir do momento que esses princípios passam a ser utilizados por várias nações eles passam a tomar uma forma internacional. Os princípios gerais de direito são princípios cânones que não foram ditados explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

[18] Nesse caso *Stauder* estava em discussão a interpretação da versão alemã de uma decisão da Comissão que permitia o fornecimento a preço reduzido de manteiga excedentária a certos consumidores beneficiários de assistência social. Segundo a versão alemã, o direito a tal fornecimento implicava que o consumidor se apresentasse munido de uma senha com seu nome, enquanto que as outras versões linguísticas da referida decisão deixava a cada Estado-Membro a sua forma de individualização do benefício, assim, o caso foi levado ao TJCE, alegando-se violação ao principio fundamental da isonomia e do direito a não-discriminação. O TJCE manifesta-se no sentido de que a disposição controvertida não revela qualquer elemento suscetível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais.

é declarada a obrigação de respeito pelos direitos fundamentais individuais, ficando em aberto o problema da existência e modo de proteção de direitos fundamentais coletivos. [19]

Evolutivamente surge o caso *Internationale Handelsgesellschaft*, decidido pelo TJCE em 17 de dezembro de 1970.[20] A solução do caso *Stauder* teve desenvolvimento no caso *Internationale Handelsgesellschaft*, observando-se a recepção material da obrigação de respeito pelos direitos fundamentais, sendo reafirmado que os direitos fundamentais são inerentes ao direito comunitário enquanto parte integrante dos princípios gerais do direito. Esse acórdão lança alguma luz sobre a noção material de princípios gerais de direito, inspirados nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas enquadrados na estrutura e objetivos específicos da obra comunitária[21].

Enfim, surge um terceiro momento de relação dos direitos fundamentais com o TJCE, delimitado pela determinação de um critério amplo de reconhecimento dos direitos fundamentais, tendo como caso emblemático o caso *Nold*[22]. Nesse caso, o TJCE buscou apoiar-se nas orientações fornecidas pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (CEDH), em cuja elaboração ou assinatura os Estados-Membros tenha colaborado[23]. Assim, nessa fase, há o reconhecimento, pelo TJCE que as tradições constitucionais comuns, as constituições dos Estados-Membros e os instrumentos internacionais de proteção de direitos fundamentais formam um vasto conjunto normativo de revelação dos direitos fundamentais, surgindo um expoente favorável a uma garantia efetiva desses direitos[24].

---

[19] GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 29.

[20] O caso *Internationale Handelsgesellschaft* trata-se de decisão, a titulo prejudicial sobre a validade de um artigo de um regulamento da CEE que estabelece a organização comum de mercado no setor de cereais e um artigo que dispunha sobre os certificados de importação e exportação para cereais, especificamente sobre a validade do regime dos certificados de exportação e da caução com ele conexa.

[21] MOURA RAMOS, *2012, p. 178.*

[22] Caso Nold: Processo n. 4/73, acórdão de 14 de março de 1974. O caso *Nold* trata de um pedido de anulação de decisão da Comissão relativa à novas regras de venda de carvão, na qual a Comissão autorizava uma empresa mineira a subordinar o fornecimento direto de carvão à celebração de contratos bienais vinculativos, nos quais esteja prevista uma compra mínima de 6000 toneladas para abastecimentos de lares domésticos e pequena indústria. O TJCE decide no sentido de que a fixação de tais critérios é justificada não apenas pelas condições técnicas de exploração das empresas mineiras de carvão, mas também pelas dificuldades econômicas da exploração das empresas mineiras de carvão, assim, os atos não são considerados discriminatórios.

[23] GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 32

[24] MOURA RAMOS, op. cit., p. *179.*

Dessa forma, o TJCE passa a resolver seus casos, interpretando o direito comunitário à luz das disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), chegando até mesmo a poder anular atos comunitários com fundamento na violação de normas da CEDH. Com isso, as normas constitucionais consolidadas por tradições constitucionais comuns inscritas em convenções internacionais (como no caso da CEDH) foram recebidas e incorporadas na ordem jurídica comunitária como princípios gerais do direito:

> (...) assim, as tradições constitucionais comuns (i), as próprias Constituições dos Estados-Membros (ii), bem como os instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem, aos quais os Estados-Membros hajam aderido ou cooperado (iii) formaram um vasto conjunto normativo de revelação dos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo juiz comunitário, em cooperação com os tribunais nacionais.[25]

Após o caso *Nold* observa-se o juiz comunitário consolidando os direitos fundamentais como princípios gerais de direito, fonte não escrita, na qual a ordem jurídica comunitária, via TJCE, se declara disposta a anular, declarar inválido ou inaplicável qualquer ato comunitário que viole um direito fundamental, tendo no caso *Rutili*[26] de 1975, então, concretizado as ideias anteriormente mencionadas no caso Nold e, fazendo, o tribunal menção expressa à CEDH.[27] [28]

---

[25] DUARTE, Maria Luísa. **O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem:** uma defesa do "triângulo judicial europeu". Disponível em: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf>. Acesso: 7 set. 2011.

