ISSN 1678-5029
E-ISSN 2317-8558

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS

Volume IX | Número 2 | Ano 2014

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:
José Alcebíades de Oliveira Júnior

Coordenadora Substituta:
Claudia Lima Marques

Professores Permanentes:
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Augusto Jaeger Junior
Bruno Nubens Barbosa Miragem
Carlos Eduardo Dieder Reverbel
Carlos Klein Zanini
Cesar Viterbo Matos Santolim
Claudia Lima Marques
Daniel Francisco Mitidiero
Danilo Knijnik
Fabio Costa Morosini
Gerson Luiz Carlos Branco
Humberto Bergmann Ávila
José Alcebíades de Oliveira Júnior
Lenadro Amaral Dorneles de Dorneles
Luciane Cardoso Barzotto
Luís Afonso Heck
Luis Fernando Barzotto
Luis Renato Ferreira da Silva
Luiz Felipe Silveira Difini
Martha Lucía Olivar Jimenez
Ricardo Antonio Lucas Camargo
Roberta Camineiro Baggio
Véra Maria Jacob de Fradera
Wladimir Barreto Lisboa

Professores Colaboradores:
Carlos Silveira Noronha
Cezar Saldanha Souza Junior
Rafael Da Cás Maffini
Tupinambá Pinto de Azevedo

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito

Editor-Chefe:
José Alcebíades de Oliveira Júnior

Responsável Acadêmico:
Wagner Silveira Feloniuk

Secretária Executiva:
Rosmari de Azevedo

Colaborador Executivo:
Anderson de Lima Kovalsky

Conselho Editorial:
Alvaro Sanchez Bravo (Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España)
Antonio Carlos Wolkmer (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil)
Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)
Fredie Souza Didier Junior (Universidade Federal da Bahia, Brasil)
Gisele Guimarães Cittadino (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil)
Luiz Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná, Brasil)
Ricardo Marcelo Fonseca (Universidade Federal do Paraná, Brasil)
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches (Universidade Nove de Julho, Brasil)
Sérgio Cruz Arenhart (Universidade Federal do Paraná, Brasil)
Vladmir Oliveira Silveira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)

Editores-Executivos:
Wagner Silveira Feloniuk
Kenny Sontag
Gustavo Castagna Machado

Avaliadores:
Alan Dias Barros (UFRN)
Álvaro Bettanin Carrasco (UFRGS)
Ana Paula Morais Galvão Pignataro (UFRN)
André Gomes de Sousa Alves (FIP)
Augusto Jaeger Junior (UFRGS)
Caetano Cuervo Lo Pumo (UFRGS)
Camila Vicenci Fernandes (UFRGS)
Carla Marrone Alimena (UFRGS)

Daniela Gomes (UCS)
Diego Prezzi Santos (FADISP)
Eduardo Pordeus Silva (UFRN)
Giancarlo Michel de Almeida (UFRGS)
Guilherme Amintas Pazinato da Silva (UFPR)
Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)
Isadora Vier Machado (CEUMA)
Jamile Khede Israel (UFRJ)
João Paulo K. Forster (UniRitter)
Leonardo Rocha Souza (UFRGS)
Maria Goretti Dal Bosco (UFMG)
Nataly Evelin Konno Rocholl (FGV)
Okçana Yuri Bueno Rodrigues (CEUMA)
Pablo Castro Miozzo (UFRGS)
Romulo Ponticelli Giorgi Júnior (UFRGS)
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (UNINOVE)

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito

A revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito é a publicação 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 ideia nuclear, sintetizada na expressão "Fundamentos da Experiência Jurídica". Em torno dessa ideia 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 ideia 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.

Núcleo de Criação, Editoração, e Revisão da Gráfica da UFRGS

Acompanhamento Editorial: Oberti do Amaral Ruschel

Capa: Débora Lima

Projeto Gráfico: Glauber Machado, Natasha Moreira

Diagramação: Glauber Machado

Revisão: Felipe Raskin Cardon, Tayná Werlang De Carli

Programa de Pós-Graduação em Direito

Faculdade de Direito - UFRGS
Av. João Pessoa, 80 - 2º andar
Porto Alegre - RS - 90040-000
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. 9 n. 2 (2014). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003-
Semestral
ISSN 1678-5029, E-ISSN 2317-8558
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 ao Volume IX, Número 2, Ano 2014
Preface

José Alcebíades de Oliveira Junior,
Claudia Lima Marques, Wagner Silveira Feloniuk,
Gustavo Castagna Machado, Anatércia Rovani Pilati, Kenny Sontag **9**

Autores Convidados

Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo
Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism

Michael Stolleis **13**

Democracia e Heterotopia: uma Análise do Espaço Democrático
Democracy and Heterotopia: an Analysis of the Democratic Space

Angela Couto Machado Fonseca,
Luana L. H. da Silva Rodrigues, Ricardo Marcelo Fonseca **41**

Qual *Liberdade de Imprensa*? A Imprensa Concebida como um *Fórum Aberto* ou como um *Cão de Guarda Privilegiado*
Which Freedom of the Press*? The Press Conceived as an* Open Forum *or a* Privileged Watchdog

Jens Elo Rytter **61**

Artigos

Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro
Amicus Curiae *and Public Hearings on Brazilian Constitutional Review*
Oscar Valente Cardoso **115**

Súmulas Vinculantes e Força Normativa: Aspectos Críticos
Binding Precedents and Normative Power: Critical Issues
Alice de Siqueira Khouri, Fernando Horta Tavares **151**

Independência do Judiciário na Moderna Sociedade de Massas
Independence of the Judicial Branch in the Modern Mass Society
Wilson Maingué Neto **179**

Gênero e Políticas Públicas: Desafios e Proposições para Superação do Problema Jurídico da Descontinuidade e Desarticulação Governamental
Gender and Public Policies: Challenges and Proposals to Overcome the Legal Problem of Governmental Discontinuity and Disarticulation
Paula Loureiro da Cruz **219**

Da Espera Excessiva em Fila de Banco: da Afronta ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana
The Excessive Waiting in the Bank Queue: of the Affront to the Constitutional Principle of Human Dignity
Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga, Marco Cesar de Carvalho **257**

A Tributação do Expatriado Estrangeiro à Luz do Direito Internacional Tributário do Brasil
The Taxation of Foreign Expatriates in Accordance with Brazilian International Tax Law
Ana Carolina Assumpção Stoffel **291**

Economia Política Constitucional: Programa de Pesquisa James Buchanan e as Tecnologias Civis
Constitutional Political Economy: James Buchanan Research Program and the Civil Law Technologies
Andrei Cesário de Lima Albuquerque, Heraldo Elias Montarroyos **327**

O *Dumping* Social e a Proteção aos Direitos Sociais dos Trabalhadores
The Social Dumping and the Protection of Worker's Social Rights
Lilian Patrícia Casagrande, Tereza Cristina Meurer Antunes **363**

Apontamentos sobre a Efetividade da Tutela Jurisdicional em Matéria Previdenciária
Notes on the Effectiveness of Jurisdictional Protection in Social Security Matters
Aline Machado Weber **399**

Propaganda Eleitoral Negativa nas Eleições: Limitações à Liberdade de Expressão dos Candidatos e dos Eleitores
Negative Electoral Propaganda: Limitations to the Candidates' and the Voters' Freedom of Speech
Aline Boschi Moreira, Joana de Souza Sierra **443**

Direitos e Deveres dos Estados-Membro: Efeitos Decorrentes da Aplicação do Mecanismo de Suspensão no Mercosul
Rights and Duties of Member-States: Effects of the Application of the Suspension Mechanism in the Mercosur
Andréa Rocha Postiga **471**

O Consentimento Informado e sua Dinâmica na Relação Médico-Paciente: Natureza Jurídica, Estrutura e Crise
The Informed Consent and its Dynamics in the Doctor-Patient Relationship: Legal Nature, Structure and Crisis
Silvio Romero Beltrão **501**

Seções Especiais

Entrevista com Michael Stolleis: os Caminhos da História do Direito
Interview with Michael Stolleis: the Paths of Legal History
Gustavo Castagna Machado **539**

Notícias volume IX, n. 2, 2014 **563**

Dissertações de Mestrado e Teses de Doutorado defendidas em 2014 **571**

Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo*

Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism

Michael Stolleis**
Tradução:
Gustavo Castagna Machado

Resumo: "Todas as leis precisam de interpretação" (Thomas Hobbes, Leviathan, parte 2, cap. 26). Se isso for pressuposto, uma questão essencial que surge é: quem será o intérprete e que limites ele terá que respeitar? No início do período moderno, quando o Estado absolutista surgiu, o juiz não era realmente independente, mas um instrumento obediente do príncipe. Desde a formação do Estado constitucional, o Judiciário ganhou cada vez mais independência. Em consequência, também a interpretação tornou-se "livre" – apenas limitada pelo texto da lei e da Constituição. A história da interpretação é uma história contínua de constitucionalizar o poder político no interesse dos direitos fundamentais do indivíduo.

---

* Publicação original: STOLLEIS, Michael. Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien Régime* to Constitutionalism. In: MORIGIWA, Yasutomo; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (Ed.). *Interpretation of the Law in the Age of Enlightenment*. From the Role of the King to the Rule of Law. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011, p. 3-17. Tradução de Gustavo Castagna Machado, com a autorização do autor.

** Professor emérito de Direito Público (Öffentliches Recht) e de História do Direito da Modernidade (Neuere Rechtsgeschichte) da Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Ex-diretor do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (1992-2009).

Palavras-chave: Interpretação. Separação dos Poderes. Independência do Judiciário. Estado Constitucional.

Abstract: "All Lawes need Interpretation" (Thomas Hobbes, Leviathan, Part 2, chap. 26). If this is to be assumed, one essential question arises: who will be the interpreter and which limits has he to respect? In early modern period, when the absolutist state emerged, the judge was not really independent, but an obedient instrument of the prince. Since the formation of the constitutional state, the judiciary gained more and more independence. In consequence also the interpretation became "free" – merely restricted by the text of the law and of the constitution. The history of interpretation is a continuous history of constitutionalizing the political power in the interest of the fundamental rights of the individual.

Keywords: Interpretation. Separation of Powers. Independence of Justice. Constitutional State.

Introdução

Há poucas declarações mais universalmente aceitas do que a famosa glosa de Thomas Hobbes: que "[...] todas as leis precisam de interpretação".[1] Essa ideia continua a ser um tema da ciência do Direito em pauta desde a antiguidade, pois, mesmo antes de legislação no sentido moderno existir, os juízes eram obrigados a determinar "a correta" interpretação de qualquer dada lei.[2] As deficiências das leis e dos textos jurídicos são

[1] HOBBES, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W. G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 212.

[2] Assim a frase muitas vezes citada do discurso de 23 de fevereiro de 1803, relativa à apresentação do código civil de Portalis: "Il y avait des juges avant qu'il y eût lois […]" (MOHNHAUPT, Heinz. Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime. In: MOHNHAUPT, Heinz. *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*. Frankfurt am Main: M. V. Klostermann, 2000, p. 223).

reconhecidas e bem conhecidas: aquelas tanto óbvias como latentes, e aquelas existentes ou alegadas. Não somente isso, a lei também contém uma cegueira bem conhecida para o futuro e, como todos os textos, pode ser interpretada de forma diferente, dependendo do contexto. Portanto, se a sociedade deve funcionar harmoniosamente, uma autoridade é necessária: uma autoridade que encerre a batalha da interpretação.

Essa batalha tem sido um constante problema da ciência do Direito. Todos os textos são ambíguos, sejam eles mandamentos divinos ou normas humanas; simples orientações ou manuais de instrução. Quando a palavra *interpretation* é inserida no Google, sessenta e nove milhões de registros são encontrados, revelando que, em qualquer sentido da palavra, a interpretação é um problema fundamental da comunicação humana.

1 O Conceito de Soberania

Para determinar um ponto de partida dentro da *polêmica* em torno da interpretação jurídica, vamos começar com Thomas Hobbes. Na medida em que Hobbes nomeia o soberano secular como a autoridade final – seja ele quem for: seja um homem, como em uma monarquia; ou uma assembleia de homens, como em uma democracia ou aristocracia – Hobbes nomeia-o, simultaneamente, como o legislador do Direito civil.[3] Esse soberano não só é capaz de fazer, suprimir ou mudar as leis; ele também é capaz de interpretá-las. Isso foi previamente observado por Bodin, em seu reconhecimento de que o soberano pode tanto *donne & casser la loy* como *changer*

[3] HOBBES, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909, p. 204: "The Soveraign is Legislator."

& corriger a lei.[4] Para sustentar isso, aqui Bodin refere-se às obras de Bártolo, Baldo e Accursio, e, de forma direta, ao Digesto e às instituições de Direito Romano.

Além disso, durante toda Alta Idade Média, o Direito canônico permitiu ao papa *omne ius tollere et de iure supra ius dispensare*. Assim, quem quer que tivesse o direito de legislar também era capaz de interpretar a lei autêntica e legitimamente: *Unde ius prodiit, interpretatio quoque procedat* (Liber extra 5.39.31, Dekretale Inter alia).

Thomas Hobbes pode ser situado nesse debate sobre o absolutismo, que ocorreu desde a época de Justiniano aos papas jurídicos medievais; e de Bodin ao absolutismo da época de Hobbes. Hobbes reconheceu a incapacidade do soberano em tomar todas as decisões interpretativas e jurídicas sozinho. Assim, Hobbes legitimou o direito de interpretação judicial como um produto de delegação entre atores sociais. Os juízes são nomeados por um Estado soberano e tomam decisões em nome do soberano.[5] Essas decisões não adquirem validade em virtude de serem sentenças privadas de juízes, mas porque são feitas no âmbito da autoridade do soberano. Dessa forma, a decisão judicial torna-se não só a sentença do *soberano*, mas também lei vinculativa e exequível. Mesmo interpretações do Direito comum ou local são legítimas somente se implícita ou explicitamente atendem à vontade do soberano. Em outras palavras: o poder do soberano sobre o Direito subjuga a interpretação deste. No modelo de Hobbes, não há justiça independente, não há separação de função estatal e não há interpretação autônoma por parte do juiz.

---

[4] BODIN, Jean. *Les six livres de la République*, Chap. I, 8. *Principi Leges a se latas sua voluntate ac sine subditorum consensu abrogare, vel ex parte legibus derogare vel subrogare vel abrogare licere*. Na versão francesa: *Le Prince souverain peut déroger aux lois, ou icelles casser ou annuler cessant la justice d'icelles.*

[5] STOLLEIS, Michael. *Im Namen des Gesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

Apesar de estarmos familiarizados com as distinções entre "legislação", "administração" e "jurisdição", sob o Direito Romano apenas o termo singular "jurisdição" existiu. Esse termo continha as conotações tanto de *imperium* como de *potestas* (poder) (Ulpiano D. 2.1.3.).[6]

Inicialmente, a jurisdição foi definida como um poder autoritário (maiestas); um poder que determinava, estabelecia, modificava e declarava em um pronunciamento tanto a lei como o direito. A respeito desse ponto, Bártolo expõe: *facere statuta est iurisdictio in genere sumpta* e Baldo segue para afirmar que *statuta condere est iurisdictionis: Quia qui statuit, ius dicit…:* aquele que determinou, determinou a lei; aquele que tem jurisdição, é soberano. Na Espanha e na França, "aquele que determinou" era o rei. Na Alemanha, o imperador e os estamentos do império tiveram de concordar coletivamente com a criação de novas leis. Nessas circunstâncias, o debate dos juristas sobre reivindicações de "jurisdição", no sentido romano (D 2.1.3.), girava em torno desse problema de poder contencioso.

Desde a época da jurisdição medieval à época de Hobbes, o objetivo de Bodin foi examinar e esclarecer os debates anteriores. Mesmo o próprio Bodin estava inicialmente inseguro de sua direção. No entanto, em primeiro lugar, no *Methodus* de 1566, ele declarou que a nomeação dos principais funcionários era o atributo mais importante da soberania e, depois disso, a aprovação ou a revogação de leis. Em *Les six livres de la République*, de 1576, o poder de criar a legislação é mencionado sobretudo como a *première marque de souveraineté, c'est donner loy à tous en général, et à chacun en particulier* (Lib. I, chap. X). Desde então, o conceito de soberania definiu – e permitiu – que a concentração do poder legislativo ficasse nas mãos do soberano.

---

[6] STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 1. München: C. H. Beck, 1988, p. 156 et seq.

2 O Juiz como um Agente do Príncipe

Thomas Hobbes – com quem começamos – não mudou nada em relação a esse conceito de soberania. Em uma complexa interação entre o poder político e a teoria política e jurídica, as diversas esferas de poder do soberano foram consolidadas sob o título central de "soberania". Como consequência, os "estamentos" (*Stände*) perderam sua posição: eles foram vencidos pelo poder do soberano, e contornados pelos poderes que poderiam ignorá-los completamente. Um exemplo disso é a situação em que um príncipe poderia criar novos impostos sem o consentimento dos estamentos. Os estamentos eram convocados com cada vez menos frequência, ou até mesmo não eram; eles estavam sendo abandonados.

A linguagem de comandos torna essa estrutura hierárquica de poder clara: *nous disons, déclarons, ordonnons, ou volumus et iubemus ou ordenamos y mandamos*.[7] Nesse mundo do absolutismo, o juiz tornou-se nada mais do que o órgão da vontade do soberano. Nesse mundo, toda interpretação feita pelo juiz automaticamente incorporou um ato de encontrar a justiça em nome do monarca. Embora, na prática, era o juiz que estava agindo e que julgava cada caso (*ius dicit*), na teoria, continuava a ser o monarca. Mesmo assim, durante esse período, nenhum monarca poderia influenciar diretamente ou controlar os veredictos de seu sistema judiciário. Em vez disso, ele conduzia o trabalho dos juízes e interferia de tempos em tempos quando deficiências eram relatadas. Os juízes foram controlados da mesma forma que os outros funcionários superiores ou inferiores, fiscais, militares ou diplomatas, funcionários judiciais ou ajudantes.

[7] Segue-se Mohnhaupt (nota 2) p. 225 et seq.

Durante esse período, o princípio orientador era a "máquina", guiada por um ponto de energia ou controlador central.[8]

No entanto, dentro da própria instituição judicial, o envolvimento teórico do monarca não se estendia de fato a casos individuais ou ações judiciais típicas, e, portanto, não pode ser interpretado em qualquer sentido real. No entanto, a situação teórica era exatamente do jeito como Hobbes a descreveu. Qualquer dado juiz estava autorizado a consolidar a ordem jurídica em nome do soberano (ou da autoridade adequada).

No cumprimento desse papel, os juízes focavam na redação do Direito romano – ou mesmo de outras fontes do Direito – e também se preocupavam com a doutrina do precedente. Em algumas circunstâncias, os juízes até consultavam textos acadêmicos para as suas opiniões. No entanto, em última instância, essas tarefas eram pouco mais do que preparação. Isso acontecia porque a decisão final – tomada após toda a interpretação – era feita em nome do rei (*au nom du roi*), ou em nome do império. Como o último ponto de legitimação, o soberano permanecia no topo da hierarquia; no vértice da pirâmide.

Por conseguinte, a função do Poder Judiciário de interpretar o Direito tornou-se uma parte do Poder Executivo. O judiciário não era independente, mas, em vez disso, era um instrumento da vontade do soberano. A famosa descrição de Montesquieu do Judiciário como *bouche de la loi* (*De L'Esprit des Lois*, XI, 6) descreve bem essa relação. Essa descrição é muitas vezes incompreendida, bem como as conotações que ela implica para a separação de poderes.[9] Isso não implica que a interpre-

[8] STOLLBERG-RILINGER. Barbara. *Der Staat als Maschine:* Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats. Berlin: Duncker and Humblot, 1986.

[9] SEIF, Ulrike. Der missverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Bd. 22, 2000, p. 149 et seq.

tação judicial não é útil, mas apenas que o Direito – no sentido mecânico – contém soluções para tudo, e o juiz desempenha o papel da boca para falá-lo em voz alta.[10]

A afirmação de Montesquieu não é um endosso ao compromisso moderno ao "Estado de Direito" (*État de Droit*), nem à ideia de que o Judiciário está proibido de se desviar dele. Montesquieu está apenas descrevendo a relação jurídica entre o monarca e o sistema judiciário, e, nesse contexto, a metáfora é apta. Ela limita-se a denotar a hierarquia do Direito que decorre do soberano. Todos os historiadores do Direito concordam que a ideia moderna de Direito não existia durante este período, na medida em que o Direito moderno foi um produto do movimento constitucional do século XIX. O Direito moderno pode ser visto como um produto de um parlamentarismo em evolução, e sua distinção entre o poder executivo (que só pode promulgar decretos) e o legislativo, que pode promulgar o Direito.[11] Em 1748, na época de Montesquieu, as ideias jurídicas modernas ainda não tinham se desenvolvido na França ou na Alemanha (que se manteve relativamente subdesenvolvida e politicamente desigual).[12]

[10] OGOREK, Regina. De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde (1983). In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 67 et seq.; id., Die erstaunliche Karriere des "Subsumtionsmodells" oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, op. cit., p. 87 et seq.

[11] MENGER, Christian-Friedrich; WEHRHAHN, Herbert. Das Gesetz als Norm und Maßnahme. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), Bd. 15, 1957, p. 3 et seq.; ROELLECKE, Gerd; STARCK, Christian. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 34, 1976, p. 7 et seq.; EICHENBERGER, Kurt; NOVAK, Richard; KLOEPFER, Michael. Gesetzgebung im Rechtsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 40, 1982, p. 7 et seq.

[12] UNVERHAU, Thassilo. *Lex*. Eine Untersuchung zum Gesetzesverständnis deutscher Publizisten des 17. und 18. Jahrhunderts. Diss. Jur. Heidelberg: Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, 1971; Mohnhaupt (nota 2), p. 248 et seq.

3 A Caminho da Independência

Durante o período do Iluminismo, a partir de meados do século XVIII em diante, as críticas ao absolutismo cresceram. Na França, essa crítica foi dirigida à igreja muito mais cedo e com muito mais força, enquanto que na Alemanha foi mais moderada e sutil. Em 1750, essa crítica intensificou-se e tornou-se mais difundida. Nessa fase, a atenção das classes educadas estava focada em questões de ordem estatal, reforma e limites da soberania.[13] Em um sentido teórico, esse movimento foi forte, mas, na prática, foi fraco. Na Alemanha, por exemplo, ao nível do reino (os territórios específicos de cidades autônomas) os homens reagiram às demandas por reforma de forma de maneira muito lenta, ou não reagiram. Apesar dessa resposta lenta, no sentido teórico, a soberania do Estado tinha sido recém-fundada.

Ao longo desse movimento, a tensão entre velhas e novas ideias cresceu. Uma dissidência existia entre a ideia de *ius publicum universal* – ou, a base jusnaturalista do poder do Estado – e a de aplicação prática da teoria do contrato social. A aceitação da ideia de que o soberano não foi nomeado por meio de Deus, mas que sua posição foi legitimada por meio de um contrato social fictício, simboliza um dos maiores processos de secularização da era moderna.

O desenvolvimento da ideia do contrato social (pelo qual o poder individual irrestrito desfrutado no "estado de natureza" é entregue ao Estado em troca de ordem política) ilustra algumas das principais ideias que foram debatidas desde a época de Hobbes a Rousseau. Enquanto que o principal argumento de Hobbes era que o soberano teve de estabelecer um

[13] LINK, Christoph. *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit.* Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1979.

monopólio sobre o uso da força para garantir a ordem social e evitar a guerra, no século XVIII, a premissa subjacente era uma expectativa de que o Estado garantiria a felicidade individual.

Já não se esperava mais que o soberano fosse um simples protetor e garantidor da segurança (isso era dado como certo); em vez disso, esperava-se que o soberano fosse um provedor de bem-estar para seus cidadãos. Em consonância com a tradição aristotélica, pressupunha-se que cada cidadão encontraria a sua própria "boa vida" e alcançaria a felicidade. Como a expectativa de "segurança" transformou-se em "felicidade" ou "bem-estar", a ênfase anterior no coletivo deslocou-se para uma ênfase no cidadão individual. O cidadão individual era agora um parceiro fictício em um contrato social com o Estado. Como parceiro desse contrato, os cidadãos esperavam o bem-estar do Estado, bem como a proteção de sua liberdade para crescer e se desenvolver como indivíduos. O mantra de "liberdade e propriedade" tornou-se uma força ativa e poderosa de 1750 em diante, e veio a desempenhar um papel enorme na determinação do que era esperado por parte do Parlamento ao longo do século XIX. Manuais de Direito natural publicados durante esse período afirmaram liberdade em uma variedade de áreas: na verdade, "liberdade" não era vista como simplesmente a capacidade de cumprir uma concepção individualizada ou pessoal de bem-estar ou felicidade. Por exemplo, a liberdade econômica também foi afirmada em oposição à abrangente regulação estatal. Os novos empreendedores cívicos reclamaram das regulações estatais e de corrupção e falta de eficiência administrativa.

Mesmo assim, não menos importante aos olhos dos contemporâneos era o desejo de que a liberdade religiosa deveria ganhar sua própria esfera de operação livre: primeiro por meio da garantia do *forum internum*; depois, por meio da permissão do culto doméstico; e, posteriormente, até mesmo por meio da

permissão do exercício público da religião. Além disso, essa ideia estendeu-se ainda ao domínio da liberdade civil. Mais especificamente, de qualquer forma, as exigências centraram-se no domínio da liberdade pessoal – com foco na libertação do estilo de vida agrário, libertação de tributos, liberdade de emigração e liberdade de propriedade pessoal. Isso ocorreu em conjunto com exigências por liberdade de expressão e propostas por redução de censura: essencialmente, uma exigência de liberdade de comunicação.

Originalmente, a ideia de *libertas naturalis* foi percebida pelo Estado como um conceito perigoso, mas, mesmo assim, era algo que só o Estado poderia conceder. Nessa fase, no entanto, já era tarde demais: o povo desejava o resto de sua liberdade natural – o seu "paraíso perdido". Esse conceito foi incorporado nos conhecidos escritos de Rousseau, que descreveu o "bom selvagem" como um indivíduo que vive em um estado de liberdade natural. Essas demandas por liberdade definiram o cenário intelectual da segunda metade do século XVIII: agora, a "justiça" foi apresentada como um dos principais argumentos contrários ao absolutismo.

Lentamente, a questão de saber se o modelo de justiça absolutista deveria continuar a existir foi levantado cada vez mais. Sob o absolutismo, os códigos de processo mencionavam uma lista de casos em que o juiz era obrigado a informar imediatamente à Corte ou ao monarca. Esses eram casos como traição, blasfêmia, libelo escandaloso, casos de emigração e crimes graves.[14] Além disso, os casos que eram duvidosos aos olhos dos juízes, ou obscuros em si mesmos, também tinham de ser imediatamente comunicados.[15] Em outras palavras, durante o

[14] OGRIS, Werner. Maria Theresia Judex. In: OGRIS, Werner (Hrsg.). *Elemente europäischer Rechtskultur*. Köln, Wien: Böhlau, 2003, p. 643 et seq.

[15] OGRIS, loc. cit., p. 644.

absolutismo, a interpretação foi deixada ao monarca. Ele poderia *ex plenitudine potestatis* (de seu poder abrangente) revogar um veredicto ou alterá-lo;[16] ele poderia reorganizar o processo, ou remetê-lo para algum outro tribunal; e ele poderia até mesmo explicitamente determinar a interpretação de uma lei.[17]

Mais dúvidas a respeito do absolutismo surgiam quando um monarca sem sofisticação jurídica metia-se a interpretar a lei em um determinado caso, em virtude de sua autoridade, e errava grosseiramente. O monarca em questão era Frederico II, que decidiu um processo civil de forma incorreta. Esse caso é famoso, porque marcou um ponto de viragem na história do Direito prussiano e alemão.[18] A partir desse momento, as decisões do soberano (*ex plenitudine potestatis*)[19] foram vistas não só como desvios da norma, mas, quando elas eram feitas, elas eram agora percebidas como o oposto das decisões judiciais. Como Werner Ogris afirma, a esse respeito, houve um giro na opinião, e alguns até tentaram proibir tais *dicta*. No entanto,

[16] Em 1730, Frederico Guilherme I da Prússia decidiu contra a sentença branda da corte marcial contra Hans Hermann von Katte. Ele foi condenado à morte por causa de deserção.

[17] Compreende OGOREK, Regina. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 18 et seq.

[18] STAMMLER, Rudolf. *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*. Bd. 2. München: C.H. Beck, 1932, p. 411, p. 496; SCHMIDT, Eberhard. *Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Hirzel, 1943; id., Die Justizpolitik Friedrichs des Großen. *Heidelberger Jahrbücher*, Bd. 6, 1962, p. 95 et seq.; REGGE, Jürgen. *Kabinettsjustiz in Brandenburg-Preußen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977; DIESSELHORST, Malte. *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen*. Göttingen: Schwartz, 1984; LUEBKE, David M. Frederik the Great and the Celebrated Case of the Miller Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, v. 32, I. 4, p. 379-408, 1999.

[19] OGRIS, Werner. De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts. In: GAGNÉR, Sten; SCHLOSSER, Hans; WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.). *Festschrift für Hermann Krause*. Köln, Wien: Böhlau, 1975, p. 171 et seq.

essas tentativas de proibição de *dicta* não se concretizaram, tanto no caso do código civil prussiano de 1794, como no do código civil geral de 1811.[20]

4 O Juiz Independente como Intérprete Limitado

Sem surpresa, era mais do que apenas um giro nas opiniões. Outros fatores em jogo foram a Revolução Francesa e a substituição do monarca pela lei abstrata. Além disso, a fragmentação e especialização gradual do *plenitudo potestatis* também influenciou o curso dos acontecimentos. Por fim, foi posta em prática a independência dos juízes como um contraste direto ao poder dos monarcas. Em vez de um giro nas opiniões, a mudança histórica e justeórica dizia respeito a mudanças de poder importantes: mudanças pelas quais a interpretação foi vista a partir de uma nova perspectiva.

Não descreverei toda a mudança do Estado absolutista ao Estado constitucional aqui. O movimento constitucional que se espalhou por toda a Europa ocorreu sob diferentes condições e tradições políticas, que variaram entre os países. Na França, por exemplo, o movimento foi a transição do absolutismo para a monarquia constitucional; do *Régime du Terreur* para a constituição de 1791; a transição por etapas ao *Directoire*; e, finalmente, o império de Napoleão e o retorno à monarquia constitucional na *Charte Constitutionnelle* em 1814. Embora esses eventos tenham sido observados em outros países, eles não foram adotados.

No caso da Alemanha, as primeiras constituições apareceram em 1814, e as constituições do sul da Alemanha (Baviera,

[20] OGRIS, Werner. Machtspruch. In: ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (Hrsg.). *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Bd. 3. Berlin: Erich Schmidt, 1984, p. 126-128 (127).

Baden, Württemberg) em 1818-1819. Essas constituições incorporaram uma mudança jurídica significativa, na medida em que proclamaram a independência do Judiciário em relação ao soberano. Essa independência foi garantida pela proibição de *dicta* que havia prevalecido no século XVIII. Mesmo assim, a justiça ainda era de "propriedade" e influenciada pelo rei, enquanto que ele detivesse o título de soberania. Em outras palavras: o modelo absolutista permaneceu, mas a possibilidade de o monarca intervir diretamente no sistema de justiça foi abolida. Erros judiciais só poderiam ser corrigidos por meio de processos judiciais, em vez de ser por despedida monárquica de juízes. As novas constituições declararam esse ponto explicitamente. Por exemplo, foi escrito na Constituição da Baviera de 1818 que a jurisdição foi deixada ao rei ("O rei é o chefe do Estado, reunindo em si todos os direitos de autoridade do Estado e exercícios que lhe foram conferidos ao abrigo das disposições constitucionais atuais"). A Constituição de Baden de 1818 também declarou que: "Os tribunais são independentes no âmbito de suas responsabilidades". Finalmente, a Constituição de Württemberg de 1819 declarou que: "A Jurisdição é em nome do rei, e por ele supervisionada, pelos tribunais educados colegiados, administrada em instâncias processuais legais. Os tribunais, civis e penais, são independentes dentro dos limites de sua profissão."

Nessa fase do desenvolvimento constitucional, esse compromisso entre a monarquia e o Judiciário parecia ser razoável. Por um lado, a justiça permaneceu nas mãos do soberano; por outro lado, estava vinculada ao Direito, e foi-lhe dada independência prática e fatual. Assim, os juízes estavam livres para interpretar o Direito por sua própria conta. Eles não tinham mais a temer a possibilidade de que o monarca pudesse reivindicar essa tarefa como sua. Essa solução foi aceita como razoável, dada a organização dos estados alemães e a sua

percepção da necessidade de um sistema de justiça prático, centralmente controlado. Especialmente nos estados do sul da Alemanha que cresceram ao longo da era napoleônica, essa percepção da necessidade de um sistema de justiça centralizado foi especialmente forte. Nesses estados, alguma jurisdição clerical permaneceu, bem como os tribunais patrimoniais. Além disso, fortes diferenças regionais e territoriais significava que, sem a mão reguladora do Estado, o novo sistema teria falhado. Apesar desses incrementos, um fato político importante deve ser ressaltado: o poder ainda permanecia com o monarca, e não diminuiria sob o novo sistema. Mais especificamente, o soberano manteve todos os direitos clássicos como a legislação e soberania. Uma influência do Parlamento sobre a prestação de justiça – por exemplo, por meio da eleição de juízes – era impensável.

No entanto, a literatura de ciência política nesse período colocou ênfase em outras coisas. Por exemplo, Romeo Maurenbrecher, um autor conservador, escreveu sobre o "poder judicial do monarca" e enfatizou a atuação individual, seguindo a tradição liberal do século XVIII. Ao contrário, Klüber, um autor liberal, afirmou que: "[...] toda a administração da justiça emana do Estado". A referência ao "Estado" não significava o monarca, mas o "Estado" como uma pessoa abstrata que havia se tornado a "pessoa jurídica", e não mais a *persona moralis*. A pessoa jurídica foi descrita pela primeira vez por Georg Arnold Heise, em 1807, e mais tarde por Savigny como um "[...] sujeito artificial admitido por meio de uma pura ficção". Mais especificamente, devido ao trabalho de Wilhelm Eduard Albrecht, a "pessoa jurídica" tornou-se – contra a opinião de Maurenbrecher – o princípio fundamental para a compreensão do Estado.[21]

[21] E. A. (Wilhelm Eduard Albrecht). Resenha em *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1837, p. 1489, 1492 s., 1496 s. (reimpressão 1962).

Assim, o Estado abstrato veio para encarnar o compromisso político entre a soberania da monarquia e a soberania do povo. Se o Estado era o titular da justiça, não haveria mais *dicta*; os juízes eram agora independentes (dentro dos limites da lei) e eles interpretavam "em nome do Estado", mas já não eram legitimados pelo monarca.[22] Eles estavam vinculados à lei, mas independentes. Até mesmo a obrigação de informar ao monarca, suas câmaras, ou a comissão legislativa nos casos de interpretação duvidosa, foi preterida. Em todo o caso, essa obrigação não era viável na prática, na medida em que o processo gerava atrasos significativos. Além disso, o juiz, como um servo do Estado, poderia agora decidir os casos de forma independente do monarca – e assim ele fez. Para as pessoas da sociedade civil liberal (que estavam agora em condições de preencher os cargos do judiciário), a lei tornou-se um farol de esperança e a justiça tornou-se o escudo de proteção mais importante da liberdade.[23]

Mesmo assim, até meados do século, a "justiça" foi ainda vista como uma ideia dissidente. Por exemplo, em Hesse (Alemanha) a "justiça" agiu como uma importante força motriz na revolta dos funcionários públicos e dos militares contra seu governante. No entanto, o sistema de justiça criminal agora seguia o modelo jurídico defendido por Feuerbach, que exigia narrativas precisas de fatos,[24] proibia retroatividade da lei e garantiu a posição do "juiz determinado por lei".[25] A justiça civil

---

[22] Assim era o julgamento na Prússia, Baviera e Württemberg e assim foi até o final da monarquia "em nome do rei". Para mais detalhes, ver Stolleis (nota 4).

[23] Ogorek (nota 15) p. 37 et seq.

[24] Ogorek (nota 15) p. 39 et seq.

[25] SEIF, Ulrike. Recht und Justizhoheit. *Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. A garantia do juiz natural foi qualificada pelo Tribunal Constitucional Federal como um "elemento sólido do desenvolvimento constitucional alemão" (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), Bd. 82, 159, (194)).

fornecia proteção contra intervenções arbitrárias na liberdade e propriedade, e também substituiu o sistema ausente dos tribunais administrativos, ao permitir a reivindicação de indenização contra o tesouro, ou *fiscus*. Assim, citando Dieter Simon:

> [...] a oferta de liberdade para garantir os fatores como foram adquiridos e discutidos na Era Pré-Março estava delimitada: tribunais autônomos que foram organizacionalmente blindados contra a influência do poder executivo ou do legislativo (separação de poderes, independência da justiça), que dispunham de juízes neutros, pessoais e independentes, bem como a obediência dos juízes à lei e à garantia do juiz natural foram instrumentos estabelecidos para garantia das liberdades civis.[26]

Os manuais de Direito Constitucional *apenas* lentamente seguiram essa mudança fundamental na compreensão da justiça. Até meados do século XIX, o Judiciário foi visto como ramo do poder executivo. No entanto, a demanda principal era clara – um sistema de justiça completamente independente. Isso foi enfatizado em várias constituições da Era Pré-Março (período *Vormärz*), mas, mesmo na Constituição de Paulskirche, que afirmou que: "[...] jurisdição emana do Estado. Os tribunais patrimoniais não serão permitidos" (§ 174); "[...] o poder legal é exercido pelos tribunais de forma independente […]" (§ 175); e, finalmente, "[...] juiz e administração devem ser distintos e independentes uns dos outros" (§181). Isso pavimentou o caminho para a lei judiciária alemã de 1877,[27] após o atraso da Constituição imperial de 1871, devido às condições políticas.[28] De 1871 em diante, a justiça se tornou um "terceiro poder" separado. Isso prosseguiu sob a Constituição de Weimar (Art. 102) e

[26] SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 5.

[27] O que só continha os poderes do Estado para "o processo legal" (Art. 4, n. 13).

[28] Lei constitucional do tribunal de 27 de janeiro de 1877 (RGBI 77), § I: "O poder legal emana de tribunais independentes, que estão vinculados à lei".

ainda está consagrado no artigo 97 da Lei Fundamental hoje em dia. Apenas alterações semânticas insignificantes foram feitas, tais como: "O poder judicial é praticado por tribunais independentes que são leais à lei», foi alterado para: "Os juízes deverão ser independentes e sujeitos apenas à lei" (Art. 97 Abs. 1GG).

5 Interpretação e a Vontade dos Parlamentos

No entanto, até mesmo fórmulas simples estão cheias de dificuldades. Todo jurista sabe que a adesão total à lei pode causar uma série de problemas. Por exemplo, nesta fase do século XIX, o Direito não estava completamente codificado. Em muitos lugares, um "Direito comum" estava estabelecido (por meio de manuais de ciência do Direito acadêmica), mas a sua existência significava que algumas deficiências óbvias ou escondidas no Direito ainda permaneciam. No entanto, o debate não era a respeito da criação de um sistema perfeito. Uma consulta ao legislador (*référé législatif*) já não era possível. Na verdade, o juiz civil do século XIX usava agora muitos, constantemente em mudança, métodos para chegar a uma decisão jurídica, tais como métodos gramaticais, métodos históricos, lógicos e sistemáticos.[29] Além disso – se o juiz era obrigado a interpretar um texto – ele poderia até ter recorrido à hermenêutica, uma disciplina descrita pela primeira vez por Schleiermacher.[30]

Durante esse período, ocorreram os principais eventos que marcaram a paisagem legal do século XIX. A primeira dessas ocorrências foi o desaparecimento do argumento jusnaturalista,

[29] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840, p. 215. Ver MOHNHAUPT, Heinz. Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys. In: WILHELM, Walter (Hrsg.). *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1972, p. 243 et seq.

[30] DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: MISCH, Georg. (Hrsg.). *Gesammelte Schriften*. Bd. V. Leipzig und Berlin: Teubner, 1924.

e sua substituição por um moderno argumento "filosófico"; em segundo lugar, a transformação do Direito romano do *Usus modernus* em "Direito romano moderno"; terceiro, a disputa a respeito da presunção de inocência e do Direito comum; e, finalmente, a qualificação da ciência como fonte do Direito e da tentativa de construir conceitos jurídicos coerentes. Todos esses foram, de certa forma, um reflexo das construções filosóficas do século XVIII, como descrito por Christian Wolff. Durante o século XIX, a ordem jurídica foi flexibilizada de várias formas, nominadamente por meio de argumentos de "equidade"; por meio da doutrina das "pré-condições" (*Voraussetzung*); pela aplicação da *clausula rebus sic stantibus*, de acordo com o Direito civil e, finalmente, pela adaptação do conceito de Husserl de intencionalidade e da ideia de interpretação teleológica.