[26] Caso Rutilli: Processo n. 36/75.

[27] No seu conjunto, as limitações introduzidas aos poderes dos Estados-membros em matéria de polícia de estrangeiros apresentam-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrado pelos artigos 8.°, 9.° , 10.° e 11.° da Convenção para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, ratificada por todos os Estados-membros, e do artigo 2.° do protocolo n.° 4 da mesma convenção, assinado em Estrasburgo, a 16 de Setembro de 1963, que dispõem, em termos idênticos, que as ofensas aos direitos garantidos pelos referidos artigos, em virtude das necessidades de ordem e segurança públicas, não poderão ultrapassar o âmbito do que é necessário para protecção daquelas necessidades «numa sociedade democrática».

[28] MOURA RAMOS, *2012, p. 179.*

Em 1979 o TJCE, no caso *Wachhauf*[29], reafirmou que em virtude de uma jurisprudência constante, os direitos fundamentais fazem parte dos princípios gerais de direito que o TJCE assegura respeitar.[30]

Em 1985, com o caso *Cinétheque*[31], também observa-se manifestação interessante por parte do TJUE. Esse caso se mostrou de extrema importância para o tema da relação entre direitos fundamentais e o TJUE (TJCE), pois as sociedades demandantes do caso indagaram sobre um dispositivo da legislação francesa vulnerar a liberdade de expressão, prevista no art. 89 da CEDH. O Tribunal manifesta-se no sentido de ter o dever de garantir o respeito aos direitos fundamentais no âmbito do direito comunitário, no entanto, não tem competência, segundo esta decisão, para examinar a compatibilidade de uma lei nacional com a CEDH, sendo atribuída, dita competência a jurisdição nacional (parágrafo 26 da referida decisão). [32] Assim, observa-se que o TJUE só considerar-se-ia competente para analisar da questão se houvesse violação ao direito comunitário, como tratava-se de violação à CEDH, declarou-se incompetente para analise da questão, o que só poderia acontecer se houvesse a adesão da Comunidade Europeia à CEDH, o que, até então não havia acontecido.

Em 1991, no caso *Ert*[33], então, o TJCE reconheceu que a CEDH reveste um significado particular entre os princípios gerais de direito, cujo respeito é assegurado pela ordem jurídica comunitária.

---

[29] Caso Wachhauf: Processo n. 5/ 88.

[30] DEITOS, Marc Antoni. **Direitos Humanos na União Europeia e no MERCOSUL:** entre um novo diálogo institucional e o "mais do mesmo". Material de aula, PPGD, UFRGS, 2011.

[31] Caso Cinetheque trata de uma decisão prejudicial sobre a interpretação de alguns artigos do tratado constitutivo, tratado da CEE, quanto a sua compatibilidade com a legislação francesa relativa à exploração através de fitas de vídeo ou videocassete de filmes projetados simultaneamente nas salas cinematográficas. Processo n.60/84 e 61/84.

[32] Caso Cinétheque vs Federation nationales des cinemas.

[33] Caso Ert: Processo C 260/89.

2.2 Tratados e documentos constitutivos da União Europeia e a proteção dos direitos fundamentais: do Ato Único Europeu (1986) ao Tratado de Lisboa (2009)

Além do papel fundamental do TJCE (hoje TJUE) na garantia de segurança aos direitos fundamentais, os tratados e documentos constitutivos do bloco trazem alguns dispositivos importantes quanto a esse temática. O Ato Único Europeu[34], de 1986, marca uma evolução no modo de referir os princípios fundamentais, sobretudo em seu parágrafo 3 e 5 do preambulo[35]. O Tratado de Maastricht[36], de 1992, inseriu uma norma especial, o artigo F, n.2 do TUE[37], que afirmou a vinculação da União aos direitos fundamentais tal como consagrados no CEDH, enquanto princípios gerais de direto correspondentes às tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.[38]

O Tratado de Amsterdã (1997, vigência 1999) não gerou muitas mudanças no âmbito institucional europeu, vindo a criar o espaço europeu de segurança, liberdade e justiça. No entanto, no âmbito dos direitos fundamentais marca um avanço significativo na proclamação do respeito devido ao princípio da democracia e às liberdades fundamentais. Esse Tratado, em seu art. 7 e 309 CE estabelece mecanismo de sanção para os Estados que violem os princípios

[34] O ato único europeu foi um instrumento institucional que alterou o pela primeira vez o Tratado de Roma, instituindo um projeto de Tratado de Maastricht. Ele tinha como principal objetivo a eliminação das fronteiras técnicas e físicas no território europeu.

[35] DECIDIDOS a promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros, na Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social.

[36] O tratado de Maastricht foi um marco significativo no processo de integração europeia. Foi com o tratado de Maastricht que o objetivo econômico inicial das Comunidades Europeias, visualizada pelo objetivo de um mercado comum, ultrapassou e tomou uma dimensão mais política.