Essa área complicada foi examinada por Regina Ogorek, Hans-Peter Haferkamp e Jan Schröder, então eu não desejo explicá-la ainda mais. Embora esse debate seja importante, seu quadro constitucional é ainda mais. Agora vou descrever como a "ruptura" ou "descontinuidade" europeia de 1789 afetou o papel dos juízes na esfera interpretativa. Em primeiro lugar, o monarca e a administração monárquica perderam seu monopólio do poder legislativo. *La Loi est l'expression de la volonté générale* está escrito no artigo 6º da Declaração des droits de l'homme et du citoyen, de 26 de agosto de 1789. O "*voluntas principis*" foi substituído pela própria lei – embora tenha sido um longo processo que durou o século XIX. A criação da legislação era (em teoria) transferida do monarca ao Parlamento, livre das *dicta*, que também se tornou mais independente de várias maneiras. Ou seja, a redação da própria legislação tornou-se o tema da interpretação judicial, e novas leis foram criadas pelo Parlamento sozinho. Isso levantou a questão a respeito de em que medida os juízes poderiam ampliar sua licença interpretativa sem sair dos limites do texto.

Embora o Direito criado pelo juiz (*judge-made law*) seja agora visto como um aliado legítimo que pode complementar – e agir como um substituto para – a lei, alguns autores criticam alguns aspectos da interpretação judicial. Por exemplo, ainda hoje é desaprovado quando o Direito criado pelo juiz parece dar um passo para fora do significado "certo" ou pretendido de um texto (*contra legem*).[31] No século XIX, o Judiciário foi muito mais independente em áreas onde não existia legislação, por exemplo, no âmbito flexível e de textura aberta do Direito civil. Aqui eles fizeram uso do Direito romano contemporâneo, do Direito comum e de abordagens baseadas na "filosofia", "princípios fundamentais", "evidência" e em uma "abordagem natural" (*natürliche Betrachtungsweise*) ao texto. Mas, no entanto, a interpretação era muito flexível. Tradições existiram no ensino de técnicas interpretativas; a presunção de inocência; os constrangimentos e as pressões de trabalhar dentro de uma hierarquia judicial; e o rápido desenvolvimento dos periódicos jurídicos que discutiam a legislação criticamente.[32]

No entanto, em contraste com a posição oficial, e as constituições que declaravam independência, o Judiciário ainda estava limitado pelas exigências práticas de interpretação. Por exemplo, uma obrigação de seguir precedentes existia, e o desvio desses poderia influenciar a carreira de um juiz. Além disso, o Judiciário tinha de considerar o volume de precedentes relevante; e, finalmente, estava limitado em poder ou não conceder um apelo. Além disso, o Estado continuou a ser o empregador (*Dienstherr*), pagou o salário do Judiciário, e, além disso, ditou as exigências educacionais para – e as chances de – tornar-se um juiz.

---

[31] RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999, § 24. Richterliche Gesetzesabweichungen, especialmente Rdnr. 947 et seq.

[32] STOLLEIS, Michael (Hrsg.). *Juristische Zeitschriften*. Die neuen Medien des 18. - 20. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

Estudos recentes mostram que a disciplina direta e indireta do Poder Judiciário em todo o século XIX foi muito eficaz na formação da interpretação judicial.[33] Por exemplo, depois de 1850, os salários especiais e a política pessoal lentamente transformaram os juízes liberais da Era Pré-Março em juízes conservadores, monárquicos e nacionalistas. Em outras palavras: ao contrário da independência judicial que as constituições proclamaram, na realidade, o Judiciário permaneceu influenciado e limitado pela monarquia.

Essas restrições normativas e de fato na independência judicial – e, portanto, na liberdade de interpretação – são conhecidas e são válidas até hoje.[34] Mesmo assim, minha discussão desses temas termina aqui. Para fechar, eu gostaria de descrever o desenvolvimento de longo alcance da jurisdição constitucional. Uma pesquisa histórica do papel do Judiciário na Europa a partir de meados do século XVIII até o presente momento revela que a Revolução Francesa foi o evento principal no jogo. O movimento constitucional do século XIX abriu o caminho para um "terceiro poder" autônomo e independente. No final do século XIX – pelo menos na Alemanha – a posição do Judiciário foi reforçada mais uma vez, quando os juízes receberam o poder de verificar os atos da administração e declará-los contrários ao Direito. O ramo do Judiciário da Justiça Administrativa foi criado entre 1863 e 1875. Outros ramos foram posteriormente estabelecidos, tais como a Justiça Fiscal, em 1919, a Justiça do Trabalho, em 1927, e a Justiça Social, em 1951.

Ao mesmo tempo, o Judiciário também começou a desenvolver um sistema de controle de constitucionalidade pelo qual examinava a constitucionalidade da lei civil. A primeira etapa

[33] ORMOND, Thomas. *Richterwürde und Regierungstreue:* Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994.

[34] Para detalhes, ver Simon (nota 26).

desse desenvolvimento envolveu uma análise formal, em que o judiciário examinava a legalidade da criação e da estrutura da lei. Após a Primeira Guerra Mundial, o judiciário também realizou uma segunda fase de controle: análise do conteúdo material da lei pela compatibilidade com a Constituição. Eventualmente, o Judiciário veio a possuir a sua própria jurisdição constitucional, o que lhe permitiu verificar a lei de maneiras formais *e* materiais.[35] A velha forma de envio ao soberano – o *référé* legislativo – tornou-se agora um envio ao tribunal constitucional federal, em que a "autêntica" ou "legítima" interpretação ocorria (Art. 100 GG). O tribunal constitucional federal tornou-se o árbitro final em questões de interpretação, embora o soberano ainda pudesse aprovar legislação pelo Parlamento.

Como consequência, um modelo completamente novo nasceu: um modelo que era radicalmente diferente daquele do século XVIII. *Nesse* novo modelo, um juiz independente interpretaria e decidiria com base no Direito, e seria assim semissoberano. Se o juiz tivesse dúvidas razoáveis, ele apresentaria a lei ao Tribunal Constitucional Federal. O direito de o Tribunal Constitucional Federal ser o árbitro final da lei implicava necessariamente que ele também era semissoberano. O Parlamento – na verdade, o verdadeiro soberano – também poderia ser apenas semissoberano, devido à sua obrigação para com a constituição e para com o Tribunal Constitucional federal. Essa semissoberania produz um paradoxo no interior dos Estados constitucionais com judiciários totalmente independentes. Esse modelo já foi conhecido como "Estado Judicialista" (*Justizstaat*)

[35] GUSY, Christoph. *Richterliches Prüfungsrecht:* Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1985; HERRMANN, Nadine E. *Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; STOLLEIS, Michael. Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, p. 266-280, 2003.

e muita discussão cercou a ampliação dos poderes judiciais de interpretação. Na verdade, a reputação da magistratura e a influência real na República Federal foram tremendas. Em 1949, o Judiciário foi descrito como o "terceiro pilar da democracia".[36]

No entanto, esses incrementos podem ter sido influenciados por outros fatores. Em especial, a mudança que eu descrevi também pode ser vista como a transformação de uma sociedade agrária do século XVIII em uma sociedade industrial. Legislação controlada politicamente era um processo muito lento, e também muito defeituoso para as rápidas mudanças que estavam ocorrendo. Essas mudanças, e a abundância resultante de casos individuais, exigiu um maior grau de controle pelo Poder Judiciário. As atribuições do poder judicial em si foram divididas de duas maneiras: primeiro, o Judiciário dividiu-se em jurisdições especializadas; e, segundo, o *référé* legislativo foi utilizado para encaminhar casos ao Tribunal Constitucional quando houvesse dúvidas quanto à interpretação. À luz dessa divisão do trabalho, é plausível que um soberano institucional já não exista, mas que, em vez disso, exista um sistema legal funcionalmente diferenciado, que seja capaz de resolver os conflitos de uma forma muito mais adequada.

Em conclusão, a batalha da interpretação terminou com o truísmo que a interpretação judicial só é legítima se for realizada por meio de um alinhamento permanente da interpretação do Direito e da Constituição. No entanto, enquanto que a Constituição é a mais alta norma jurídica, a própria norma foi formada por meio da "interpretação" do Poder Judiciário, o qual, por sua vez, está vinculado à Constituição.

[36] HÄBERLE, Peter (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Bd. 1. Neue Folge (1951). 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2010, p. 728.

Referências

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 82. Tübingen: Mohr, 1991.

DIESSELHORST, Malte. *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen*. Göttingen: Schwartz, 1984.

DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: MISCH, Georg. (Hrsg.). *Gesammelte Schriften*. Bd. V. Leipzig und Berlin: Teubner, 1924, p. 139-204.

E. A. (Wilhelm Eduard Albrecht). [Resenha.] *Göttingische gelehrte Anzeigen*, Bd. 2, p. 1489-1504, 1837.

EICHENBERGER, Kurt; NOVAK, Richard; KLOEPFER, Michael. Gesetzgebung im Rechtsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Heft 40, p. 7-151, 1982.

GUSY, Christoph. *Richterliches Prüfungsrecht:* Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

HÄBERLE, Peter (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Bd. 1. Neue Folge (1951). 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2010.

HERRMANN, Nadine E. *Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

HOBBES, Thomas. *Hobbes's Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909.

LINK, Christoph. *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit*. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1979.

LUEBKE, David M. Frederik the Great and the Celebrated Case of the Miller Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, v. 32, I. 4, p. 379-408, 1999.

MENGER, Christian-Friedrich; WEHRHAHN, Herbert. Das Gesetz als Norm und Maßnahme. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 15, p. 3-108, 1957.

MOHNHAUPT, Heinz. Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime. In: MOHNHAUPT, Heinz. *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*. Frankfurt am Main: M. V. Klostermann, 2000, p. 221-273.

_____. Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys. In: WILHELM, Walter (Hrsg.). *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1972, p. 243-264.

OGOREK, Regina. De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde (1983). In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 77-86.

_____. Die erstaunliche Karriere des "Subsumtionsmodells" oder wozu braucht der Jurist Geschichte? In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008, p. 87-104.

_____. Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. In: OGOREK, Regina (Hrsg.). *Aufklärung über Justiz*. Bd. 2. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008.

OGRIS, Werner. De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts. In: GAGNÉR, Sten; SCHLOSSER, Hans; WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.). *Festschrift für Hermann Krause*. Köln, Wien: Böhlau, 1975, p. 171-187.

_____. Machtspruch. In: ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (Hrsg.). *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Bd. 3. Berlin: Erich Schmidt, 1984, p. 126-128.

_____. Maria Theresia Judex. In: OGRIS, Werner (Hrsg.). *Elemente europäischer Rechtskultur*. Köln, Wien: Böhlau, 2003, p. 641-656.

ORMOND, Thomas. *Richterwürde und Regierungstreue:* Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866-1918. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994.

REGGE, Jürgen. *Kabinettsjustiz in Brandenburg-Preußen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

ROELLECKE, Gerd; STARCK, Christian. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 34, p. 7-143, 1976.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. München: C. H. Beck, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin: Veit, 1840.

SCHMIDT, Eberhard. Die Justizpolitik Friedrichs des Großen. *Heidelberger Jahrbücher*, Bd. 6, p. 95-110, 1962.

_____. *Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Hirzel, 1943.

SEIF, Ulrike. Der missverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Bd. 22, p. 149-166, 2000.

_____. *Recht und Justizhoheit*. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975.

STAMMLER, Rudolf. *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*. Bd. 2. München: C.H. Beck, 1932.

STOLLBERG-RILINGER, Barbara. *Der Staat als Maschine:* Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats. Berlin: Duncker and Humblot, 1986.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des offentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 1. München: C. H. Beck, 1988.

_____. *Im Namen des Gesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

_____. Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, p. 266-280, 2003.

_____. (Hrsg.). *Juristische Zeitschriften*. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

UNVERHAU, Thassilo. *Lex*. Eine Untersuchung zum Gesetzesverständnis deutscher Publizisten des 17. und 18. Jahrhunderts. Diss. Jur. Heidelberg: Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, 1971.

Submissão: 24/12/2014
Aceito para Publicação: 27/12/2014

Democracia e Heterotopia: uma Análise do Espaço Democrático

Democracy and Heterotopia: an Analysis of the Democratic Space

Angela Couto Machado Fonseca*
Luana L. H. da Silva Rodrigues**
Ricardo Marcelo Fonseca***

Resumo: O presente texto tem como objetivo propor uma análise do conceito de democracia à luz da noção de heterotopia pensada por Michel Foucault na década de sessenta. O objetivo é o de investigar, pelas lentes da heterotopia, como a democracia, apesar de sua significação conceitual, envolve no terreno das práticas políticas e sociais cotidianas não apenas o respeito às formas de igualdade que sustentam a formulação do jogo democrático, mas envolve sobretudo o acolhimento das pluralidades dos agentes e grupos sociais. Este movimento entre unidade e pluralidade também pode ser pensado em termos de espaço unívoco e espaços outros, quer dizer, cada grupo pertencente à coletividade se move dentro de um espaço e um conjunto de regras típicas deste espaço. Desse modo, o pensamento e a prática democrática não se enquadram no horizonte da utopia, e sim da heterotopia. A noção de heterotopia quer ser pensada como uma metáfora adequada ao jogo democrático.

---

* Professora da Universidade Positivo. Doutora em Filosofia do Direito/UFPR com estágio Doutoral ("bolsa sanduíche") na *École des Hautes Études en Sciences Sociales* (EHESS), Paris (proc./CAPES BEX 9810/12-9). Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFPR.

** Aluna do curso de Direito da Universidade Positivo. Voluntária do Programa de Iniciação Científica (PIC) da UP.

*** Professor do curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pesquisador do CNPq.

Palavras-chave: Democracia. Heterotopia. Identidade. Pluralidade.

Abstract: This paper aims to propose an analysis of the concept of democracy in the light of the notion of heterotopia thought by Michel Foucault in the sixties. The aim is to investigate, through the lens of heterotopia, how democracy, despite its conceptual meaning, involves in the field of everyday social and political practices not only the respect for different forms of equality that underpin the formulation of the democratic play, but involves above all the acceptance of the agents and social groups plurality. This movement of unity and plurality can also be thought of in terms of univocal space and other spaces, that is, each group belonging to the collectivity moves within a space and a set of rules typical to this space. Thus, the democratic thinking and practice do not fit within the horizon of utopia but within the heterotopia one. The notion of heterotopia wants to be thought of as an apt metaphor for the democratic play.

Keywords: Democracy. Heterotopia. Identity. Plurality.

1 Democracia

A noção de democracia, como sobejamente sabido, não é inerente ao universo moderno e tem suas raízes na antiguidade grega. Evidentemente que o sentido da democracia e a realidade democrática destes dois mundos são radicalmente distintos. O posto essencial que atualmente ocupa a democracia, fortemente ligado à crise do pós-segunda guerra, alçou não apenas a sua ideia, mas também a sua prática e disseminação cultural ao nível de um valor em si, ao qual boa parte dos Estados defendem e proclamam pertencer. Se por longo tempo a história do pensamento político nutriu uma séria desconfiança em relação à democracia, vista como a possibilidade de uma tirania da maioria ou como uma desordem irrefletida de uma multidão (COSTA, 2010; 2012; ZAGREBELSKY,

2005)[1], o cenário contemporâneo não se debruça mais em questionar a validade ou vantagens da democracia, mas sim em pensar os modelos democráticos materialmente possíveis e seus pontos de fundamentação.

Refletir sobre a democracia remete, ao menos, em pensar numa sociedade que tem como princípios regentes a igualdade, o tratamento não desumano, a dignidade da pessoa humana, um governo não autoritário e limitado nos valores de defesa e respeito ao conjunto dos atores sociais. Apesar desta não obscuridade do conceito, ele também está longe de ser transparente. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 apresenta em sua abertura uma fórmula bastante conhecida por diferentes modernos Estados democráticos: "Nós o povo". Embora não sejam estas as exatas palavras de nossa constituição, é esta a fórmula ou ideia que está lá colocada. Trata-se do conhecido modelo americano "We the people", e traz consigo a noção de vontade geral, o que já demarca o universo moderno dessa fórmula democrática, amparado no contexto humanista e individualista de sua formulação.

Trata-se da concepção da soberania constituída pelos atributos inerentes aos indivíduos capazes de autogovernarem-se proclamando e delineando os moldes da ordem política e jurídica a qual se submetem.

Mas não queremos aqui retomar a história do conceito de democracia em suas próprias rupturas e alterações para

[1] Sobre a desconfiança em relação à democracia, Pietro Costa nos lembra "[...] que os poucos devem governar os muitos é um axioma que os leitores medievais de Aristóteles repetem insistentemente, convencidos de que os 'muitos' são sempre expostos ao risco de formar uma massa anárquica e irracional, uma *multitudo bestialis*, uma (ciceroniana) *plebs* refratária a qualquer vincula e ordem" (COSTA, 2010, p. 239). A esse respeito Zagrebelsky também aponta que a democracia "Fin dall'antichità, essa era stata associata all'idea del governo della massa che ignora i suoi limiti, senza valore, egoista, estremista, incontenibile, arrogante, faziosa e instabile, perciò facile preda dei demagoghi" (ZAGREBELSKY, 2005, p. 3).

compreender seu valor que hoje em dia é incontestável no cenário político, e também não queremos reformular o horizonte individualista moderno da construção do homem e sua *humanitas* como fonte de direitos e de elaboração de sua ordem política. Tais debates são seguramente necessários e centrais, pois há que se reconhecer a noção de maioria formada por indivíduos vistos como livre e iguais para compreender o cenário democrático que observamos. Mas outros já fizeram tais caminhos de modo mais atento e detido.[2]

O que queremos propor é uma consideração que já parte da constatação do cenário individualista e da vontade geral como base fundadora do contexto democrático moderno e pensa os dilemas desse modelo na atualidade. Em outras palavras, queremos pensar como o jogo democrático atualmente não pode descartar seus fundamentos modernos e menos ainda os princípios de defesa do indivíduo e da pessoa que daí derivam, mas também precisa ampliar seu olhar para a complexidade política e social. Justamente este movimento parece denotar o eixo de sentido da democracia contemporânea, qual seja, a consideração da pluralidade e da diversidade sem perder o particular e buscando os remédios para que a isonomia não seja cega e homogeinizante.

Quer dizer que a unidade pretendida pelo "we the people", que teoricamente fundiu os homens sob o manto da igualdade formal desenhada numa antropologia individualista (COSTA, 2010; 2012), aparece hoje em dia como um desafio para a própria democracia. A colocação de todos os indivíduos dentro de um mesmo projeto político e formas de tratamento não diferenciadas tem cada vez mais exigido o reconhecimento de uma pluralidade dentro dessa unidade, na intenção de reforçar a democracia.

[2] A elaboração da história do conceito de democracia pode ser verificada em COSTA, 2010; 2012.

Um autor que tem se direcionado para tais questões contemporâneas é Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2005) que, na tentativa de iluminar o intrincado cenário das diferentes direções exigidas à democracia, anota dez pontos básicos capazes de esclarecê-la. Queremos tomar de empréstimo apenas três deles para ligar nossa análise à heterotopia pensada por Foucault e propor a heterotopia como uma boa metáfora interpretativa do complexo ambiente democrático.

O primeiro ponto trata da democracia como relativista e não absolutista. Claro que tal colocação pode suscitar certo desconforto e o próprio autor defende dois aspectos preventivos para o mal estar. O primeiro insiste em entender que, descontada a firmeza da fé nos próprios princípios democráticos, a democracia não deve sediar outras verdades ou crenças de modo absoluto para não arruinar desde dentro seu próprio sentido. Em suas palavras, a democracia:

> Essa, come *istituizione d'insieme e come potere che da essa promana*, non ha fedi o valori assoluti da difendere, a eccezione di quelli sui qual essa stessa si basa: nei confronti dei principi democratici, la pratica democratica non può essere relativistica (ZAGREBELSKY, 2005, p. 15, grifo nosso).

Nisso está presente a compreensão de que não existem valores supremos ou verdades a serem defendidas para nenhum grupo ou ator social. Maioria ou minoria não são porta-vozes de realidades, e sim de perspectivas a serem sopesadas no jogo democrático. Mas esse jogo e essa abertura para as múltiplas e diversas vozes (sempre relativas em suas perspectivas) não pode ser relativizado.

O segundo aspecto desse primeiro ponto trata do cuidado para não pensar o relativismo alocado à democracia como relativismo individualista, capaz de cair nas vias do ceticismo e do niilismo. Mas trata, isso sim, de perceber o relativismo em termos de conjunto, ou seja, de não cair em aceitações da

validade em si e por si de determinada demanda em detrimento de outras (ZAGREBELSKY, 2005, p. 24). Esse tipo de relativismo de conjunto é a possibilidade mesma de conferir igual legitimidade a todos.