[37] Artigo F

1. A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos.

2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

3. A União dotar-se-á dos meios necessários para atingir os seus objetivos e realizar com êxito as suas políticas.

[38] GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 24.

de forma grave e persistente, possibilitando um recurso de suspensão do direito de voto nas instituições comunitárias no caso de violação grave e persistente aos princípios enunciados no art. 6.

No ano de 2000 (07 de dezembro de 2000), em Nice, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão, proclamaram a Carta de Direitos Fundamentais e Liberdades Fundamentais da União Europeia. Essa carta corresponde a um documento de 54 artigos, divididos em sete capítulos distintos, mas ela não possui força jurídica vinculante, sendo um instrumento de *soft law*, aplicável a instituições da União Europeia e aos países membros sempre que apliquem a legislação comunitária. Apesar de ser *soft law*, a carta teve como principal objetivo dar maior visibilidade e transparência ao sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais já existentes na União, tornando mais explícitos os parâmetros, que até então baseavam-se somente na jurisprudência do TJCE.

Enfim, com o Tratado de Lisboa (2009), observa-se uma evolução importante no tocante a proteção dos direitos fundamentais, pois, no momento que menciona a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em seu texto, acaba dando valor jurídico vinculativo à ela, que até então detinha apenas força vinculativa política (Nice, 2000). O Tratado de Lisboa inseriu a Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais da União Europeia entre os seus tratados constitutivos, além de prever a adesão da União Europeia à CEDH, marcando, assim, uma evolução fundamental (art. 6º TUE).

3 A ADESÃO DA UE À CEDH: DO PARECER 2/94 ATÉ SITUAÇÃO ATUAL

O direito internacional e o direito comunitário são duas esferas jurídicas distintas. Enquanto o direito internacional tem como ocupação, dentre outras, questões sobre a temática dos direitos humanos, sendo composto por um tribunal global (CIJ) sob coordenação da ONU e tribunais regionais, atinentes a cada esfera regional de proteção (TEDH, CIDH, por exemplo) o direito comunitário concentra-se em questões ligadas a integração regional dentro

de um bloco (União Europeia e Mercosul), tendo como órgãos judiciários o Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tribunais Arbitrais ad hoc e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR).

Dessa forma, podemos localizar a União Europeia de um lado e a CEDH de outro. Em um primeiro momento (antes do Tratado de Lisboa) a União Europeia não era dotada de personalidade jurídica de direito internacional, não tendo capacidade jurídica de aderir a uma Convenção ou firmar tratados internacionais, sendo as Comunidades Europeias detentoras de personalidade e capacidade jurídica para tanto (cada uma delas tendo sua capacidade individualmente). No entanto, com o Tratado de Lisboa, 2009, o contexto se modifica e a União passa a ser dotada de personalidade jurídica internacional, podendo celebrar tratados e, até mesmo aderir aos já existentes. É nesse contexto que surge, então, a problemática de adesão da União Europeia à CEDH.

3.1 Parecer 2/94 de 1996

A primeira das instituições comunitárias a sustentar a tese da adesão das comunidades à CEDH foi o pralamento europeu em 1979, com o objetivo de proteção comunitária dos direitos fundamentais.[39]

Em 1990, a Comissão propõe ao Conselho a adesão da Comunidade Europeia à CEDH.[40] Em 1995 a Comissão Europeia criou um comite de sábios para anáilse dessa situação, no entanto, os relatórios elaborado por este comite enunciava uma série de razões contrárias à adesão das Comunidades à CEDH, principalmente em razão da possibilidade da descaracterização de um sistema comunitário.[41] Em razão disso, o Conselho da UE pede parecer ao TJCE sobre a possibilidade de adesão da Comunidade Europeia à CEDH, tendo como questão se a adesão à CEDH seria compatível com o direito comunitário.[42]

[39] DUARTE, Maria Luísa. **Estudos sobre o Tratado de Lisboa.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 100.
[40] MOURA RAMOS, *2012, p. 184.*
[41] DUARTE, op. cit., p. 100.
[42] Tal parecer decorreru do caso Johnston vs Cheif Constable (1986)[42], (além de uma serie de outras situações que refletiam essa questão), no qual era discutida a possibilidade de discriminação de gênero entre homens e

No referido parecer 2/94, que constituiu-se como primeira oportunidade de discussão pública sobre esse problema, o TJUE (naquele momento TJCE) responde negativamente a referida questão, ou seja, a União Europeia não teria competência para aderir à CEDH, tendo-se em vista a atual competencia distribuida no Tratado Comunitário, assim, tal adesão ultrapassaria os limites dispostos no art. 235 TUE, que tratava das competencias implícitas da comunidade, atual art. 268 TUE).[43] [44]

As reservas opostas à decisão de aderir à CEDH tem origem em uma abordagem política, que sublinha a oposição entre o modelo integracionista da União Europeia e o modelo clássico baseado no direito internacional (Conselho da Europa).[45] Essa questão dividiu as instituições europeias, de um lado tínhamos Comissão e parlamento a defender a adesão; e, de outro encontrávamos o conselho com muitas dúvidas, mais inclinado a rejeitar a adesão e tribunal de justiça, principalmente com receio de perder o seu estatuto de jurisdição suprema e exclusiva. [46]

Nesse parecer são apontados dois problemas referentes à adesão da Comunidade à Convenção: um de competencia da Comunidade para celebrar esse acordo e por outro o da compatibilidade com as disposições do Tratado, designadamente as respeitantes às competencias do Tribunal. Assim, ficou disposto no parecer que a Comunidade age normalmente com base em competências específicas, não sendo necessária que resultem expressaente de disposições expressas no tratado, podendo ser deduzidas implicitamente, podendo a competencia da Comunidade para assumir compromissos internacionais estar implícita nas disposições, no entanto, nenhuma disposição do tratado (expressa ou implícita) confere às instituições comunitárias o poder de adotar regras em matéria de direitos do homem ou de celebrar convenções internacionais nesse domínio. Assim, na ausencia de

---

mulheres em prol da segurança pública, decidindo o TJUE pela possibilidade de havere sta diferenciação em favor da segurança de um Estado, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

[43] PRINO, Carla Sofia Abreu. **Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH.** Disponível em: <http:// *europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n4/relacoes.pdf*>. *Acesso em: 12 set. 2012.*

[44] TRATADO de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>. Acesso em: 12 set. 2012.

[45] DUARTE, op. cit., p. 101.

[46] DUARTE, 2012, p. 101.

competencias específicas expressas ou implícitas para esse efeito, passa, o TJUE a examinar se o art. 235 TUE poderia constituir base jurídica para esse efeito. [47]

Ainda no parecer 2/94, menciona o TJCE que, segundo jurisprudencia constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito, cujo respeito é assegurado pelo próprio Tribunal. Para tanto, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados, bem como pelas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para proteção dos direitos do homem, tendo a CEDH um significado particular. Apesar do entendimento já mencionado pelo TJCE (hoje TJUE) que a CEDH é provida de significado ímpar, constituindo assim o respeito aos direitos do homem uma condição de legalidade dos atos comunitários, a adesão a CEDH implicaria uma alteração substancial do regime comunitário atual de proteção dos direitos do homem, na medida em que resultaria na inserção da comunidade num sistema institucional internacional distinto, bem como a integração do conjunto das disposições da Convenção (CEDH) na ordem jurídica comunitária (item 34). Assim, sustentou o TJUE que a alteração do regime de proteção dos direitos do homem na comunidade deveria ser realizada pela modificação do Tratado da União, pois tal adesão à CEDH extrapolaria a competencia referida no art. 235 do TUE. No item 36 do referido parecer, o TJUE menciona: "no estado atual do direito comunitário, a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção".

Em razão dessa competência restrita da União, em Maastricht é feita uma ampliação dessa competencia, sendo regulamentada pelo Tratado de Amsterdã. Com o Tratado de Nice (2000), houve um passo importante no tocante à temática de direitos fundamentais, pois houve a assinatura de uma Carta de Direitos Fundamentais no âmbito comunitário, no entanto, essa carta, estava disprovida de força jurídica vinculativa. Assim, foi com o Tratado de Lisboa, em 2009, que esta Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia se reveste de valor jurídico, força vinculativa, adquirindo mesmo valor jurídico dos demais tratados da Uniao, art. 6º TUE, tendo o referido tratado papel essencial na evolução e consagração dos

[47] Parecer proferido nos termos do Artigo 228 do Tratado da CE.

direitos fundamentais, pois, além de trazer força vinculativa à Carta de Direitos Fundamentais, trouxe a modificação tão esperada para adesão da União Europeia à CEDH.

3.2 O art. 6º do TUE (modificação realizada com o Tratado de Lisboa) e a adesão da UE à CEDH

Com o Tratado de Lisboa observa-se a possibilidade de suprimir um dos obstáculos apontados já no parecer 2/94 para adesão da UE à CEDH, pois com o tratado de Lisboa acaba-se por dotar a UE de capacidade constitucional para aderir à CEDH. Para alguns doutrinadores essa adesão é encarada como vínculo de obrigatoriedade necessário para tornar mais sério e eficaz o âmbito de salvaguarda dos direitos fundamentais, aproximando o direito da União do direito europeu dos DH.[48]

O referido art. 6º do TUE, além de dar força jurídica vinculante para a Carta de Direitos Fundamentais, mantém a referência aos princípios gerais de direito com base nas tradições constitucionais dos estados-membros, o que acaba por deixar uma "porta aberta" para a complementação dos direitos fundamentais que não estivessem na carta, mas que de alguma forma deveria ser protegidos.