O último ponto que queremos retomar de Zagrebelsky diz respeito a "[...] abertura em direção a quem porta identidade diversa" (ZAGREBELSKY, 2005, p. 26, tradução nossa). O contexto deste ponto é complexo e envia para a temática religiosa e étnico-cultural formadora das múltiplas identidades. Passaremos ao largo desse debate e colheremos dele apenas a importância de não pensar as diferentes identidades nos termos da tolerância. Zagrebelsky argumenta enfaticamente que a tolerância é insuficiente para considerar democraticamente tal multiplicidade. Queremos somar a este argumento que não apenas é insuficiente como também é uma estratégia de fachada, que apenas sinaliza de modo pseudodemocrático o acolhimento das diferenças, quando na realidade permite o orquestramento de uma situação de direcionamento corrosivo à democracia. Se pensarmos a democracia como a condição de tolerar o diferente, alguns grupos (especialmente se minoritários) apenas tolerados, dificilmente podem ser vistos em condições isonômicas. A eles não se dirige o olhar que os entende como partícipes da coletividade a quem cabe situações de igualdade. Claro que dessa igualdade, já mencionamos antes, não se reduz ao mesmo tratamento formal, mas ao mesmo pertencimento e valoração na ordem pública sem superioridade ou inferioridade diante da lei.

A tolerância implica uma atitude de suportar um elemento estranho ou contrário e a democracia não deve se resumir em inscrever a diversidade como estranheza; ela, ao contrário desenha "[...] il linguaggio dei diritti di cittadinanza, ugualmente riconosciuti a tutti" (ZAGREBELSKY, 2005, p. 27).

Uma analogia ou aproximação pode ser feita com a análise de Pelbart sobre os *esquizos*. Ele os coloca em cena quando fala

dos diferentes, dos estranhos, dos esquisitos que acamparam na praça do palácio do imperador da China, arruinando os esforços de mantê-los fora pela construção da muralha. Suas presenças não consignam seu pertencimento àquela ordem e lugar. Eles são estranhos, contrários aos sentidos do que ali existe. Como diz o texto:

> [...] um esquizo está presente e ausente simultaneamente, ele está na tua frente e ao mesmo tempo te escapa, sempre está dentro e fora, da família, da cidade, da cultura, da linguagem, ele ocupa um território mas ao mesmo tempo o desmancha, dificilmente entra em confronto direto com aquilo que recusa, não aceita a dialética da oposição, que sabe submetida de antemão ao campo do adversário, por isso ele desliza, escorrega, recusa o jogo ou subverte-lhe o sentido, corrói o próprio campo, desterritorializa-o. (PELBART, 2003, p. 20).

A tolerância deixa aberta essa possibilidade de não integração. De manter as identidades plurais nesse não espaço, nesse dentro que é um fora pelo não acatamento do outro em igual condições de legitimidade. Essa presença tolerada, se apenas tolerada, desmancha o território democrático que se preocupa em formular um texto comum às muitas línguas.

Nesses três pontos recuperados a partir da reflexão de Gustavo Zagrebelsky, e ignorando a riqueza pontual de cada um deles, vemos alguns elementos fundamentais dos problemas da democracia atualmente. O relativismo coloca uma perspectiva relacional, a ausência da insígnia da verdade para qualquer indivíduo ou grupo, mas os acordos e desacordos presentes nas relações sociais e a tentativa de pensá-los num contexto em que possam conviver sem eliminar a legitimidade do outro já que nenhum é portador natural de qualquer valor absoluto. Já a isonomia representa o não privilégio, a igualdade de pertencimento e tratamento legítimo a todos. Por fim, as diferentes identidades remetem às mesmas questões dos

outros dois pontos e reclama pela superação da simples tolerância com o outro requerendo o seu reconhecimento como parcela integrante do espaço público sem, no entanto, implicar a dissolução da diferença. Diferença como distância identitária e cultural e não como diferença no pertencimento da ordem política e jurídica. Todos esses problemas estão presentes na reflexão democrática atual e Zagrebelsky deixa entrever que a internalização da cultura democrática anda de mãos dadas com a sabedoria de que os muitos e os diferentes constituem, juntos, uma parte da virtude democrática que trabalha justamente em recolhê-los num coletivo, num todo plural.

O autor adverte que esta democracia "delle virtù concordi" possa parecer uma utopia (ZAGREBELSKY, 2005, p. 32). Queremos aproximar tal coordenação das diferenças por via de uma linguagem comum, como mais próxima da heterotopia, e não da utopia. É claro que a heterotopia, se usada como metáfora, não reflete sobre a unidade da pluralidade no contexto da legitimidade jurídica. Mas é implícita à leitura da heterotopia a dinâmica do todo plural, dos espaços outros, que envergam o espaço lido como unívoco.

Na belíssima conferência *As heterotopias*, de 1966, Michel Foucault justamente apresenta o conceito de heterotopia e problematiza o espaço para enquadrar esse conceito:

> Não se vive em um espaço neutro e branco; não se vive, não se morre, não se ama no retângulo de uma folha de papel. Vive-se, morre-se, ama-se em um espaço quadriculado, recortado, matizado, com zonas claras e sombras, diferenças de níveis, degraus de escada, vãos, relevos, regiões duras e outras quebradiças, penetráveis, porosas. Há regiões de passagem, ruas, trens, metrôs; há regiões abertas de parada transitória, cafés, cinemas, praias, hotéis, e há regiões fechadas do repouso e da moradia (FOUCAULT, 2013, p. 20).

O espaço, assim, não é um lugar vazio e uniforme no qual as relações humanas e a vida se desenrolam. Não é apenas

o lugar, o cenário ou palco neutro da existência. A própria vida, a existência e as relações humanas e sociais se fazem nos espaços, entre as regras dos espaços, suas barreiras, limitações e fronteiras. Os espaços demarcam com regras implícitas permissões e proibições, zonas de validade de uns e obstáculo a outros. A prática cultural dos terreiros de candomblé, por exemplo, ligada a um grupo social, geralmente se dá fora da concentração urbana das cidades. As cidades, como espaço de todos, são divididas em zonas de lazer, de trabalho, de passagem, bairros ricos, bairros pobres e toda uma complexa e invisível rede com regras de entrada, permanência e saída.

Entender algumas linhas que atravessam a noção de heterotopia, portanto, pode ser uma forma de pensar os problemas que se apresentam à democracia atualmente.

2 Heterotopia

A noção de heterotopia foi desenvolvida por Michel Foucault no texto *Des espaces autres*, de 1967, presente nos *Ditos e Escritos* – III, sob o título *Outros espaços* (FOUCAULT, 2001). Além desse texto, há uma conferência de 1966 chamada de *As Heterotopias*, recém-publicada em português (FOUCAULT, 2013) e uma rápida menção no prólogo do livro *As palavras e as coisas*, também de 1966. Não apenas a bibliografia de Foucault é reduzida sobre o tema como ele também deixou esta análise um tanto inacabada e não voltou a ela na continuidade de seu percurso filosófico.

No desenvolvimento do texto *Outros espaços*, Foucault diferencia três diferentes leituras de espaço na história. A leitura medieval da localização, a moderna galileana da extensão e a contemporânea do posicionamento. O posicionamento pensa em "relações de vizinhança", em como os indivíduos, cujas

diferenças se desenham pelas lógicas e regras do espaço nos quais transitam, compõe o tecido de suas proximidades ou afastamento. Segundo Foucault, o espaço não é uma paisagem vazia, mas ele é "carregado de qualidades", de forma que as "relações de vizinhança" são norteadas por tais qualidades dos espaços que influem na pluralidade comunicável ou não dos grupos e indivíduos. As classificações dos homens pelos espaços nos quais transitam, nos quais devem permanecer e aos quais são impedidos de entrar, têm como resposta uma relação de vizinhança de inclusão do outro, de tolerância ou de exclusão? O autor diz que:

> Não vivemos em uma espécie de vazio, no interior do qual se poderiam situar os indivíduos e as coisas. Não vivemos no interior de um vazio que se encheria de cores com diferentes reflexos, vivemos no interior de um conjunto de relações que definem posicionamentos irredutíveis uns aos outros e absolutamente impossíveis de ser sobrepostos (FOUCAULT, 2001, p. 414).

Pela concepção de heterotopia, o autor, ao abordar o espaço, inclui nele uma análise plural da sociedade, considerando nela a presença de atores e fenômenos que, numa outra perspectiva, não seriam considerados, já que muitos ocupam um espaço marginalizado, apolítico e inconstante. Quer dizer que compreender os diferentes espaços constituintes da realidade social, com suas regras de entrada, permanência e saída, importa em alcançar a visibilidade de indivíduos e fenômenos que poderiam permanecer no escuro pelas leituras universalizantes.

Há uma diferença fundamental entre utopias e heterotopias. As utopias são os lugares sem lugar real. A Terra do Nunca da fábula de Peter Pan, o país de Lilliput, de Gulliver, são exemplos de utopias. Lugares imaginários inexistentes. São lugares que têm uma relação analógica direta ou invertida

com o espaço real da Sociedade. Apresentam a sociedade numa forma aperfeiçoada ou totalmente virada ao contrário. Seja como for, as utopias são espaços fundamentalmente irreais. Já as heterotopias são os diferentes espaços reais que convivem com "regras" de entrada e saída próprias de cada um deles, e com formas de representações também próprias.

O espaço, assim, é instrumento para analisar o dinamismo social nos mais variados componentes que o estruturam, entrando em cena o olhar para as inclusões e exclusões (também para as sobrevalorizações e subvalorizações). Trata de observar a sociedade em suas complexas representações de grupos ou indivíduos que nem sempre convivem num mesmo patamar, tornando o espaço não apenas plural, mas um complexo ambiente de tensões.

A heterotopia, dessa forma, não trata do espaço ideal ou irreal, é o espaço em suas múltiplas manifestações na medida em que cada qual possui regras de relações próprias. O espaço da razão é representado de modo diverso daquele que é preenchido pelos detentores da desrazão (manicômios, por exemplo). Também o espaço da violência legítima poderia ser pensados pelo prisma da heterotopia. Quais as condições e as regras de permissão para a violência? Em que contextos e espaços ela pode ocorrer sem manifestar atentado à lei, mas, contrariamente, o instrumento pelo qual a ordem se vale? (podemos pensar em penitenciárias, presídios, operação de milícias nas favelas). Assim, a compreensão da sociedade também deve perceber os espaços e suas ocupações, para compreender quais são preferíveis e quais são relegados.

As heterotopias permitem pensar na sociedade como os diversos espaços conflitantes e justapostos. Sobre a pertinência do problema do espaço na contemporaneidade, Foucault diz que:

> Estamos na época do simultâneo, estamos na época da justaposição, do próximo e do longinquo, do lado a lado, do disperso. Estamos em um momento em que o mundo se experimenta, acredito, menos como uma grande via que se desenvolveria através dos tempos do que como uma rede que religa pontos e que entrecruza sua trama. (FOUCAULT, 2001, p. 411).

Se nossa época é a do espaço, ou seja, da "justaposição", do "perto e do longe" e do "lado a lado", temos uma metáfora pertinente para pensar a composição democrática da sociedade. Juntos estão todos os indivíduos da sociedade, porém, apesar de perto, seus contextos reais e suas condições culturais e econômicas, por exemplo, os distanciam e diferenciam. Pensar nas heterotopias pode ser um caminho para questionar as noções, tão caras à democracia contemporânea, de identidade e pluralidade.

Se é insuficiente o plano do debate político como o campo de recepção de conflitos e formação de consenso, a noção de heterotopia pode auxiliar no questionamento de como se produz a identidade e como se mantém a pluralidade. Pensar a pluralidade e as diferenças pelas heterotopias enriquece a percepção das diferenças como o que convive lado a lado, já que na mesma sociedade; porém, justapostos e separados, pois provenientes de diferentes espaços e representações.

Mas, afinal, o que é a heterotopia? A heterotopia é o pensamento dos espaços outros, dos espaços que contestam a ideia do espaço liso e uniforme no qual vivemos. De acordo com Foucault, existem espaços "[...] que são *absolutamente* diferentes: lugares que se opõem a todos os outros, destinados, de certo modo, a apagá-los, neutralizá-los ou purificá-los" (FOUCAULT, 2013, p. 20, grifo nosso). O exemplo das heterotopias que Foucault nos traz como esses *contraespaços* estão nos asilos, nas prisões, nas colônias de férias, no Clube Mediterrâneo. Todos esses exemplos mostram espaços destinados às vivências fugidias,

que não se encaixam e não se referem às experiências cotidianas usuais. Sugerem a fuga do espaço comum dos idosos que não são produtivos, nas férias, que rompem o ciclo da continuidade cotidiana das obrigações, mesmo caso do Clube Mediterrâneo. Também podemos pensar na rua. Na sua condição de passagem, dá forma ao trânsito, que pode ser do lazer ou do trabalho. Na sua condição de permanência, pode representar o trabalho dos corpos desviados das instituições ou dos trabalhos formais.

Espaços outros levam a pensar aqueles não pensáveis, registra o *locus* dos indivíduos desviantes e dos grupos desviantes. Faz ver a alteridade como exterioridade, obscenidade, daquilo que sai para fora da margem normal da cena. Certo, os desvios parecem claros quando falamos do louco, do criminoso, da prostituta, do doente. Mas os grupos sociais e os indivíduos que os formam também podem, de acordo com a medida padrão, ser desviantes e o serem numa escala e num sentido suave e ligeiro. Tão suave que sequer percebemos que reservamos a eles e os lugares que ocupam e transitam uma condição fora da margem.

Nesses casos, não são chamados a possuir uma mesma condição (isonomia) de legitimidade dentro da ordem política ou social. A pluralidade que exercitam é um desafio à democracia, pois não é necessariamente um componente de seu jogo. Índios, praticantes do Candomblé e da Umbanda, representantes de intersexualidade, transgêneros etc. Todos ocupam espaços outros.

Se pensamos na legalização da união homoafetiva, vemos a transposição de diferentes espaços e regras. Quais os motivos que levam casais homossexuais a desejarem se colocar sob a legitimidade do casamento? Não é apenas a busca de um direito que está em jogo, mas a busca de cobrir-se das regras que rege o espaço e a lógica dos casais heterossexuais. Uma tentativa

de apagar alguns traços que os colocam para fora do círculo da normalidade e vê-los não como promíscuos ou fatores de risco para disseminação de doenças. Trata-se da tentativa de penetrar num espaço outro que os mantém de fora. Busca pela aceitação da diferença pelo remédio da mesma valorização da pessoa num quadro em que todos possam legitimamente exercer a condição de cidadania.

Mas por que esses espaços outros que formam as heterotopias podem servir de metáfora à democracia?

Se a democracia é, por um lado, um conceito, por outro lado, a cultura democrática se descola do conceito para se realizar nas relações sociais e nos aparelhos institucionais de um Estado. Como vimos, no plano prático, uma sociedade é significada pela democracia em termos de identidades e pluralidades. Isso quer dizer que os indivíduos não somente são abraçados por uma mesma rede de legitimidade como são identificados pela sua condição de cidadania. Mas, por dentro desta unidade e identidade, vemos a pluralidade. E cada grupo constituinte dessa pluralidade não representa apenas culturalmente ou economicamente um outro, mas o próprio espaço a que cada grupo pertence ou passa é estruturado por regras de relações próprias a esses espaços. De tal forma que integrar um grupo e seu espaço de experiências concretas exige o manejo dos códigos de pertencimento desse espaço.

Essas vizinhanças dos diferentes espaços e suas estruturas próprias, esse lado a lado que os grupos constituem com fronteiras não materiais, porém com sutis regras comportamentais e de identificação, fornecem a complexa estruturação do ambiente democrático. Não porque eles estejam em relação de continuidade e harmonia, mas exatamente porque uma cultura democrática envolve a tensão e o embate dos diferentes interesses a serem deliberados.

A heterotopia é uma chave interpretativa, porque ajuda a compreender a complexidade própria de cada grupo e não colocá-la apenas em termos abstratos e de ideologia. Mas inscreve num *topos*, num espaço de convivência que se organiza com um conjunto de regras próprias e específicas àquele espaço. Trata-se de pensar o espaço, portanto, não mais apenas como o lugar onde uma multiplicidade de indivíduos vivem e se relacionam, mas de pensá-lo também como condutor e constituidor de identidade e alteridade entre os indivíduos. Os espaços classificam, moldam lógicas comportamentais, colocam em relação as pessoas pelo viés da lógica de seus espaços. De acordo com Foucault:

> De uma maneira ainda mais concreta, o problema do lugar ou do posicionamento se propõe para os homens em termos de demografia; e esse último problema do posicionamento humano não é simplesmente questão de saber se haverá lugar suficiente para o homem no mundo, [...] é também o problema de saber que relações de vizinhança, que tipo de estocagem, de circulação, de localização, de classificação dos elementos humanos devem ser mantidos de preferência em tal out al situação para chegar a tal ou tal fim. Estamos em uma época em que o espaço se oferece a nós sob a forma de relações de posicionamentos (FOUCAULT, 2001, p. 413).

Em junho de 2013, vimos ocorrer manifestações sociais em diferentes cidades do Brasil, que causaram tantos debates, defesas e críticas. Não buscando reduzir as inúmeras análises feitas e possíveis àquelas manifestações, acreditamos que um dos desconfortos por elas causados e uma das dificuldades analíticas que elas suscitaram foi exatamente a transgressão dos outros espaços.

A pauta inicial do passe livre, de um grupo específico, foi posteriormente ampliada para as mais diversas pautas pelas mais diferentes parcelas sociais, misturando ativismo de esquerda, extrema esquerda, direita e extrema direita. Toda

essa mistura num mesmo espaço tornou bastante impenetrável a compreensão dos próprios fundamentos das manifestações. Houve uma justaposição de interesses variados, amparados nas necessidades provenientes de espaços específicos. Mas, colocados juntos, tornaram-se opacos.

Diferentes espaços, diferentes regras de relação e diferentes posições sociais. Este é o cenário da realidade democrática: "A heterotopia é capaz de justapor em um único lugar real, diversos espaços, diversos lugares que são eles mesmos incompatíveis". (FOUCAULT, 2001, p. 419). Sobre isso ainda:

> As heterotopias pressupõem sempre um sistema de abertura e fechamento que, simultaneamente, as isola e as torna penetráveis. Em geral, não se entra nesses lugares à vontade. Ou a entrada é obrigatória, como no caso da caserna ou da prisão, ou então o indivíduo que tem que se submeter a rituais e purificações. Para entrar tem que se ter certa permissão e fazer certo número de gestos. […] Há outras, pelo contrário, que parecem ser puras e simples aberturas, mas que em geral escondem curiosas exclusões. Qualquer um pode entrar nestes lugares heterotópicos, mas de fato isto é só uma ilusão: acreditamos entrar, pelo próprio fato de se entrar, e se é excluído (FOUCAULT, 2001, p. 420).

Os diferentes lugares incompatíveis expressam adequadamente os diferentes funcionamentos da realidade de parcelas sociais e indivíduos. Entre seus espaços, existe a vizinhança, o pertencimento a uma realidade móvel esquadrinhada e crivada pelos espaços outros. É possível entrar num outro espaço, mas isso não significa inclusão. Ou lá se está de passagem ou numa condição de alteridade e estranhamento. O exemplo atual dos condomínios residenciais são formas muito claras de espaços outros. Ali vivem indivíduos que não se separam dos demais apenas pelos muros que rodeiam as casas. Ali se desenrola um espaço de convivência ao mesmo tempo impenetrável e impenetrável aos estrangeiros desse espaço. É aberto para os

serviços, mas nessa condição é apenas espaço de passagem. O espaço enquanto permanência é outro em relação aos que estão de passagem, e não simplesmente por uma questão de acessibilidade financeira, mas também pelo posicionamento que as relações dentro daquele espaço esquadrinham.

A democracia, que não é uma utopia, mas sim a conjunção de todos os espaços, há que acolher suas diferenças, ora dissolvendo-as, ora demarcando-as.

3 Heterotopia como Metáfora para a Democracia

A leitura da heterotopia como chave interpretativa da pluralidade democrática é válida na medida em que assinala a diferença dentro do mesmo e as formas de relação pelo signo da alteridade. Cada vez mais a democracia tem sido pensada como o tratamento desigual para desiguais. Esta seria a maneira que tem se mostrado como a mais equilibrada para estabelecer igualdade entre espaços tão outros constituídos pelo tecido social.