Assim, o referido artigo vem superar a inexistência de uma habilitação constitucional, concedendo a formalidade exigida para adesao, corroborando o quadro jurídico de proteção dos direitos fundamentais em nível da União. [49]

Dessa forma, a adesão da UE à CEDH abre aos particulares a possibilidade de recurso individual perante o TEDH em questões envolvendo direito comunitário, o que até então não é possível. Dessa forma, os particulares poderão demandar perante o TEDH tanto questões referentes à direito nacional, quanto questões ligadas ao direito comunitário, lembrando sempre que deverá haver o esgotamento das vias para tanto [50], tendo em vista a competencia do TEDH mater-se subsidiária.

---

[48] PRINO, *2012, p. 67.*
[49] PRINO, *2012, p. 67.*
[50] Ibid., *p. 68.*

Com essa possível adesão da UE à CEDH, então, podemos concluir a existência de quatro níveis para defesa dos direitos humanos. Um primeiro nível concentra-se na atuação dos estados-membros na esfera nacional de proteção dos direitos fundamentais, através da proteção desses direitos pela Constituição nacional dos Estados. Um segundo nível de proteção é marcado pela exaustão dos remédios domésticos para proteção desses direitos e, presente uma violação à CEDH, a possibilidade de atuação do TEDH. Um terceito nível de proteção dos direitos fundamentais é realizado quando há, no caso das instituições europeias, violação, dentro do processo legislativo ou quando os estados-membros violam a Carta Europeia de Direitos Fundamentais quando da implementação do direito comunitário, o que possibilita recurso ao TJUE; sendo possível, ainda, a Comissão europeia (que tem competência, nesse caso), de demandar o Estado diretamente no TJUE, com o objetivo de haver a correta aplicação do direito comunitário. Por fim, então, um quarto nível de proteção dos direitos fundamentais no âmbito europeu é a possibilidade de verificação da compatibilidade do direito comunitário e seu processo de aplicação pelos estados-membros perante o TEDH com base na CEDH, o que depende para eficacia, da adesão da UE à CEDH[51].

Assim, para que haja, então, essa esperada adesão, importante destacar que, não seria necessária modificação no âmbito da União Europeia (que ocorreu com o Tratado de Lisboa), mas também modificações no âmbito no sistema regional de proteção dos direitos humanos, o que ocorreu com a edição de um protoclo adicional à CEDH[52] para possibilitar a acessão da UE ao controle do TEDH, o que viabiliza uma proteção externa dos direitos humanos, através de uma instância internacional.

Dessa forma, podemos observar que o processo de adesão completa da UE à CEDH e, enfim, a maior proteção e controle do cumprimento e respeito aos direitos fundamentais no âmbito da União, realiza-se através de um processo longo e complexo, que apesar de já iniciado, ainda não está finalizado. O acordo de adesão da União à CEDH deve ser adotado por unanimidade pelo Conselho da União Europeia e aprovado pelos estados-membros,

[51] DUARTE, 2012, p. 99.
[52] Protocolo 14 de 2004, art. 17.

conforme seus procedimentos constitucionais, sendo necessário, assim, a aprovação pelos 27 Estados da UE do acordo de adesão. Após este trâmite, então, o acordo de adesão deverá ser depositado junto ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, devendo o documento de adesão, ainda, ter aceite pelos membros da CEDH.

3.3 Resolução do Parlamento Europeu sobre aspectos institucionais da adesão da União Europeia à CEDH (19 de março de 2010)[53]

O parlamento Europeu[54], tendo em vista o objetivo de adesão da União à CEDH e levando em consideração a nova competencia da Uniçao Europeia firmada com o Tratado de Lisboa (2009) para adesão desta à CEDH, emite resolução em 19 de março de 2010.

Dentre os pontos de destaque sobre a temática, destaca os principais argumentos em prol da adesão da União à CEDH, sustentanto ser a adesão um avanço no processo de integração europeia, sendo mais um passo na constituição de uma união política, constituindo uma mensagem forte em termos de coerencia entre a União e os países pertencentes ao Conselho da Europa e um regime pan-europeu de proteção dos direitos humanos, vindo tal adesão à aumentar a credibilidade da União frente à países terceiros sobre os quais há exigência de respeito à CEDH. Além disso, destaca o Parlamento, que a adesão garantirá uma harmonização legislativa e jurisprudencial no domínio dos direitos humanos dos ordenamento jurídicos da UE e da CEDH, contribuindo para o desenvolvimento harmonioso entre TEDH e TJUE, que acabarão funcionando em sintonia. Assim, essa adesão não coloca em causa o principio da autonomia do direito da União, mantendo-se o TJUE como órgão jurisdicional

[53] PARLAMENTO EUROPEU. Aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Resolução do Parlamento Europeu de 19 de maio de 2010 sobre aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12

[54] O Parlamento Europeu está inserido no quadro das instituições europeias, sendo composto por representantes dos povos dos Estados reunidos no seio da Comunidade eleitos por sufrágio universal e direto pelos cidadãos dos estados-membros. O Parlamento é responsável pelo pronunciamento sobre as propostas elaboradas pela Comissão que, posteriormente serão adotadas pelo Conselho. No entanto, com o Tratado de Lisboa o Parlamento teve sua competência ampliada, compondo, em conjunto com o Comissão, o processo de co-decisão relativo a algumas matérias específicas.

supremo e único no que respeita às questões relativas ao direito da União, constituindo-se a relação entre esses tribunais não como de hierarquia, mas sim de especialidade. [55]

O parlamento explica, na referida resolução, que a adesão não implicará em alargamento das competencias da Uniao, não criando uma competência geral da União em matéria de direitos humanos, devendo as identidades nacionais dos estados-membros e suas tradições constitucionais serem respeitadas. [56] Tal adesão, ainda, não converte a União em membro do Conselho da Europa, no entanto, é necessária uma certa participação da União no sistema da Convenção (CEDH) para que haja garantia de integração da União com esse sistema, que será concretizada através da possibilidade de apresentação de uma lista de três candidatos para as funções de juiz e direito de participação nas reuniões do Comite de Ministros através da Comissão Europeia, com direito de voto em nome da UE, e, por fim, o Parlamento Europeu poderá designar/enviar um certo número de represnetantes à Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa. [57]

No item 11 da referida resolução, explica o parlamento que, quando da adesão da UE à CEDH, poderá ocorrer de tanto o TEDH quanto o TJUE terem competência sobre determinada matéria, no entanto, não deverá ser permitida a submissão dos casos, simultaneamente, aos dois tribunais. [58]

Sustenta o Parlamento Europeu que o respeito aos direitos do homem é um valor fulcral na UE consagrado no seu tratado fundador, constituindo uma base comum para as relações com os países terceiros, dessa maneira essa adesão acabará por reforçar a confiança dos cidadãos na UE e a credibilidade da União no diálogo sobre direitos humanos com países terceiros, sendo a Carta de direitos fundamentais igualmente essencial para garantir a credibilidade da União nesse diálogo.[59]

Sublinha, o Parlamento, ainda nessa resolução, que a adesão da UE à CEDH proporcionará um mecanismo adicional de reforço aos direitos do homem, sendo possível

[55] PARLAMENTO EUROPEU, 2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 1.
[56] Ibid., (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 2.
[57] Ibid., (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12
[58] Ibid., (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 11.
[59] Ibid., (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 20.

apresentar ao TEDH uma queixa relativa a ação ou omissão por parte de instituição da UE ou de um estado-membro. No entanto, tal possíbilidade não altera o sistema jurisdicional do TJUE, nem do TEDH, assim, todas as vias de recurso judicial interno deverão ser esgotadas para que haja admissibilidade de recurso no TEDH.[60] Assim, salienta-se que deverá haver uma cooperação reforçada entre o TJUE, tribunais nacionais e TEDH, formando-se um sistema de jurisprudencia coerente no domínio dos direitos humanos. Conclusivamente, a adesão implica o reconhecimento de todo o sistema de proteção dos direitos humanos que tem vindo a ser desenvolvido e codificado nos múltiplos documentos do Conselho da Europa e pelos respectivos órgãos, constituindo referida adesão uma etapa essencial que deverá ser seguidamente complementada pela adesão da UE à Carta Social Europeia de 1961, além de adesão a uma serie de outros órgãos de proteção especifica aos direitos humanos. [61]

3.4 A adesão da UE à CEDH: mutação gradual e não radical

Conforme já mencionado em momento anterior, o Tratado de Lisboa (2009) com a redação do seu art. 6º acaba por dar maior amplitude à proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. O item 1 do referido artigo define o lugar da Carta de direitos fundamentais, o item 2 anuncia a adesão da União Europeia à CEDH e o item 3 mantem o sistema aberto ao reconhecimento e garantia de outros direitos fundamentais, além daqueles codificados pela Carta e pelas demais disposições de tratados como princípios gerais do direito. Em decorrência disso, sustenta Maria Luísa Duarte que o Tratado de Lisboa proporciona um desenvolvimento qualitativo do sistema de proteção de direitos humanos, tendo em vista a aquisição de força vinculativa à Carta de direitos fundamentais e a flexibilidade internormativa do sistema pela via criativa e aberta através dos princípios gerais do direito. [62]

No entanto, apesar de observar-se uma série de avanços na UE quanto à proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais, aspecto negativo também é constatado relativo à

[60] PARLAMENTO EUROPEU, (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 23.
[61] Ibid., (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12. Item 30.
[62] DUARTE, 2012, p. 99.

auto-exclusão do Reino Unido e Polônia quanto à vinculação jurídica à Carta de Direitos Fundamentais. Esses dois países obtiveram acordo sobre não aplicação da Carta aos respectivos ordenamentos jurídicos, através de um protocolo que garante a esses estados que a Carta não poderá ser invocada como forma de desaplicação de leis, práticas e ações administrativas internas, principalmente quanto aos direitos socias dispostos na carta, que não cria direitos suscetíveis de invocação perante os tribunais internos. [63] Sobre esta questão, em 2009, a República Checa se uniu a esses dois países que se exclue da vinculatividade da Carta de direitos fundamentais, tendo sido esta a condição para a sua adesão ao Tratado de Lisboa, já que era o último país a aderir para que, então, o Tratado passasse a viger.