A heterotopia permite não apenas separar ou juntar, mas pensar em "relações de vizinhança" e os termos dessas relações assim como as posições dentro delas dos indivíduos. Permite analisar as lógicas e regras próprias que regem cada grupo social mediada pelo espaço de vida que constituem e como esses espaços distribuem as posições. O instrumento da posição, diferente da fictícia e abstrata uniformização dos integrantes de uma sociedade, abre lugar para o respeito às regras dos espaços outros e para a tentativa de reduzir as exclusões ocasionadas pelas suas fronteiras.

Uma cultura democrática tem cada vez mais se revelado como uma cultura que somente pode se chamar unitária e identitária quando acolhe adequadamente as diversidades.

Quer dizer, quando leva em conta a pluralidade do tecido social. Voltamos aos pontos analisados por Zagrebelsky: relatividade, relação, múltiplas identidades e isonomia sem planificação.

Nas curtas linhas aqui desenvolvidas, marcamos que um dos problemas centrais da democracia reside na relação da sua unidade de princípios e direitos com a pluralidade da realidade social sobre a qual atua.

Para melhor compreender este fenômeno entre o *um* e o *múltiplo*, usamos o conceito de heterotopia como guia de leitura. As heterotopias mostram-se uma forma de compreensão da complexidade democrática. Isso porque as heterotopias tratam dos outros espaços, dos espaços em relação e na medida em que se relacionam se cancelam e se embatem. Os diferentes lugares como metáfora e também como apreensão dos diferentes posicionamentos sociais, leva a refletir sobre os lugares "[...] de tal modo que eles suspendem, neutralizam, ou invertem o conjunto de relações que eles designam, espelham ou refletem" (FOUCAULT, 2001, p. 420).

Se existem lugares reais e efetivos, como o espaço concedido ao proprietário de terras, por exemplo, de dispor desse seu espaço e a posição que ela lhe confere, existem também espaços outros que os contestam e os invertem. O espaço e as posições dos sem-terra, por exemplo.

Esse é o contexto da democracia e ela pode ser pensada pelo *topos* e seus desdobramentos.

Referências

CASTRO, Edgardo. *Diccionario Foucault:* temas, conceptos y autores. 1ª edição. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia:* Ensaios de História do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Poucos, Muitos, Todos:* Lições de História da Democracia. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Tradução de Luis Felipe Baeta Neves. 7. ed. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. Outros espaços. In: _____. *Estética:* Literatura e Pintura, Música e Cinema. Tradução de Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. (Coleção Ditos e Escritos, v. 3).

_____. *As palavras e as coisas:* uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *O corpo utópico, as heterotopias*. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: N-1 Edições, 2013.

PELBART, Peter Pál. *Vida capital:* ensaios de biopolítica. São Paulo: Editora Iluminuras LTDA, 2003.

ROGO, Margareth; NETO, Alfredo Veiga. *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

VALVERDE, Rodrigo Ramos Hospodar Felippe. Sobre espaço público e heterotopia. *Geosul*, Florianópolis, v. 24, n. 48, p. 7-26, jul./dez. 2009.

VEYNE, Paul. *Foucault:* seu pensamento, sua pessoa. Tradução de Marcelo Jacques de Morais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare Democrazia*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005.

Submissão: 12/12/2014
Aceito para Publicação: 24/12/2014

Qual *Liberdade de Imprensa*? A Imprensa Concebida como um *Fórum Aberto* ou como um *Cão de Guarda Privilegiado*[*]

Which Freedom of the Press*? The Press Conceived as an* Open Forum *or a* Privileged Watchdog

Jens Elo Rytter[**]
Tradução:
Gustavo Castagna Machado

Resumo: O artigo examina o significado histórico e contemporâneo de *liberdade de imprensa* no direito constitucional e nos direitos humanos. Existem duas concepções diferentes, a concepção restrita define a liberdade de imprensa como a liberdade de cada um para publicar sem censura prévia, a concepção mais ampla define-a como uma liberdade privilegiada da imprensa organizada para reunir e informar sobre informações de interesse público. Essas duas concepções têm respostas muito diferentes para a questão de saber se a imprensa deve desfrutar de algum privilégio de isenção da legislação ordinária, quando tal legislação restringe o limite da imprensa para informar o público a respeito de questões de interesse público.

Palavras-chave: Liberdade de Imprensa. Liberdade de Expressão. Regulação da Mídia. Privilégios da Imprensa.

---

[*] Publicação original: RYTTER, Jens Elo. Which Freedom of the Press? – The Press Conceived as an 'Open Forum' or a 'Privileged Watchdog'. *Scandinavian Studies in Law*, v. 55, p. 181-210, 2010. Tradução de Gustavo Castagna Machado, com a autorização do autor.

[**] Professor de Direito Constitucional (Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Copenhague (Dinamarca).

Abstract: The article surveys the historical and current meaning of "Freedom of the Press" in constitutional and human rights law. Two different conceptions exist, the narrow one defining freedom of the press as the freedom of every one to publish without prior restraint, the broader one defining it as a privileged freedom of the organised press to gather and report on information of public interest. These two conceptions have very different answers to the question of whether the press should enjoy some privilege to be exempt from ordinary legislation when such legislation restricts the access of the press to inform the public on matters of public interest.

Keywords: Freedom of the Press. Freedom of Expression. Media Regulation. Press Privileges.

Introdução

Embora seja universalmente aceito que a liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação é essencial para o funcionamento e a manutenção de uma sociedade livre e democrática, não há um ponto assente a respeito do que *liberdade de imprensa* realmente signifique.

Será que *liberdade de imprensa* refere-se essencialmente à simples liberdade de cada um publicar informações e opiniões sem restrições, a liberdade de imprensa assim sendo essencialmente um mero produto da mais geral e abrangente liberdade de expressão? Ou será que *liberdade de imprensa* implica algo mais do que isso, a saber, a proteção da imprensa organizada que a permita cumprir de forma eficaz o seu papel estrutural como um grupo de informação e controle em nome do público?

Essas duas concepções diferentes da noção de *liberdade de imprensa* têm diferentes implicações para a proteção jurídica da imprensa. Notavelmente, é provável que elas difiram na resposta à questão de haver ou não algum privilégio especial da imprensa que deva ser isento das exigências da

legislação ordinária, quando essas exigências limitam o acesso da imprensa ao recolhimento de informação relevante que é inerente à garantia da *liberdade da imprensa*.

Antes de discutir as diferentes concepções de liberdade de imprensa e suas implicações jurídicas no que diz respeito à aceitação de privilégios/imunidades especiais de imprensa, é útil dar uma breve olhada nos fundamentos históricos da liberdade de imprensa.

1 Os Fundamentos Históricos da Liberdade de Imprensa

É ponto assente que a liberdade de imprensa está intimamente conectada com o direito de liberdade de expressão; ambos originam-se do reconhecimento de que um debate livre e aberto é benéfico para a sociedade, bem como para o indivíduo. Historicamente, no entanto, o reconhecimento jurídico de uma liberdade de imprensa – no sentido de liberdade de censura na publicação – precedeu o reconhecimento da liberdade de expressão em geral. Embora isso possa, acima de tudo, ser devido ao fato de que os governantes eram os mais preocupados com a censura de impressos, ao reconhecer seu potencial de influenciar a opinião pública e atiçar a agitação pública, isso não demonstra que a liberdade de imprensa sempre mereceu especial atenção.

Desde a invenção da imprensa, no final do século XV, foi reconhecido que ela oferece uma maneira eficaz de disseminar opiniões e informações e, consequentemente, os governantes esforçaram-se para restringir e censurar sua utilização. Na Inglaterra, também, a censura floresceu ao longo dos séculos XVI e XVII.[1] No entanto, até o final do século XVII, ela foi

[1] LANGE, David. The Speech and Press Clauses. *U.C.L.A. Law Review*, v. 23, p. 77-119, 1975.

finalmente abolida, por inspiração, nada menos, do famoso discurso de Milton ao Parlamento inglês em 1644, que criticava o sistema inglês de censura e defendia a liberdade de imprimir sem licença como pré-requisito da vitória da verdade sobre a mentira e os abusos.[2] Assim, em meados do século XVIII, Blackstone poderia com autoridade descrever a liberdade de imprensa – a proibição de censura prévia na publicação – como um princípio estabelecido do direito comum inglês, considerado essencial para a natureza de um Estado livre.[3]

Essa concepção original inglesa de liberdade de imprensa, como a liberdade de cada um a imprimir e publicar sem censura prévia, foi influente quando, nas décadas seguintes, outros Estados europeus incluíram, de uma forma ou de outra, a liberdade de imprensa dentre suas garantias constitucionais.

A primeira proteção constitucional da liberdade de imprensa seria encontrada na Lei de Liberdade de Imprensa (*Tryckfrihetsförordningen*) sueca de 1766, que estipula, dentre outros, um direito de "cada cidadão sueco" publicar matéria escrita sem restrições prévias, Art. 1; e, a respeito de ofensa à liberdade de imprensa, estímulos foram dados para se manter em mente que a "[...] liberdade de imprensa é fundamental para uma sociedade livre", Art. 4. Na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a liberdade de expressão é louvada como um dos direitos mais preciosos, o que implica um direito a todos a falar, escrever e imprimir, Art. 11. A Constituição norueguesa de 1814 dispõe no mesmo artigo da liberdade de imprensa – ou seja, a liberdade de impressão –, bem como da liberdade de expressão, Art. 100. A Constituição

[2] MILTON, John. *Areopagitica*. Reprinted. Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

[3] BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: Callaghan and Company, 1899 (1765-69), ver p. 150-153.

belga de 1831 dispõe, em separado, da liberdade de expressão e de uma imprensa livre, sem censura, Art. 14 e 18, respectivamente. A Constituição alemã de 1849 dispõe da liberdade de expressão em geral, incluindo a liberdade de publicar, mas também proíbe especificamente a suspensão da liberdade de imprensa por meio de qualquer tipo de medida preventiva, Art. 143. A Constituição dinamarquesa de 1849 não se refere explicitamente à imprensa, proclamando simplesmente que "qualquer pessoa deverá ter a liberdade para publicizar suas ideias pela impressão, escrita ou expressão" e proíbe qualquer tipo de censura ou outra limitação prévia à publicação (a censura estava até então em pleno funcionamento).

Na Constituição dos Estados Unidos da América, a Primeira Emenda, aprovada em 1791, prevê, dentre outros, que "[...] o Congresso não fará lei que restrinja [...] a liberdade de expressão ou de imprensa". Essa disposição constitucional a respeito da liberdade de expressão e de imprensa alcançou status quase mítico como uma liberdade que contém a essência e o espírito da sociedade estadunidense. No entanto, o significado original do dispositivo de imprensa foi e continua a ser controverso.

Nos debates da época, parece que as noções de liberdade de expressão e liberdade de imprensa foram frequentemente usadas como sinônimos, a liberdade de imprensa referindo-se à liberdade de expressão por meio da impressão.[4] Assim, com base nas raízes históricas da liberdade de imprensa e no fato de que o pensamento jurídico estadunidense sempre esteve muito baseado no direito comum inglês, um primeiro impulso seria afirmar que a referência específica à liberdade de imprensa ao lado de liberdade de expressão da Primeira Emenda

[4] Ver NIMMER, Melville B. Introduction - Is Freedom of the Press a Redundancy: What does it add to Freedom of Speech? *Hastings Law Journal*, v. 26, p. 639-658, 1975.

simplesmente teve a intenção de destacar que a liberdade de expressão também implicava para todos uma liberdade de publicar material impresso, reconhecendo a importância crucial para um Estado livre desse veículo de informação e de opinião e o registro histórico de restrições à publicação.[5] Essa leitura da Primeira Emenda se encaixaria muito bem também com outros dispositivos europeus a respeito de imprensa livre da época.

No entanto, também se pode encontrar suporte histórico para uma visão mais estrutural do dispositivo que trata da imprensa na Primeira Emenda. Em primeiro lugar, um fundo (*background*) importante para sua adoção foi o papel crucial desempenhado pela imprensa como um veículo para a formação da opinião pública na luta dos colonizadores norte-americanos pela independência. Em segundo lugar, a Constituição dos Estados Unidos fundou a primeira verdadeira democracia dos tempos modernos, em que todo o poder do Estado emana do povo, e onde a imprensa foi, portanto, considerada não apenas como um veículo de informação, mas também como controle do público no exercício do poder público.

Várias das constituições estaduais que antecederam a Constituição da União garantiam a liberdade de imprensa. Enquanto algumas aparentemente consideraram a imprensa apenas como um importante veículo de expressão, outras ressaltaram também a importância constitucional crucial de uma imprensa livre. Um exemplo do primeiro tipo é encontrado na Constituição da Pensilvânia (1776), Art. XII: "[O] povo tem direito à liberdade de expressão e de escrever e publicar os seus sentimentos, por isso a liberdade de imprensa não deve ser limitada". Exemplos desse último tipo são encontrados na Constituição da Virgínia (1776), Art. 12 "[A] liberdade de

[5] LANGE, David. The Speech and Press Clauses. *U.C.L.A. Law Review*, v. 23, p. 77-119, 1975.

imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, e jamais pode ser limitada, exceto por governos despóticos"; Constituição de Massachusetts (1780), Art. XVI: "A liberdade de imprensa é essencial para a segurança da liberdade de um Estado, que não deve, pois, ser limitada nesta comunidade (*commonwealth*)".

James Madison, o autor da Primeira Emenda, referindo-se a essas características históricas e constitucionais, deixa claro que a cláusula de imprensa livre na Primeira Emenda tem um significado mais amplo do que a liberdade de imprensa na Grã-Bretanha. Em sua visão, a imprensa deve gozar de forte proteção contra qualquer restrição ou penalidade que iniba sua função – indispensável para uma sociedade livre e democrática – como informante do povo autogovernado e um controlador do governo em nome do povo.[6] Madison afirma, dentre outras coisas:

> Em todos os estados, provavelmente, na União, a imprensa tem exercido uma liberdade de examinar os méritos e as medidas dos homens públicos [...]. E pode a sabedoria dessa política (*policy*) ser posta em dúvida por qualquer um que reflita, que apenas à imprensa, acidentada como ela é com abusos, o mundo está em dívida por todos os triunfos que foram conquistados pela razão e pela humanidade sobre o erro e a opressão; que reflita, que à mesma fonte benigna os Estados Unidos devem muitas das luzes que o conduziu ao posto de uma nação livre e independente, e que melhorou seu sistema político de uma forma tão auspiciosa para a sua felicidade.[7]

O contexto histórico do dispositivo que trata da imprensa livre na Primeira Emenda, assim, pode ser visto como sugestivo de um papel estrutural da imprensa no quadro constitucional,

[6] Ver MADISON, James. The Virginia Report of 1799. Reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, 2008, p. 78-81.

[7] MADISON, James. Op. cit., p. 79-80.

alcançando mais do que as funções de um mero veículo de informações que deve permanecer sem restrições, a ponto de se tornar uma espécie de "quarto poder" institucional, fornecendo uma verificação adicional sobre o poder público por um organismo especializado organizado. Se assim for, essa visão estava até certo ponto baseada mais no que a imprensa poderia tornar-se do que no que realmente era; no momento em que a Primeira Emenda foi redigida, uma imprensa organizada no sentido moderno realmente não existia; os jornais ainda eram pequenos, dispersos e com poucos leitores.[8] Não foi até meados do século XIX que (alguns) jornais surgiram como poderosa mídia de massa no sentido moderno.[9]

Em suma, a partir de uma perspectiva originalista, a concepção mais óbvia da liberdade de imprensa seria a do *fórum aberto* – uma liberdade para todos de impressão e publicação sem restrição. No entanto, a história estadunidense da Primeira Emenda, em particular, oferece também, pelo menos, algumas indicações rudimentares de uma visão mais abrangente da liberdade de imprensa – uma liberdade que protege uma instituição com a destacada função de *cão de guarda* sob uma constituição democrática de informar o público e responsabilizar as pessoas no poder em nome do público. Uma escolha entre essas marcadamente diferentes concepções de liberdade de imprensa se tornou, assim, disponível para a posteridade. Como veremos, sistemas jurídicos diferentes – seja em razão

[8] LEWIS, Anthony. Freedom for the Thought that we Hate (2007). Excerpt reprinted. In: KOHLER, D.; LEVINE, L. *Media and the Law*. Newark: LexisNexis, 2009, p. 4-5; Ver também a concepção de 1830 de Alexis de Tocqueville em Democracy in America. Chapter XI (1840). Reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, 2008, p. 87-95.

[9] ANDERSON, David A. The Origins of the Press Clause. *U.C.L.A. Law Review*, v. 30, 455-541, 1983; BARBER, Phil. A Brief History of Newspapers. Disponível em: <www.historicpages.com/nprhist.htm>. Acesso em: 2010.

de diferenças de tradição jurídica, filosofia política ou ambos – optaram por diferentes concepções do que a liberdade de imprensa significa; e a escolha realizada teve implicações significativas para a proteção jurídica e os privilégios de imprensa.

2 A Imprensa como um *Fórum Aberto*

A concepção restrita e originalista de liberdade de imprensa é que ela garante, no essencial, a liberdade de todos para publicar opiniões e informações sem restrição pública.

2.1 Liberdade de Imprensa no Direito Constitucional Estadunidense

O sentido e alcance da garantia da Primeira Emenda de que "O Congresso não fará lei que restrinja [...] a liberdade de imprensa" foi e continua a ser controverso. No entanto, a concepção *fórum aberto* da liberdade de imprensa é predominante no direito constitucional estadunidense. A Suprema Corte pode ter repetidamente confirmado o ponto de vista de Madison de uma especialmente forte proteção da imprensa em termos gerais, considerando que enquanto a liberdade de censura prévia sobre a publicação permanece seu núcleo, esse não esgota a liberdade contida na liberdade de imprensa.[10] A Corte também elogiou repetidamente, em termos gerais, o papel fundamental da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa para o funcionamento de um Estado democrático.[11]

[10] Ver, em especial, Near vs. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931), p. 713-718; Grosjean vs. American Press Co. 297 U.S. 233 (1936), nas p. 248-250; Lovell vs. City of Griffin, 303 U.S. 444, p. 451 (1938).

[11] Ver New York Times Co. vs. United States, 376 U.S. 254 (1964), p. 269-271, com outras referências à jurisprudência.

No entanto, a Suprema Corte não está disposta a concluir que a Primeira Emenda implica uma proteção constitucional especial da imprensa organizada.

De acordo com a Suprema Corte, resulta da doutrina tradicional e do contexto do dispositivo que trata da imprensa livre que a liberdade de imprensa da Primeira Emenda é uma liberdade de publicação pertencentes a todas as pessoas, sem proteção especial a ser dada para a imprensa estabelecida (*established*), profissional: "A liberdade de imprensa não se limita aos jornais e periódicos. [...] A imprensa, em sua conotação histórica, abrange todo o tipo de publicação que proporciona um veículo de informação e de opinião."[12]

> [L]iberdade de imprensa é o direito do panfletário solitário que usa papel carbono ou um mimeógrafo assim como da grande editora metropolitana que utiliza os métodos mais recentes de fotocomposição [...] A liberdade de imprensa é um "direito pessoal fundamental".[13]

Quanto ao aspecto material da liberdade de imprensa, a Suprema Corte reconhece que a liberdade de publicação irrestrita implica também alguma proteção ao acesso para coletar informações, uma vez que sem esse acesso não teria realmente muito a ser publicado: "Sem alguma proteção para buscar notícias, a liberdade de imprensa poderia ser eviscerada [...] os jornalistas permanecem livres para buscar notícias de qualquer fonte por meios permitidos pelo Direito."[14]

Isso implica claramente que a Suprema Corte encontraria proteção na cláusula imprensa livre contra as medidas destinadas especificamente a restringir a liberdade de imprensa

---

[12] Lovell vs. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938), p. 452.

[13] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), White (Voto), na p. 704. Ver também Blackmun (vencido) em Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991), p. 673.

[14] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), p. 681.

para coletar informações. No entanto, a Suprema Corte tem estado menos disposta a aceitar que a imprensa deve estar isenta de leis de aplicação geral, mesmo que tais leis possam incidentalmente restringir a coleta de informações por parte da imprensa.

Sem surpresa, a Suprema Corte rejeitou uma proteção absoluta,[15] de fornecer imunidade para a imprensa de todas as leis gerais que incidentalmente invadam o seu acesso livre para reunir informações: "[O] direito de falar e publicar não carrega consigo o direito irrestrito de reunir informação."[16] "É claro que a Primeira Emenda não invalida cada ônus incidental da imprensa que possa resultar da aplicação das leis civis ou criminais de aplicação geral."[17]

Mais importante, a Suprema Corte – ou melhor, a maioria da Corte – tem afirmado repetidamente que a imprensa e suas atividades de coleta de informações devem operar dentro dos mesmos limites que se aplicam a qualquer outro cidadão. Isso já foi escrito de forma bastante clara em uma decisão de 1937: "O editor de um jornal não tem imunidade especial da aplicação de leis gerais. Ele não tem qualquer privilégio especial para invadir os direitos e liberdades dos outros."[18]

Essa rejeição geral de qualquer privilégio constitucional para a imprensa que a isente de leis gerais foi reafirmada pela maioria da Corte em termos inequívocos, em uma decisão de 1991:

[15] No entanto, ver em favor de uma interpretação da Primeira Emenda fornecendo proteção absoluta para a imprensa, *Justice Douglas* (vencido) em Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), p. 713-714.

[16] Zemel vs. Rusk, 381 U.S. 1 (1965), p. 17.

[17] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), p. 682.

[18] Associated Press vs. NLRB, 301 U.S. 103 (1937), p. 132-133.

> É [...] indiscutível que 'o editor de um jornal não tem imunidade especial da aplicação de leis gerais'. [...] Assim, a aplicação de tais leis gerais contra a imprensa não está sujeita a um escrutínio mais rigoroso (*stricter scrutiny*) do que seria aplicado contra outras pessoas ou organizações.[19]

Consequentemente, sob a existente doutrina da imprensa livre, a imprensa goza de nenhum privilégio testemunhal [sigilo da fonte] para proteger as fontes jornalísticas sob a Primeira Emenda (mas a maioria dos estados já previu tal privilégio na sua legislação).[20] Inversamente, a promessa de um jornalista da confidencialidade é tão vinculante para ele como seria para qualquer pessoa.[21] Também não está a imprensa imune de sanções quando ultrapassa a propriedade privada, a fim de informar sobre eventos de interesse público.[22] Claramente, qualquer privilégio de imprensa para violações autônomas do Direito no processo de busca de informações está *a fortiori* excluído. Como a Suprema Corte (maioria) afirmou em Cohen vs. Cowles Media Co., de 1991: "[A]s informações verdadeiras buscadas para publicação devem ter sido juridicamente adquiridas. A imprensa não pode impunimente arrombar e entrar em um escritório ou habitação para obter notícias; [etc.] […]."[23]

[19] Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991), White (voto), p. 669-670 – decidido por quatro votos a cinco.

[20] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972) – decidido por quatro votos a cinco (com o *Justice* Powell, embora ao lado do voto vencedor, mantendo uma porta aberta para privilégios limitados em circunstâncias diferentes). Essa posição foi confirmada por *obiter dictum* em Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991) – mais uma vez decidido por quatro votos a cinco.

[21] Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991) decidido por quatro votos a cinco; reconhecendo que uma ação de responsabilidade civil poderia ser movida contra um jornalista que havia publicado a identidade de sua fonte, apesar de sua promessa de não fazê-lo.

[22] Ver na jurisprudência estadual Stahl vs. State, 665 p. 2d 839 (Okla. Ct. Crim. App. 1983) – relativo a uma manifestação contra energia nuclear em propriedade de acesso restrito, e a imprensa invadiu o local para cobrir a manifestação.

[23] Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991), White (Voto), p. 669 – decidido por cinco votos a quatro.

Em suma, de acordo com a visão predominante no direito constitucional estadunidense, não existe tal coisa como um privilégio de imprensa que isente da lei geral. A liberdade de imprensa existe no quadro da lei geral e os ônus incidentes sobre a capacidade da imprensa para coletar informações, decorrentes de leis de aplicação geral, não são considerados como limitações à liberdade de imprensa.

2.2 Vantagens da Doutrina do Fórum Aberto

Além de sua base sólida nos fundamentos históricos da liberdade de imprensa, a vantagem óbvia da concepção *fórum aberto* é que ela oferece uma doutrina bastante clara da liberdade de imprensa. É fácil de entender e fácil de aplicar. Assim como a liberdade de expressão que se aplica a todos os envolvidos na publicação e, portanto, não é necessário decidir quem se qualifica e quem não se qualifica para o rótulo de imprensa. Ela protege a publicação de censura prévia e, em certa medida, também de sanções com base no conteúdo publicado. Ela não confere à "imprensa organizada" quaisquer privilégios especiais ou imunidades; membros da imprensa organizada, como qualquer outro cidadão, devem agir no âmbito da lei geral. Dessa forma, a concepção *fórum aberto* da liberdade de imprensa evita problemas de definição da "imprensa" e de delimitação de possíveis privilégios da imprensa.[24]

2.3 Objeções à Doutrina do Fórum Aberto

Uma objeção jurídica formal é que tal concepção restrita da liberdade de imprensa, essencialmente, torna redundante

[24] Cf. a rejeição da maioria ao privilégio testemunhal da imprensa (sigilo de fonte) em Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), p. 702-704.

uma cláusula específica a respeito da liberdade de imprensa, uma vez que a liberdade de todos para publicar já é inerente (pelo menos na visão atual) à liberdade de expressão.[25]

A objeção mais fundamental, no entanto, é que a concepção *fórum aberto* da liberdade de imprensa às vezes produz resultados que não são facilmente aceitáveis. Embora considerem a liberdade de imprensa como, em primeiro lugar, um direito fundamental do indivíduo, mesmo apoiantes da doutrina *fórum aberto* reconhecem a importância crucial para a democracia de uma imprensa independente que reúna e divulgue informações ao público. A liberdade de imprensa não é, portanto, apenas um direito individual; também é fundamental para melhorar o direito do público de ser informado e permitir ao público que, por meio da imprensa, controle o governo e outras entidades do poder.[26] A esse respeito, a liberdade de imprensa difere-se de muitas outras liberdades que protegem principalmente interesses individuais.

> Por exemplo, a liberdade de religião serve predominantemente, se não exclusivamente, ao interesse do indivíduo ou minoria religiosa que o reivindique e, portanto, não preponderará fácil sobre o interesse público da imposição a todos, sem distinção, da legislação ordinária que incidentalmente crie um ônus a alguma religião. Presumivelmente, isso é uma razão importante por que isenções religiosas da legislação geral parecem ser geralmente rejeitadas, não apenas nos Estados Unidos.[27]

---

[25] Ver e.g. ANDERSON, David A. Freedom of the Press. *Texas Law Review*, v. 80, i. 3, p. 429-530, 2002; HORWITZ, Paul. Or of the [blog]. Excerpt reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, 2008, p. 327; BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. Oxford: Oxford University press, 2008, p. 420.

[26] Ver também BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. Oxford: Oxford University press, 2008, p. 422, que muito exatamente descreve-o como se a liberdade de imprensa fosse "um direito instrumental, em vez de um direito básico ou fundamental".

[27] O *leading case* da Suprema Corte dos EUA é Employment Division vs. Smith, 402 U.S. 872 (1990), quando a maioria (6-3) categoricamente rejeitou uma reivindicação

É por isso que os privilégios de imprensa – mesmo vistos a partir da restrita concepção de liberdade de imprensa de *fórum aberto* – não são tão facilmente eliminados. O interesse constitucional e democrático inconteste de o público ser informado e de o poder público ser verificado terá peso, mesmo quando as restrições à imprensa são apenas uma consequência incidental de leis de aplicação geral. O *Justice* Souter da Suprema Corte dos Estados Unidos – distanciando-se da rejeição da maioria de qualquer imunidade da imprensa a leis gerais e sendo acompanhado por três outros juízes – colocou desta forma:

> [N]ão há nada de mágico a respeito das leis de aplicabilidade geral [...] pois tais leis podem restringir os direitos da Primeira Emenda tão eficazmente como aquelas direcionadas especificamente à própria expressão. [...] A liberdade de imprensa está, em última análise, fundada no valor de melhorar tal discurso [público] pelo bem de uma cidadania melhor informada e, portanto, mais prudentemente autogovernada [...]. A Primeira Emenda vai além da proteção da imprensa e da autoexpressão de indivíduos para proibir os governos de limitar o estoque de informações dos quais membros do público podem obter [informações] [...]. É o direito do público, e não o direito da [imprensa] que é fundamental.[28]

Um exemplo claro do dilema é a rejeição da Suprema Corte dos Estados Unidos de um privilégio testemunhal (sigilo de fonte) de repórteres para proteger suas fontes de informação – um privilégio clássico da imprensa – em Branzburg vs. Hayes.[29]

---

constitucional por uma tribo indígena de isenção da legislação penal estadual que proíbe a utilização de euforizantes, uma reivindicação baseada no fato de que a droga Peyote durante séculos foi utilizada pela tribo em cerimônias religiosas. O Tribunal de Estrasburgo parece seguir em grande medida a mesma linha. Ver, por exemplo, a declaração em Refah Partisi (Partido do Bem-Estar) e outros c. Turquia, julgamento da Grande Câmara de 13 fev. 2003, Ap. nº. 41340/98 et al, parágrafo 92, relativo ao dever geral, mesmo para Sikhs que usam turbantes, de usar um capacete ao dirigir uma motocicleta.

[28] *Justice* Souter (vencido), Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991), p. 677-678.

[29] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).

Enquanto tal rejeição é apenas uma consequência lógica da concepção *fórum aberto*, é difícil negar que ao categoricamente rejeitar tal privilégio à imprensa dificulta-se a sua capacidade de reunir informações críticas de forma eficaz. Assim, pode-se detectar certo desconforto, hesitação e até mesmo reserva na opinião majoritária do *Justice* White, ao rejeitar um privilégio testemunhal (sigilo de fonte) para a imprensa. Pela mesma razão, a minoria do Tribunal, liderada pelo *Justice* Stewart, foi extraordinariamente dura em sua crítica, ao afirmar que a rejeição de um privilégio testemunhal (sigilo de fonte) deixaria a imprensa incapaz de realizar suas funções públicas de forma eficaz:

> O ponto de vista infeliz da Corte da Primeira Emenda reflete uma insensibilidade perturbadora ao papel crítico da imprensa independente em nossa sociedade. [...] [E]ssa decisão [vai] prejudicar o desempenho das funções constitucionalmente protegidas da imprensa [...]. A imprensa 'tem sido um poderoso catalisador para despertar o interesse público em assuntos governamentais, expondo a corrupção entre agentes e servidores públicos e, geralmente, informando os cidadãos de eventos e ocorrências públicas' [...] Na medida em que as concentrações de poder públicas e privadas aumentam de tamanho e as pressões por conformidade necessariamente se elevam, existe, obviamente, uma necessidade contínua que uma imprensa independente divulgue uma variedade robusta de informação e de opinião por meio de reportagem, investigação e crítica, se quisermos preservar a nossa tradição constitucional de maximizar a liberdade de escolha ao encorajar a diversidade de expressão.[30]

A essência dessa crítica é que ao não permitir que alguma posição preferida da imprensa seja, por vezes, isenta das leis de aplicabilidade geral, deixará a imprensa (organizada) ineficaz

[30] Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), *Justice* Stewart (vencido, acompanhado dos *Justices* Brennan e Marshall e apoiado no resultado também por Douglas), p. 725-727.

no cumprimento de sua função constitucional de reunir e difundir informações relevantes ao público. Esse argumento, no entanto, aponta na direção de uma visão totalmente diferente do papel da imprensa e de sua liberdade constitucional. Assim, *Justice* Stewart, apoiado por outros, tem afirmado que a Primeira Emenda garante – e também foi feita historicamente para garantir – um papel estrutural da imprensa no quadro constitucional, indo muito além da função de um mero veículo de informação. Na opinião de Stewart, o dispositivo que garante uma imprensa livre foi projetado para garantir à imprensa um papel institucional como um *Quarto Poder* – um corpo organizado de especialistas que realiza um controle adicional sobre o poder público, um suplemento aos freios e contrapesos já em vigor entre os três ramos.[31] O ponto de vista minoritário de Stewart representa uma concepção diferente da imprensa como uma *guardiã privilegiada*.

3 A Imprensa como um *Cão de Guarda Privilegiado*

Em uma concepção mais ampla, a liberdade de imprensa não somente supõe a liberdade de publicação irrestrita. Acima de tudo, a liberdade de imprensa fornece uma garantia institucional da imprensa em seu papel constitucional como "cão de guarda público" – ou seja, organismo de informações e controle em nome do público. O exercício efetivo dessa função implica alguma proteção especial da imprensa, incluindo privilégios, assim como pode implicar regulamentação especial para preservar a independência e pluralismo da imprensa.

[31] STEWART, Potter. Or of the Press. *Hastings Law Journal*, v. 26, p. 631-643, 1975. Para um ponto de vista similar ver BEZANSON, Randall P. The Developing Law of Editorial Judgment. *Nebraska Law Review*, v. 78, p. 754-857, 1999.

3.1 Liberdade de Imprensa no Direito Constitucional Alemão

O Tribunal Constitucional alemão tem se apoiado na concepção de *cão de guarda privilegiado* da liberdade de imprensa. O artigo 5 (1) da Constituição alemã prevê uma proteção separada da *liberdade de imprensa*. O Tribunal Constitucional alemão, no seu *leading case* sobre a liberdade de imprensa, o *caso Spiegel*, de 1966, interpretou que o dispositivo que garante a imprensa livre no artigo 5º prevê uma proteção institucional de imprensa e garante à imprensa uma determinada posição privilegiada:

> Uma imprensa livre, independente do Estado e livre de censura, é um elemento fundamental em um Estado livre; especialmente, a imprensa política livre e periódica é indispensável para a democracia moderna. [...] A imprensa funciona como o informante do debate público. Por meio da imprensa, a opinião pública é articulada [...]. Em uma democracia representativa a imprensa funciona, além disso, como um organismo de conexão e controle constante entre o povo e os seus representantes eleitos no Parlamento e Governo [...]. Essa função da imprensa livre em um estado democrático corresponde à sua posição jurídica nos termos da Constituição [Art. 5]. Mesmo que essa disposição, de acordo com o seu contexto e seu significado tradicional, garanta, em primeiro lugar, um direito subjetivo às pessoas e empresas que trabalham na imprensa, protegendo-as de restrição do Estado e garantindo-lhes em certos contextos uma posição privilegiada, a disposição tem também um aspecto objetivo. Ela garante a instituição 'imprensa livre'. O Estado – independente de direitos subjetivos dos indivíduos – possui uma obrigação de levar em consideração a liberdade de imprensa em todo o seu sistema jurídico, quando o âmbito de uma norma jurídica afeta a imprensa.[32]

Na decisão, o Tribunal Constitucional também deixou claro que a liberdade de imprensa protege a imprensa nas suas

[32] "Caso Spiegel" (1966): BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Hrsg.). Spiegel-Urteil. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 20. Tübingen: Mohr, 1967. p. 174-175, minha tradução do alemão.

atividades de procurar informação e que, portanto, ela deve proporcionar alguma proteção especial da confidencialidade entre a imprensa e seus informantes:

> A autonomia da imprensa garantida pelo Art. 5 cobre tudo desde a coleta de informações à divulgação de notícias e opiniões. Por isso, certa proteção da confidencialidade entre a imprensa e seus informantes privados também é uma parte da liberdade de imprensa. Essa proteção é indispensável, uma vez que a imprensa não pode funcionar adequadamente sem informações privadas, mas essa fonte de informação só continuará fluindo, quando o informante puder confiar basicamente que o 'sigilo editorial' será respeitado.[33]

No que diz respeito a privilégios especiais da imprensa em geral, o Tribunal Constitucional sublinhou que tais privilégios são concedidos estritamente no interesse do público a ser informado, e sua justificação deve ser sempre avaliada, ponderando os interesses colidentes em causa em circunstâncias especiais:

> A posição privilegiada da imprensa em certos aspectos é admitida por causa de sua tarefa e apenas dentro dos limites dessa tarefa. Isso não tem nada a ver com privilégios pessoais; isenções de normas jurídicas de aplicação geral sempre devem ser justificáveis em função das circunstâncias específicas de cada caso, conforme medido em relação ao tipo e alcance da isenção.[34]

O Tribunal Constitucional, em conformidade, qualificou a cláusula de restrição prevista no artigo 5 (2) da Constituição alemã, que prevê que a liberdade de expressão e de imprensa deve "[...] encontrar os seus limites nas disposições das leis

---

[33] "Caso Spiegel" (1966): BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Hrsg.). Spiegel-Urteil. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 20. Tübingen: Mohr, 1967. p. 176, minha tradução do alemão.

[34] "Caso Spiegel" (1966): BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Hrsg.). Spiegel-Urteil. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 20. Tübingen: Mohr, 1967. p. 176, minha tradução do alemão.

gerais [...]". O Tribunal interpreta essa disposição no sentido de que a liberdade de imprensa só pode ser restringida, até mesmo por leis gerais, quando interesses com pelo menos o mesmo valor constitucional da liberdade de imprensa tornem essa restrição estritamente necessária.[35]

A abordagem do Tribunal Constitucional alemão, assim, mantém claramente em aberto a possibilidade de privilégios de imprensa especiais, incluindo o privilégio de estar, em determinadas circunstâncias, isenta de a legislação geral restringir o acesso da imprensa a informações importantes.

3.2 Liberdade de Imprensa no Âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, inspirado ou não pelo Tribunal Constitucional alemão, também optou por uma concepção de *cão de guarda privilegiado* da liberdade de imprensa. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não contém qualquer disposição específica a respeito da imprensa livre; no entanto, o artigo 10 sobre liberdade de expressão inclui a liberdade de todos "[...] para receber [...] informações e ideias sem interferência de autoridade pública". Nessa base, o Tribunal de Estrasburgo estabeleceu uma proteção especial da imprensa e de outros meios de comunicação de massa em seu papel de "cão de guarda público", sendo essa função considerada como um corolário do direito do público de ser informado sobre assuntos de interesse público.

O Tribunal estabeleceu essa abordagem no *leading case* Sunday Times de 1979, quando o Tribunal reconheceu pela primeira vez uma proteção especial da imprensa e de outros

[35] "Caso Spiegel" (1966): BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Hrsg.). Spiegel-Urteil. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 20. Tübingen: Mohr, 1967. p. 177.

meios de comunicação, afirmando "[...] que lhes incumbia transmitir informações e ideias [...]" sobre assuntos de interesse público, esse dever correspondendo ao "[...] direito do público de ser devidamente informado".[36] Essa visão estabeleceu a base da jurisprudência do Tribunal sobre a liberdade de imprensa desde então. Tornando-se ainda mais claro que a função da imprensa não é apenas a de fornecer informação independente, mas também a de autoridade de controle em nome do público, o Tribunal apresentou posteriormente a concepção da imprensa e de outros meios de comunicação de massa como uma instituição que executa a tarefa de "cão de guarda público".[37] O ponto de vista geral do Tribunal de Estrasburgo sobre a importância e o papel da imprensa foi resumido em Jersild:

> A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e as garantias de que a imprensa goza revestem uma importância particular. Embora a imprensa não deva ultrapassar certos limites, entre outras coisas, no respeito por [...] incumbe-lhe, no entanto, comunicar informações e ideias de interesse geral. Não apenas a imprensa tem a função de divulgar tais informações e ideias; o público tem o direito de recebê-las. Não fosse assim, a imprensa não desempenharia o seu papel indispensável de cão de guarda público.[38]

O Tribunal de Estrasburgo reconhece assim claramente que o papel da imprensa como "cão de guarda público" é uma

[36] Sunday Times c. Reino Unido, julgamento plenário de 29 abr. 1979, Ap. nº. 6538/74, parágrafos 65-66. O caso dizia respeito a uma restrição via *contempt of court* sobre a publicação de artigos de jornal relativos a um litígio em curso.

[37] O Tribunal usou pela primeira vez o termo *cão de guarda* no caso Barthold c. Alemanha, julgamento de 25 mar. 1985, Ap. nº. 8734/79, parágrafo 58, afirmando que a imprensa tem uma "tarefa de fornecedora de informação e de cão de guarda público".

[38] Jersild c. Dinamarca, julgamento da Grande Câmara de 23 set. 1994, Ap. nº. 15890/89, parágrafo 31. O caso em questão tratou da condenação de um jornalista pela divulgação de um discurso de ódio por meio de uma entrevista transmitida em um programa de televisão.

função estrutural, que é crucial para a democracia, referindo-se em *Bladet Tromsø* a "a função essencial que a imprensa cumpre em uma sociedade democrática".[39] A essência dessa função democrática de *cão de guarda* é o controle persistente do poder público: "Em um sistema democrático as ações ou omissões do Governo devem estar sujeitas a um exame minucioso, não só pelas autoridades legislativas e judiciais, mas também pela imprensa e opinião pública."[40]

No entanto, até que ponto o seu papel de "cão de guarda público" faz merecer privilégios especiais à imprensa em suas atividades de reunir informações? No caso *Goodwin* o Tribunal de Estrasburgo, em contraste com a Suprema Corte dos Estados Unidos, mas alinhado com o Tribunal Constitucional alemão, declarou que preservar o papel de "cão de guarda público" da imprensa implica necessariamente uma ampla proteção da confidencialidade das fontes jornalísticas, uma vez que rejeitar tal proteção impediria o acesso da imprensa a informações importantes e, consequentemente, poderia minar o seu papel de "cão de guarda público":

> A proteção das fontes jornalísticas é uma das condições básicas para a liberdade de imprensa conforme se reflete nas leis e nos códigos de conduta profissional em vários Estados contratantes e se afirma em diversos instrumentos internacionais sobre liberdades jornalísticas. [...] Sem essa proteção, fontes podem ser impedidas de ajudar a imprensa para informar o público a respeito de questões de interesse público. Como resultado, o vital papel de cão de guarda público da imprensa pode ser minado e a capacidade da imprensa de fornecer informações precisas e confiáveis pode ser negativamente afetada. Tendo em conta a importância da

[39] Bladet Tromsø c. Noruega, julgamento da Grande Câmara de 20 maio 1999, Ap. nº. 21980/93, parágrafo 59.