Importante mencionar que a fuga desses países à vinculatividade da Carta de direitos fundamentais acaba por fragilizar o compromisso da UE com os DF, o que se mostra um retrocesso, não só quanto à proteção dos direitos fundamentais, mas também qaunto a própria natureza da UE, pois mostra-se como uma manifestação inoportuna de intergovernamentabilidade, além de ser uma forma de integração diferenciada, o que acaba por gerar insegurança jurídica dentro do bloco.[64]

Apesar desse retrocesso trazido por este protocolo 30 que exclui esses três países da força vinculativa da Carta de DF, o Tratado de Lisboa implicou alterações substanciais quanto ao bloco de fundamentalidade da União Europeia, pois, apesar do tratado de Lisboa não proclamar novos direitos, mas sim a dar força vinculativa aos já existentes, além de prever um sistema integrado da UE à CEDH, através de sua adesão, trazendo um sistema triangular de proteção dos direitos fundamentais através dos estados-membros, do direito da União Europeia e do sistema da CEDH.

O art. 6º, item 2, preve aspecto inovador em matéria de direitos fundamentais, pois prevê, conforme já anteriormente mencionado, a adesão da UE à CEDH, no entanto, esse dispositivo não possui repercussão imediata. Dessa forma, segundo Maria Luisa Duarte, apesar do Tratado de Lisboa ter deixado a porta entreaberta para a futura adesão da UE à CEDH, o tratado não teve força para mutacionar imediatamente o sistema eurocomunitário de

[63] DUARTE, 2012, p. 108.
[64] DUARTE, 2012. p. 109.

proteção dos direitos fundamentais. [65] Assim, observamos que não houve nenhuma mudança radical com as previsões do Tratado de Lisboa sobre direitos fundamentais, observando-se que será uma mutação gradual, principalmente pautada em um diálogo entre juízes, que constitui um triângulo judicial europeu. [66]

Dessa forma, a principal questão levantada quanto à adesão da UE à CEDH é no tocante a relação entre TEDH e TJUE. Enquanto o TJUE é o supremo no sistema eurocomunitário, o TEDH constitui-se como supremo no sistema da grande europa (internacional – Conselho da Europa – 47 países), assim, resta a dúvida: em caso de violação à direitos fundamentais em país que faça parte tanto da UE quanto do sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, qual tribunal temos que invocar? TJUE ou TEDH? Maria Luisa Duarte responde a essa questão sustentando ser uma relação de especialidade e não de hierarquia, assim, direitos fundamentais violados no âmbito da União Europeia deverão ser analisados pelo TJUE e, somente subsidiariamente pelo TEDH, após esgotados os recursos internos dos países e comunitários. [67] Essa conclusão é possível, pois, o art. 35ª da CEDH dispõe nesse sentido[68]. Assim, observamos que o TEDH é o guardião da CEDH, sendo a

[65] Ibid., p. 113.
[66] Ibid., p. 114.
[67] DUARTE, Maria Luísa. Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH. **Debater a Europa,** n. 4, jan./jun. 2011b. p. 73.
[68] Art. 35 CEDH: 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.
2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34° se tal petição:
a) For anónima;
b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.
3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34° sempre que considerar que:
a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem caráter abusivo; ou
b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respetivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

melhor arma contra Estado violador de direitos contids na CEDH e o TJUE é o guardião dos tratados constitutivos e funcionamento da União Europeiam sendo as violações atinentes aos direitos fundamentais em âmbito comunitário competencia do TJUE e, cabendo somente subsidiariamente à análise do TEDH.

Alguns se questionam sobre a submissão do TJUE à TEDH, sustentando que, nesse caso, o TJUE perderia sua caracteristica de ultima instância no tocante as questões comunitárias. Nesse sentido, Maria Luisa Duarte sustenta que a competencia do TEDH é referente unica e exclusivamente aos direitos contidos na CEDH, assim, o TEDH nunca poderá intervir na interpretação das normas europeias, nem na validade dos atos emanadps das instituições, órgaos ou organismos europeus, ficando seu campo de atuação restrito à conformidade das decisões europeias com a Convenção e dependente do devido impulsionar do mecanismo de queixa (art. 35º CEDH).

Dessa forma, a partir da adesão da UE à CEDH, teremos um diálogo jurisprudencial continuo entre TEDH e TJUE. Assim, alguns doutrinadores, como Maria Luisa Duarte, sustentam a possibilidade do uso do reenvio prejudicial (que é responsavel pela harmonização da jurisprudencia nacional de um estado-membro, com a jurisprudencia advinda do TJUE), entre TJUE e TEDH no caso de dúvidas quanto à interpretação da CEDH, configurando um diálogo jurisprudencial continuo entre esses dois tribunais[69] e um avanço relevante e essencial na proteção dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais na UE foram gradativamente se firmando, inicialmente através de decisões do TJCE (hoje TJUE), e, posteriormente através de alguns documentos firmados entre os estados-membros.

---

4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

[69] DUARTE, 2011b, p. 77.

Paralelamente a essa esfera integracionista, temos a Europa proetegendo os direitos fundamentais dos indivíduos em face de Estados em ambito internacional, através do seu Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos, cuja atuação do TEDH se mostra fundamental. Assim, inicialmente observamos proteções paralelas no âmbito da União Europeia: o sistema da União Europeia de proetção (composta por 27 países) e o sistema europeu (no qual fazem parte 47 países, dentro dos quais estão os 27 países da UE).

Com o Tratado de Lisboa fica afirmada a possibilidade de diálogo entre direito internacional e direito comunitário através da adesão da UE à CEDH, ou seja, a UE passando a configurar como membro da CEDH, acaba por dar a possibilidade do TEDH controlar seus atos a luz do respeito a Convenção. Dessa maneira, observamos que os sistemas, inicialmente paralelos de proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais passam a dialogar e, assim, uma cooperação entre TEDH e TJUE torna-se fundamental, tendo em vista que a atuação de ambos os tribunais com um objetivo comum: proteção e maior efetividade do respeito aos DFs, proporcionando uma harmonização dos direitos nacionais, formando um verdadeiro direito europeu de proteção aos direitos fundamentais.[70]

REFERÊNCIAS

CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário.** 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

CORREIA, Sérvulo. **A União Europeia e a "europeização" do direito constitucional dos Estados Membros.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27361/uniao_europeia_europeizacao_direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 set. 2011.

[70] Ibid., p. 78.

DEITOS, Marc Antoni. **Direitos Humanos na União Europeia e no MERCOSUL:** entre um novo diálogo institucional e o "mais do mesmo". Material de aula, PPGD, UFRGS, 2011.

DUARTE, Maria Luísa. **O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem:** uma defesa do "triângulo judicial europeu". Disponível em: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf>. Acesso: 7 set. 2011a.

_____. **Estudos sobre o Tratado de Lisboa.** Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH. **Debbater a Europa,** n. 4, jan./jun. 2011b.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. In: CARTA de direitos fundamentais da EU. Coimbra: Coimbra, 2001. P. 17-38.

MARTINS, Patrícia Fragoso. **O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas.** Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=GmE7PW533m4C&pg=PA83&lpg=PA83&dq=agnosticismo+valorativo&source=bl&ots=09OkDn5Kf0&sig=ig0YUKLgjdjmWqEMs7vPBvv1zzU&hl=pt-BR&ei=6JV4TsS0K4WhtwfA4sCvDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q=agnosticismo%20valorativo&f=false>. Acesso em: 20 set. 2011.

MOURA RAMOS, Rui Manoel. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/17.pdf>. *Acesso em: 23 set. 2012.*

PARLAMENTO EUROPEU. Aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Resolução do Parlamento Europeu de 19 de maio de 2010 sobre aspectos institucionais da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2009/2241 (INI)) – 2011/C 161 E/12.

PRINO, Carla Sofia Abreu. **Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH.** Disponível em: <http:// *europe-direct aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n4/relacoes.pdf*>. *Acesso em: 12 set. 2012.*

TRATADO de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>. Acesso em: 12 set. 2012.

CASOS CONSULTADOS

CURIA. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Stork: processo n. 1/58, acórdão de 04 de fevereiro de 1959. Friedrich Stork & Co. contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.
Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=86917&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715803>. Acesso em: 22 de set. 2012.

CASO Consórcio do Carvão do Ruhr: processo 13/60. Consórcios de venda de carvão do Ruhr "Geitling", "Mausegatt" e "Präsident" contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87024&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715546>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Stauder: processo 29/69. Erich Stauder contra Cidade de Ulm - Sozialamt. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87844&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715448. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Internationale Handelsgesellschaft: processo n. 11/70, acórdão de 17 de dezembro de 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715358>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Nold: processo n. 4/73, acórdão de 14 de maio de 1974. Nold versus Comissão. . J.Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Ruhrkohle Aktiengesellschaft Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88495&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715293>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Rutili: processo n. 36/75, acórdão de 28 de novembro de 1975. Roland Rutili contra Ministro do interior. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=36/75&td=ALL>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Wachauf: processo n. 5/88. Disponível: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95830&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2714316>. Acesso em: 22 set. 2012.

CASO Cinétheque vs Federation nationales des cinemas. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61984J0060&lg=en>. Acesso em: 4 set. 2012.

CASO Ert: processo C- 260/89. Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contra Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas e Nicolaos Avdellas e outros.
Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96792&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715217>. Acesso em: 22 set. 2012.