[40] Castells c. Espanha, julgamento de 23 abr. 1992, Ap. nº. 11798/85, parágrafo 46; Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A.Ş. c. Turquia (nº. 1), julgamento de 30 mar. 2006, Ap. nº. 64178/00 et al., parágrafo 78.

> proteção das fontes jornalísticas para a liberdade de imprensa em uma sociedade democrática e o potencial efeito inibidor que uma ordem de divulgação da fonte tem no exercício dessa liberdade, tal medida não pode ser compatível com o artigo 10º da Convenção, a menos que seja justificada por uma razão imperiosa de interesse público.[41]

Apenas um dos 18 juízes que participaram do julgamento do caso *Goodwin* rejeitou o parecer do Tribunal. O Juiz Walsh – ao ecoar a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos – no seu voto vencido afirmou com descrença:

> [P]arece-me que o Tribunal, em sua decisão, decidiu no sentido de que ao abrigo da Convenção um jornalista, em virtude de sua profissão, deve dispor de um privilégio não disponível para outras pessoas. Não deve o cidadão comum, ao escrever uma carta aos jornais para publicação, dispor de privilégios iguais, mesmo que ele não seja um jornalista profissional? Distinguir entre o jornalista e o cidadão comum deve pôr em causa a disposição do artigo 14 [que proíbe a discriminação].[42]

O Tribunal de Estrasburgo confirmou, assim, que a imprensa, no seu papel de *cão de guarda* dispõe de uma posição privilegiada não só quando ela comunica informações sobre assuntos de interesse público, mas também em seus esforços para obter tais informações. Por conseguinte, pode se presumir que qualquer medida ou legislação que restrinja o acesso da imprensa à coleta de informações pode levantar uma questão nos termos do artigo 10.

Até agora, o Tribunal de Estrasburgo não foi ainda confrontado com um caso claro de um jornalista que agiu em violação de lei de aplicação geral com a finalidade de reunir informações importantes.

---

[41] Goodwin c. Reino Unido, julgamento da Grande Câmara de 27 mar. 1996, Ap. nº. 17488/90, parágrafo 39.

[42] Goodwin c. Reino Unido, julgamento da Grande Câmara de 27 mar. 1996, Ap. nº. 17488/90, voto vencido em separado do juiz Walsh, parágrafo 1.

No entanto, no caso *Fressoz & Roire* – relativo a um jornalista condenado por ter usado documentos confidenciais obtidos a partir de uma fonte desconhecida, em violação dos seus deveres pessoais de confidencialidade, estando tal uso proibido pela legislação nacional – o Tribunal de Justiça declarou que os jornalistas não estão totalmente isentos de observar o direito penal comum, mesmo que eles atuem como "cães de guarda públicos". No entanto, ao mesmo tempo, o Tribunal parece pressupor que a necessidade de proteger a possibilidade de os jornalistas informarem o público possa de vez em quando preponderar sobre a necessidade de aplicar a lei penal geral:[43]

> Embora reconhecendo o papel fundamental desempenhado pela imprensa em uma sociedade democrática, o Tribunal salienta que os jornalistas não podem, em princípio, ser dispensados do dever de obedecer à lei penal comum sob a alegação de que o artigo 10 confere-lhes proteção. Com efeito, o parágrafo 2 do artigo 10 define os limites do exercício da liberdade de expressão. Cabe ser decidido se, nas circunstâncias específicas do caso concreto, o interesse do público em ser informado prepondera sobre os 'deveres e responsabilidades' que os requerentes tinham como resultado da origem suspeita dos documentos que lhes foram enviados.[44]

A implicação é que nos termos do artigo 10 uma isenção jornalística da lei penal comum não é a regra, mas a exceção. No entanto, isso deixaria espaço para ponderar os interesses conflitantes em casos específicos, considerando-se em conformidade com o artigo 10 (2) se a restrição da coleta de informação jornalística é "necessária em uma sociedade democrática", ou seja, proporcional ao objetivo perseguido.

---

[43] Ver também KJØLBRO, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* – forpraktikere. 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007, p. 656.

[44] Fressoz & Roire c. França, julgamento da Grande Câmara de 21 jan. 1999, Ap. nº. 29183/95, parágrafo 52.

No caso *Dammann* – relativo a um jornalista condenado por instigar uma quebra de sigilo ao pedir e obter informações confidenciais de um assistente administrativo do escritório do Promotor de Justiça – o Tribunal confirmou que as atividades do jornalismo investigativo realizado para coletar informações de interesse público são protegidas pelo artigo 10, como parte da liberdade de imprensa, e que o Tribunal leva a sério restrições sobre tais atividades, mesmo que decorram da aplicação da lei geral. Relevantemente, o Tribunal de Justiça declarou, em termos gerais, o seguinte:

> O Tribunal salienta que esse caso não diz respeito a uma restrição de publicação, como tal, ou a uma condenação pós-publicação, mas a um ato preparatório à publicação, i.e., atividades de pesquisa e investigação levadas a cabo por um jornalista. [...] Não apenas as restrições à liberdade de imprensa a respeito da fase de pré-publicação são abrangidas pelo âmbito da revisão do Tribunal de Justiça, mas elas também representam grande perigo e, portanto, exigem o escrutínio mais minucioso por parte do Tribunal [...].[45]

O Tribunal de Estrasburgo, como o Tribunal Constitucional alemão, assim, parece aberto a aceitar, em certas circunstâncias, que os jornalistas devem ser isentos do direito penal comum quando tiverem agido com a finalidade de obter informações de interesse público. Está longe de estar claro, no entanto, até que ponto esse privilégio pode se estender, pois não há casos de Estrasburgo até agora a respeito de atividades ilegais de jornalismo investigativo a fim de obter informações que ninguém estava disposto a fornecer.

[45] Dammann c. Suíça, julgamento de 25 abr. 2006, Ap. nº. 77551/01, parágrafo 52, minha tradução do francês.

3.3 Vantagens da Doutrina do Cão de Guarda Privilegiado

A atração clara da doutrina do *cão de guarda privilegiado* é que ela garante que a imprensa será eficaz em sua função de "cão de guarda público", uma vez que só pode ser restringida em seus esforços de recolher e divulgar informações de interesse público, mesmo pelas leis gerais, quando, nas circunstâncias de cada caso, razões imperiosas assim o exigirem.

3.4 Objeções à Doutrina do Cão de Guarda Privilegiado

A concepção de liberdade de imprensa como "guardiã privilegiada", fornecendo proteção e certos privilégios à "imprensa", será incomodada em pelo menos dois aspectos: como definir a "imprensa (e outros meios de comunicação)" privilegiada e como determinar a extensão dos privilégios de imprensa *vis-à-vis* o princípio colidente da igualdade de todos perante a lei – seja civil ou criminal.[46] As duas seções seguintes serão dedicadas a esses problemas de definição e delimitação.

4 Qual é a *Imprensa* Qualificada para Privilégios de Cão de Guarda?

Enquanto que definir a imprensa não apresenta nenhum problema sob a concepção restrita de *fórum aberto* da liberdade de imprensa, a doutrina de um *cão de guarda privilegiado* pressupõe uma determinação de quem pertence e quem não pertence à categoria privilegiada de *a imprensa*. Mais especificamente, a questão principal é saber a quem deve ser concedido um

[46] Cf. a opinião majoritária em Branzburg vs. Hayes, 408 U.S. 665 (1972), p. 702-704.; LANGE, David. The Speech and Press Clauses. *U.C.L.A. Law Review*, v. 23, p. 77-119, 1975.

privilégio especial de estar isento da lei geral no processo de recolhimento de informações a respeito de questões de interesse público. Essencialmente, as opções são uma definição *funcional* ou *institucional* de *a imprensa*.

Uma definição *funcional* de "imprensa" sustentaria que mesmo as atividades de coleta de informações realizadas por particulares podem se qualificar ao privilégio de jornalista, com a condição de que a atividade foi, desde o início, realizada para fins de publicação posterior ao público. Um tribunal de apelação federal dos EUA tomou exatamente essa posição em um processo relativo à proteção de material confidencial contra uma ordem judicial para produzi-lo, afirmando que:

> [U]m indivíduo pode com êxito reivindicar privilégio de jornalista se ele está envolvido em atividades tradicionalmente associadas a coleta e difusão de notícias [a coleta de informação para fins de divulgação ao público], mesmo que ele não seja normalmente um membro da imprensa institucionalizada.[47]

Paul Horwitz sugeriu uma definição um pouco semelhante (levando a tecnologia da informação moderna em conta), mas exige que a atividade jornalística privada deva ser realizada regularmente:

> [U]m indivíduo que está envolvido em um processo que se destina a gerar e divulgar informações verdadeiras para o público regularmente.[48] Deixando de lado os problemas óbvios de provas, tal definição da "imprensa" pode parecer muito ampla para o conceito de *cão de guarda*.

Uma definição *institucional* da "imprensa" parece mais de acordo com a lógica e a tradição da concepção de *cão de guarda*

[47] Von Bülow by Auersperg vs. von Btilow, 11 F 2d 136 (2d. Cir. 1987).

[48] HORWITZ, Paul. Or of the [blog]. Excerpt reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, 2008, p. 329.

privilegiado. Assim, o *Justice* Stewart considera que a imprensa privilegiada inclui "a imprensa organizada [...] os jornais diários e outros meios de comunicação estabelecidos".[49] Claramente, o Tribunal Constitucional alemão tinha em mente uma imprensa institucional/profissional quando se afirmou no *caso Spiegel* que "a imprensa funciona [...] como um organismo de conexão e controle constante [...]", falou de um direito subjetivo pertencente a "[...] pessoas e empresas que trabalham na imprensa [...]" e, ao reconhecer a proteção da confidencialidade, considerou que "a imprensa não pode funcionar adequadamente sem informação privada".[50] Da mesma forma, quando o Tribunal de Estrasburgo no caso Goodwin reconheceu uma ampla proteção das fontes jornalísticas como condição básica da liberdade de imprensa, estava se referindo aos jornalistas pertencentes à imprensa organizada, amparando sua argumentação na referência aos "códigos de conduta profissional" em muitos Estados contratantes, e à recomendação sobre liberdades jornalísticas do Conselho da Europa de 1994.[51] A última recomendação declara em seu preâmbulo que "[...] as funções de todos os envolvidos na prática do jornalismo, em particular os jornalistas, editores, diretores e proprietários, nos diferentes meios de comunicação eletrônicos e impressos são essenciais", e refere-se várias vezes aos códigos de conduta profissional.[52]

Às vezes, em um contexto diferente, o Tribunal de Estrasburgo tem interpretado o termo "imprensa" de forma mais ampla. Assim, o Tribunal de Justiça atribuiu a jornalistas um

---

[49] STEWART, Potter. Or of the Press. *Hastings Law Journal*, v. 26, p. 631-643, 1975.

[50] Ver anteriormente seção 3.

[51] Ver anteriormente seção 3.

[52] Recomendação sobre Liberdades e Direitos Humanos Jornalísticos, aprovada na 4ª Conferência Ministerial Europeia sobre Políticas de Mídia de Massa, realizada em Praga de 7 a 8 de dezembro de 1994. Disponível em: <www.coe.int/T/E/ConFiles/Events/2002-09-Media/ ConfMedial994.asp>. Acesso em: 2010.

privilégio de ampla liberdade de expressão em assuntos de interesse público, sustentando que "[...] a liberdade jornalística também abrange o eventual recurso a um grau de exagero ou mesmo de provocação".[53] Parece difícil de justificar o porquê tal privilégio deveria ser estendido apenas a jornalistas. Não profissionais podem contribuir tanto para o debate público quanto jornalistas e precisam de uma margem de exagero e provocação, pelo menos tanto quanto o jornalista profissional.[54] Dessa forma, não é surpreendente que o Tribunal de Estrasburgo teve de estender esse privilégio para outros que não fossem da imprensa profissional. Assim, nos casos em matéria de difamação, o Tribunal decidiu que a liberdade jornalística de exagero e provocação se estende também à publicação de "[...] livros ou outros materiais escritos, como periódicos [...], se dizem respeito a questões de interesse da geral"[55] e até mesmo a uma agência local de uma ONG (Greenpeace) engajada em uma campanha anti-McDonald's, considerando que "[...] em uma sociedade democrática mesmo grupos de campanha pequenos e informais, como o Greenpeace de Londres, devem ser capazes de exercer as suas atividades de forma eficaz e que existe um forte interesse público na habilitação de tais grupos e indivíduos de fora do *mainstream* para que contribuam para o debate público por meio da divulgação de informações e ideias a respeito de questões de interesse público".[56] Essa é, essencialmente, uma questão de liberdade de expressão geral na forma de publicação

[53] Prager & Oberschlick c. Áustria, julgamento de 26 abr. 1995, Ap. nº. 15974/90, parágrafo 38; Pedersen & Baadsgaard c. Dinamarca, julgamento da Grande Câmara de 17 dez. 2004, Ap. nº. 49017/99, parágrafo 71.

[54] RYTTER, Jens Elo. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* – og dansk ret. 2. udgave. København: Thomson, 2006, p. 284.

[55] Chauvy e outros c. França, julgamento de 29 jun. de 2004, Ap. nº. 64915/01, parágrafo 68.

[56] Morris e Steel c. Reino Unido, julgamento de 15 fev. 2005, Ap. nº. 68416/01, parágrafos 88-89.

e, assim, estendê-la a todos que publiquem a respeito de assuntos de interesse público corresponde à concepção *fórum aberto* da liberdade de imprensa. Em outras palavras, o Tribunal de Estrasburgo, em minha opinião, concebeu mal ao descrever inicialmente a liberdade de exagerar e provocar como uma liberdade de imprensa especial e, portanto, sem surpresa, foi forçado a estendê-la a outros oradores que tratem de assuntos de interesse público. Essa jurisprudência, por conseguinte, não tem qualquer influência imediata sobre a definição de imprensa em relação aos privilégios especiais de *cão de guarda* que digam respeito ao acesso para obter informações.

A mesma concepção institucional – mas sem exclusividade em termos de *establishment* – está na base da lei dinamarquesa a respeito da responsabilidade dos meios de comunicação (e leis semelhantes em muitos outros países). A lei contém uma responsabilidade especial da mídia que prevê, dentre outras coisas, para a responsabilidade editorial, o dever de retratação e permitir direito de resposta etc. De acordo com o § 1 da Lei, ela se aplica a (a) jornais e outras publicações periódicas, (b) televisão e empresas de rádio e (c) outras fontes periódicas de notícias/informações de natureza semelhante, se os responsáveis optam por se registrar para ser incluídos. Ela inclui, portanto, a imprensa estabelecida (*established*) e meios de comunicação de massa, mas também está aberta a outros agentes de notícias periódicas. A beleza desse sistema é que ele estabelece uma correlação entre estar sujeito a responsabilidades especiais e códigos de conduta profissional e desfrutar de privilégios especiais, uma vez que, de acordo com o § 172 da lei dinamarquesa a respeito do processo judicial, apenas as pessoas relacionadas com a mídia descritas no § 1 da lei a respeito da responsabilidade dos meios de comunicação têm o direito de ter suas fontes jornalísticas protegidas por estar isentas de testemunhar a respeito de sua identidade.

Tal concepção institucional de "a imprensa", que se baseia em uma correlação de direitos especiais e privilégios especiais parece se encaixar na lógica do artigo 10 (2) da CEDH, referindo-se aos *direitos e responsabilidades* inerentes à liberdade de expressão e de informação.

Em suma, uma definição institucional/profissional de "a imprensa", onde privilégios especiais no processo de coleta de informações corresponderiam às responsabilidades especiais e códigos de conduta profissional, seria preferível, se não necessária, de acordo com a concepção de *cão de guarda privilegiado* da liberdade de imprensa.

5 Em que Medida o Privilégio de Imprensa Cão de Guarda Deveria se Estender?

Deve ser relembrado que o dilema de privilégios de imprensa não diz respeito a restrições específicas ao acesso da imprensa e de outros meios de comunicação de massa à informação, uma vez que tais restrições específicas seriam claramente *prima facie* contrárias à liberdade de imprensa. A delicada questão refere-se à amplitude em que a imprensa *cão de guarda* deve estar isenta da legislação geral que incidentalmente restringe o seu acesso para obter informações de interesse público.

Na concepção tradicional de *fórum aberto* da liberdade de imprensa, não há espaço para privilégios especiais; as leis gerais são aplicáveis à imprensa assim como para qualquer outra pessoa. Dessa maneira, não há nenhum potencial conflito entre o princípio da igualdade perante a lei e da liberdade de imprensa, uma vez que esta última simplesmente opera dentro dos limites da legislação ordinária. Pelo contrário, na concepção de imprensa como um *cão de guarda* institucional,

privilégios especiais são reconhecidos como, às vezes, justificáveis quando considerados necessários para o cumprimento efetivo pela imprensa de sua função constitucional de cão de guarda.

Como vimos, a coleta de informações de interesse público é uma atividade protegida, em princípio, pela liberdade da imprensa *cão de guarda*.[57] Na medida em que leis gerais podem incidentalmente restringir o acesso da imprensa a obter essas informações, há um potencial conflito entre a liberdade de imprensa e a aplicação da igualdade perante a lei, que deve ser resolvido por meio de uma ponderação dos interesses colidentes envolvidos em cada caso, como foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão e, aparentemente, também pelo Tribunal de Estrasburgo. A necessidade dessa abordagem ponderativa, mesmo no que diz respeito às limitações da coleta de informação causada por leis gerais, está em conformidade com o ponto de vista minoritário do *Justice* Souter da Suprema Corte, que também sublinha muito sensatamente que é relevante ponderar como a informação foi adquirida pela imprensa:

> Porque eu não acredito no fato de a aplicabilidade geral ser dispositiva, acho que é necessário articular, medir e comparar os interesses competidores presentes em qualquer caso, para determinar a legitimidade de impor um ônus a interesses constitucionais [...]. Nem eu quero dizer que as circunstâncias de aquisição [de informações] são irrelevantes para a ponderação [...] embora possam apenas apontar

[57] Veja também Recomendação sobre Liberdades e Direitos Humanos Jornalísticos, aprovada na 4ª Conferência Ministerial Europeia sobre Políticas de Mídia de Massa, realizada em Praga de 7 a 8 de dezembro de 1994, Princípio 7: "A prática do jornalismo em uma verdadeira democracia tem uma série de implicações. Essas implicações, que já estão refletidas em muitos códigos de conduta profissional, incluem: a) respeitar o direito do público de ser informado fielmente a respeito de fatos e eventos; b) a coleta de informações por meios justos [...]". A resolução está disponível em: <http://www.coe.int/T/E/ConFiles/Events/2002-09-Media/ConfMedial994.asp>. Acesso em: 2010.

> em direção ao que pesa contra, mas não diminuir o valor de Primeira Emenda [liberdade de imprensa] que contém qualquer pedaço específico de informação.[58]

Evidentemente, o privilégio/imunidade de imprensa a ser isento da legislação ordinária não pode ser absoluto. Assim, enquanto que uma proteção testemunhal de longo alcance das fontes jornalísticas tem sido considerada como inerente ao papel da imprensa como cão de guarda público, em outras situações pode ser igualmente óbvio que não pode haver imunidade mesmo para a imprensa. Enquanto que ponderar é rotina nas sentenças de direitos humanos, delimitar a extensão dos privilégios de imprensa pode representar um exercício especialmente complexo, notavelmente quando as leis que, incidentalmente, restringem o acesso da imprensa à coleta de informação possam não estar limitando a informação, mas apenas a ação. No entanto, um ponto de partida útil para a delimitação de privilégios de imprensa pode ser fazer uma distinção entre proteger por privilégio/imunidade especial a capacidade da imprensa para: (a) receber informações de outras pessoas que estão dispostas a fornecê-las e (b) adquirir as tais informações mesmo quando ninguém está disposto a fornecê-las.

5.1 Um Privilégio para Receber Informação

Subjacente ao clássico privilégio testemunhal (sigilo de fonte) para proteger as fontes jornalísticas, que foi sancionado pelo Tribunal Constitucional alemão, bem como pelo Tribunal de Estrasburgo como inerente à concepção *cão de guarda* da

[58] *Justice* Souter (voto vencido em nome de quarto juízes) em Cohen vs. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991), p. 677-679.

liberdade de imprensa, é que ele é necessário, caso as fontes estejam dispostas a fornecer informações relevantes para a imprensa e, consequentemente, para o público. Tal privilégio representa uma isenção especial da imprensa de um dever jurídico geral. O privilégio concedido está interessado em manter aberto à imprensa um importante canal de informações. A imprensa não adquire essa informação por meios ilícitos. Se a proteção das fontes jornalísticas é considerada essencial para a função de *cão de guarda* da imprensa, então, *a fortiori*, ele restringirá a liberdade de imprensa para penalizar o uso de informações confidenciais assim recebidas, como aconteceu no caso *Fressoz & Roire*[59], ou penalizar o simples pedido de tal tipo de informação, como aconteceu no caso *Dammann*.[60] A característica comum aqui é que a lei geral restringe ou penaliza o acesso da imprensa ao receber informações de alguém que está disposto a fornecê-la. Nesses casos, ao que parece, um privilégio de imprensa a estar isenta de tais leis deve ser a regra, e a aplicação da legislação geral contra a imprensa, a isenção a ser justificada por razões imperiosas, conforme Goodwin (no que diz respeito às fontes jornalísticas).[61]

5.2 Um Privilégio para Buscar Informações

É uma coisa diferente permitir a um jornalista agir por iniciativa própria, em violação da lei geral, a fim de obter informações que ninguém está disposto a fornecer. Não pareceria razoável estabelecer um limite rígido aqui, sustentando que a imprensa cão de guarda não goza de privilégio/imunidade se a informação só pode ser obtida por meio do engano ilegal

[59] Ver anteriormente seção 3.

[60] Ver anteriormente seção 3.

[61] Ver anteriormente seção 3.

ou do uso da força. Na verdade, o Tribunal de Estrasburgo apontou nessa direção. No caso *Dammann*, um jornalista conseguiu persuadir um assistente administrativo do escritório do Promotor de Justiça a fornecer-lhe informações confidenciais sobre os registros criminais anteriores de determinadas pessoas; por isso, ele foi condenado por ter instigado a violação do sigilo profissional. O Tribunal, considerando que a sua condenação equivalia a uma violação do artigo 10, pareceu enfatizar que tudo o que o jornalista havia feito foi pedir o material: "[...] aparentemente o [jornalista] não recorreu ao engano ou ameaça ou outras formas de pressão para obter as informações."[62]

Por outro lado, a busca ativa de informações pelo jornalismo investigativo é reconhecida como sendo a essência do jornalismo cão de guarda – e improvável de ser realizada por qualquer pessoa que não os meios de comunicação de massa organizados, os únicos que possuem os recursos e os conhecimentos necessários. É um fato que a eficácia de tal jornalismo investigativo requer algumas vezes as violações da lei, especialmente com o propósito de agir "infiltrado". Assim, embora, obviamente, uma isenção da lei possa não ser a regra nesses casos, em minha opinião, não se deve excluir a possibilidade de que, em certos casos, o interesse do público em receber a informação pode preponderar sobre os interesses gerais e específicos de fazer cumprir a lei que foi violada. Se isso for aceito, a próxima pergunta é determinar as circunstâncias em que o interesse da informação pública e, portanto, do funcionamento eficaz da imprensa *cão de guarda* pode preponderar sobre os interesses afetados pela violação.

[62] Dammann c. Suíça, julgamento de 25 abr. 2006, Ap. nº. 77551/01, parágrafo 55, minha tradução do francês.

Em primeiro lugar, uma condição de qualquer isenção da imprensa de leis gerais, sendo de todo relevante, é que a violação do jornalista deve servir para *descobrir questões de (significativo) interesse público*. Como mencionado anteriormente, a liberdade de imprensa é fundamental para a informação do público; portanto, um privilégio jornalístico especial de estar isento de observar a lei só será justificável à medida que a ação específica promova o direito do público de ser informado sobre assuntos de interesse público.

Em segundo lugar, a ação do jornalista em violação da lei geral deve ser *necessária* para descobrir a informação relevante.[63] Não se pode afirmar que o acesso da imprensa (e, portanto, do público) à informação importante sofreu restrição pela legislação geral, se a informação buscada por meio da violação poderia ter sido obtida por outros meios que não violem a lei.

Se a violação de um jornalista da lei foi necessária para descobrir questões de (significativo) interesse público, o interesse da informação tem grande peso. A questão é quando o interesse em aplicar a lei, no entanto, ganha uma importância tal que o jornalista deve, contudo, ser punido.

Em terceiro lugar, eu sugiro que deveria ser uma condição da imunidade de imprensa que *a violação não tenha envolvido qualquer risco imediato de danos ou prejuízos*. No caso *Dammann*, em que um jornalista foi condenado por instigar uma violação de sigilo profissional, depois de ter persuadido um assistente administrativo no escritório de um Promotor de Justiça para fornecer-lhe antecedentes criminais de pessoas específicas, porém quando o jornalista acabou por nunca publicar o material, o Tribunal de Estrasburgo aparentemente ressaltou o fato de que nenhum dano específico foi causado a alguém: "Além disso,

[63] SCHAUMBURG-MULLER, Sten. *Presseret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forl, 2003, p. 359.

deve notar-se que, neste caso, nenhum dano foi causado aos direitos das pessoas em causa."[64] Mesmo que a violação tenha sido necessária para descobrir assuntos de interesse público, ela pode, assim, ser razoavelmente punida se a violação envolveu (um risco imediato de) danos ou prejuízos a outras pessoas ou a sociedade como um todo (vida, saúde, privacidade, propriedade, segurança, potências estrangeiras etc.). Por exemplo, um jornalista não pode impunemente roubar um banco para testar o tempo de reação da polícia; pois, mesmo que a informação obtida por tal ato fosse de interesse público, isso não poderia preponderar sobre os danos causados às pessoas afetadas por ele (choque, trauma). Ele não pode ter permissão para invadir uma casa de um político para investigar uma questão política, porque isso seria uma violação da casa e da privacidade do político e, portanto, prejudicial para essa esfera muito íntima. Em tais circunstâncias, há uma necessidade social premente de aplicação da lei e, logo, a condenação do jornalista deve ser pressuposta como justificada por ser "necessária em uma sociedade democrática" nos termos do artigo 10 (2) da CEDH.

Se, no entanto, o único interesse afetado pela violação é o *interesse geral da sociedade com a uniformização da aplicação da lei*, isso não poderia, por si só, exceder o peso do interesse de informação e, portanto, da liberdade da imprensa cão de guarda, quando um jornalista teve que quebrar a lei a fim de reunir informações que são importantes para o público. Em um Estado de Direito deve, naturalmente, existir a igualdade perante a lei e os jornalistas devem, dessa forma, como regra geral, ser punidos por violações da mesma forma que as outras pessoas. É, no entanto, difícil ver como esse princípio geral do Estado de Direito seria minado se a consideração pela liberdade

[64] Dammann c. Suíça, julgamento de 25 abr. 2006, Ap. nº. 77551/01, parágrafo 56, minha tradução do francês.

de informação abrisse caminho para uma exceção no caso de violações necessárias da lei no curso do jornalismo investigativo em matérias de interesse público.

Em suma, a imprensa *cão de guarda* deve, em minha opinião, desfrutar de um privilégio condicional para violar a lei geral na busca de informação de interesse público sério, desde que a ação tomada tenha sido necessária para obter as informações e que não tenha envolvido nenhum (risco imediato de) dano ou prejuízo. Um privilégio/imunidade delimitado por tais condições estaria, em minha opinião, em consonância com a concepção *cão de guarda* da liberdade de imprensa. Nas circunstâncias descritas anteriormente, processar o jornalista simplesmente para fazer valer um princípio de igualdade perante a lei parece desproporcional, considerando o peso que em uma sociedade democrática deve ser atribuído à liberdade de imprensa no seu papel de *cão de guarda público*.[65]

Embora, portanto, não deva ser impossível desenvolver diretrizes para delimitar a extensão dos privilégios/imunidades de imprensa por meio da ponderação, que certamente não é tarefa fácil, existem inúmeros contextos em que o problema pode surgir e uma cuidadosa ponderação caso a caso, assim, ainda pode ser necessária. Como em muitos outros campos dos direitos humanos, são necessárias soluções complexas para se chegar a resultados justos e equilibrados. Quanto ao alcance exato dos privilégios de imprensa, portanto, certo grau de insegurança jurídica é inevitável na busca por justiça material. Esse pode ser o preço a pagar por levar a sério o papel de *cão de guarda* da imprensa organizada e dos meios de comunicação de massa. Esse ponto é bem exemplificado pelo desenvolvimento da liberdade de imprensa no Direito dinamarquês.

---

[65] Ver também RYTTER, Jens Elo. Når journalister bryder loven for at informere offentligheden. *Juristen*, Årg. 90, nr. 9, p. 269-281, 2008.

6 O Direito Dinamarquês como Exemplo do Impacto e dos Dilemas da Doutrina do *Cão de Guarda Privilegiado*

A tradição dinamarquesa, como a anglo-americana, parece repousar, essencialmente, em uma concepção de *fórum aberto* do significado da liberdade de imprensa. Essa concepção corresponde à redação do artigo 77 da Constituição da Dinamarca sobre a liberdade de expressão, que não prevê uma liberdade específica da imprensa ou um direito do público à informação. O artigo 77 prevê apenas que "[...] qualquer pessoa deverá ter a liberdade para publicizar suas ideias pela impressão, escrita ou expressão" e que a censura ou qualquer outro tipo de censura prévia sobre a publicação é proibida. Assim, não existe no Direito dinamarquês tradição – seja em lei ou jurisprudência – de reconhecer em geral uma posição privilegiada da imprensa. De acordo com a tradição jurídica dinamarquesa, membros da imprensa e de outros meios de comunicação de massa devem ser tratados mais ou menos como qualquer outra pessoa. Como muito bem afirmou um juiz da Suprema Corte dinamarquesa em 1990, no contexto de comentar a respeito de um de muitos julgamentos dinamarqueses que condenaram jornalistas por violar a lei: "Não tem sido tradicionalmente pressuposto que deve haver uma liberdade de expressão especialmente privilegiada para a imprensa."[66]

Inevitavelmente, no entanto, a concepção *cão de guarda* da liberdade de imprensa desenvolvida pelo Tribunal de Estrasburgo teria de influenciar o Direito dinamarquês devido à força vinculativa da CEDH em toda a Europa. Aparentemente,

[66] Jacques Hermann em *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1990, afd. B, p. 25 (27). Ver também LAURIDSEN, Preben Stuer. *Pressefrihed og personlighedsret*. København: Gyldendal, 1988, p. 63 et seq; Jacques Hermann, *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1990, afd. B, p. 249 (251).

o caso *Jersild* de 1994,[67] que condenou a Dinamarca pela primeira vez por uma violação do artigo 10, foi a grande surpresa decisiva para os tribunais dinamarqueses. Pouco depois, os tribunais dinamarqueses passaram a parafrasear a concepção de liberdade de imprensa do Tribunal de Estrasburgo. No início, a linguagem foi um pouco cautelosa. Em uma decisão de 1994, o Supremo Tribunal dinamarquês considerou que "[...] é importante que a mídia receba a oportunidade de informar o público a respeito de eventos que tratem de assuntos de interesse público e que são considerados como tendo [...] notícias e valor informativo".[68] Posteriormente, porém, a concepção *cão de guarda* de Estrasburgo foi adotada por tribunais dinamarqueses e é agora rotineiramente referida nos casos de imprensa. O *leading case* que confirmou a concepção de Estrasburgo da liberdade de imprensa no Direito dinamarquês foi um julgamento da Suprema Corte de 1996:

> Ao ponderar a consideração pela liberdade de expressão e a consideração pela proteção contra insulto, o peso deve – nos casos relativos à expressão nos meios de comunicação – ser vinculado à necessidade de não definir restrições que impediriam a mídia de cumprir de forma razoável o seu papel de órgão de controle e informação do público ("cão de guarda público").[69]

Essa nova "retórica de Estrasburgo" nos casos dinamarqueses de imprensa livre não é um mero faz de conta. Significa uma mudança real. A influência da concepção de liberdade de imprensa do Tribunal de Estrasburgo resultou em um aumento da proteção jurídica da imprensa no seu papel

---

[67] Jersild c. Dinamarca, julgamento da Grande Câmara de 23 set. 1994, Ap. nº. 15890/89.

[68] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1994, p. 988, minha tradução.

[69] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1997, p. 259/2, minha tradução. Ver também, dentre outros, *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1999, p. 122; 2002, p. 2398; 2003, p. 624; 2004, p. 177; 2005, p. 123 e 2008, p. 276/2.

de fornecedora de informação e de cão de guarda público. A concepção modificada tem, por exemplo, reforçado a liberdade de imprensa como um intermediário do debate público, de modo que a imprensa, via de regra, não será mais condenada por disseminar declarações puníveis feitas por terceiros.[70] Mais importante, no entanto, a nova abordagem tem melhorado o acesso dos jornalistas à coleta de informações. Assim, o Tribunal Regional do Leste da Dinamarca, em 2000, observou "[...] a tendência geral na legislação e na jurisprudência de respeitar e fortalecer a oportunidade para que os meios de comunicação ofereçam informação independente".[71] Da mesma forma, um Tribunal Municipal dinamarquês recentemente referiu-se ao jornalismo "infiltrado" como sendo uma "função jornalística crucial em seu papel de cão de guarda público".[72]

6.1 A Proteção das Fontes Jornalísticas e de Material

Anteriormente, a proteção legislativa das fontes jornalísticas era bastante fraca e poderia ter precedência se a imprensa fosse considerada pelo Promotor de estar na posse de informações que pudessem ser relevantes para a investigação de

[70] Ver da jurisprudência anterior *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1989.399 H. À luz do julgamento de Estraburgo de Jersild c. Dinamarca essa posição agora mudou. Cf. e.g. *Ugeskrift for Retsvæsen* 1997.259/2 H (destruindo a condenação de um jornalista e seu editor pela publicação, no contexto de um artigo crítico a respeito de aconselhamento profissional no ramo imobiliário, as declarações insultuosas e puníveis dadas por uma pessoa privada a respeito de advogados específicos envolvidos nesse negócio) e *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2004.1773 H.

[71] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2000, p. 1005/2 (rejeição de uma ordem judicial para produzir material jornalístico para ser usado como prova em investigação criminal).

[72] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2009, p. 75 (no caso a ação jornalística realizada e protegida pelo tribunal era infiltrar-se em um ambiente criminoso organizado – a contratação de prostituição).

crimes, mesmo menores, por exemplo, roubo.[73] O mesmo seria o caso de outros materiais jornalísticos; em um dos casos, o Tribunal ordenou que um fotógrafo de jornal produzisse seu material de um incidente em que a propriedade privada foi danificada por manifestantes, já que o material poderia ser útil ao Promotor de Justiça.[74]

A jurisprudência de Estrasburgo tem contribuído para o reforço visível da proteção legislativa às fontes jornalísticas, o privilégio jornalístico, de acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, tornando-se a regra clara com apenas exceções muito limitadas quando estritamente necessário para a investigação de crimes graves.[75] No que diz respeito a determinar jornalistas a produzir seu filme e outro material para o Promotor de Justiça, o Estado do Direito foi ajustado de forma semelhante em favor da imprensa, de modo que agora a regra é que tal ordem será na maioria das vezes rejeitada no interesse de uma imprensa independente capaz de coletar informações.[76]

6.2 Invasão de Jornalistas para Relatar Manifestações

Anteriormente, a imprensa era rotineiramente punida por invasão, mesmo que os jornalistas fossem apenas acompanhar manifestantes com o objetivo de informar ao público a respeito das manifestações e acontecimentos de interesse público.[77]

---

[73] Ver *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1976, p. 973.

[74] Ver *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1995, p. 402.

[75] Cf. Lei Judiciária dinamarquesa, § 172; ver também da jurisprudência a rejeição de uma ordem para depor, e.g. *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2002, p. 1586.

[76] Cf. e.g. *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2000, p. 1005/2 e *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2009, p. 75.

[77] Ver *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1987, p. 934 e *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1987, p. 937.

No entanto, em um caso de 1994, o Supremo Tribunal dinamarquês alterou a sua posição nesse tipo de caso, com referência explícita à jurisprudência de Estrasburgo a respeito da liberdade de imprensa; então, agora os jornalistas podem muitas vezes esperar ser absolvidos mesmo que entrem em propriedade privada, desde que isso seja feito para cobrir eventos ou manifestações de interesse público.[78]

*6.3 Violação de Jornalistas à Lei no Processo de Investigação (*Infiltração*)*

Quanto à questão mais controversa de jornalistas que violam a lei penal por conta própria como parte da realização de investigação ou jornalismo *infiltrado* para reunir informações não disponíveis de outra forma, não havia dúvida – e até muito recentemente não se tinha – na jurisprudência dinamarquesa de que eles deveriam ser punidos, independentemente de a violação ter sido talvez necessária para obter informações de interesse público substancial. Esses casos têm em sua maioria como causa o jornalismo *infiltrado*, em que um jornalista finge ser outra pessoa a fim de obter informações. Isso consiste em violação do direito penal, pois o jornalista se passa por um funcionário público ou usa documentos de identificação falsificados. O artigo 10 da CEDH não foi referido em tais casos durante as décadas de 1980 e de 1990.

Em um caso de 1982,[79] dois jornalistas foram condenados por fingir ser policiais ao obter acesso a dados pessoais confidenciais das autoridades sociais. O objetivo foi estabelecer

[78] Ver *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1994, p. 988 e *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1999, p. 1675; mas compare com *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1998, p. 410.

[79] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1982, p. 1005.

deficiências no tratamento de dados confidenciais pelas autoridades públicas – as autoridades não exigiram dos jornalistas documentação que demonstrasse que eram policiais. Os jornalistas foram condenados a uma multa.

Em um caso de 1989,[80] um jornalista apresentou uma certidão de nascimento falsa à polícia, em Copenhague, enquanto ele fingia ser um requerente de asilo iraniano. O objetivo era expor o tratamento de refugiados políticos pelas autoridades. Ele foi condenado a uma multa. O Supremo Tribunal considerou que, mesmo que o assunto fosse de interesse público, falsificação de documentos não pode ser tornada lícita por causa de reportagem de imprensa. Um juiz dinamarquês da Suprema Corte, ao comentar sobre a última decisão, explicou que:

> As considerações gerais subjacentes às disposições da lei penal sobre a falsificação de documentos tornaram, na visão do Supremo Tribunal, problemático se abrir aos métodos utilizados. Importância deve também ser atribuída ao fato de que o legislador, em geral, não proporcionou aos jornalistas qualquer posição privilegiada. Que alguém de vez em quando não possa realizar o que alguém com um fim jornalístico gostaria de realizar, sem o uso de meios ilícitos, não pode como uma regra de precedência legitimar a utilização de documentos falsificados. [...].[81]

Na jurisprudência posterior, o artigo 10 da CEDH foi tomado em consideração na ponderação dos interesses em conflito, sem, contudo, afetar o resultado – a punição do jornalista.

Em um caso de 2000,[82] um jornalista da televisão dinamarquesa ganhou, por meio da apresentação de um registo criminal, no qual o seu nome estava falsificado, uma posição

[80] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 1990, p. 71.

[81] Jacques Hermann em *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, afd. B, p. 249 (251).

[82] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2001, p. 723.

como vendedor em uma grande companhia de seguros internacional. O objetivo era documentar que a companhia de seguros sistematicamente utilizava métodos condenáveis na venda de seguros de vida e de acidentes para partes privadas. O jornalista foi condenado a uma multa por falsificação de documentos. O Tribunal Regional considerou que o programa de televisão resultante dos métodos de infiltração do jornalista era de interesse público claro e tinha significativo valor jornalístico e informativo. Portanto, o interesse na aplicação da lei, de acordo com o Art. 10 (2) da CEDH, teve que ser sopesado contra o interesse na divulgação de notícias. O Tribunal Regional não decidiu se – tal como reivindicado pelo conselho do jornalista, mas negado pela acusação – tinha sido necessário "infiltrar-se" para documentar métodos de vendas da companhia de seguros. Com referência ao fato de que a notícia foi coletada por iniciativa do jornalista e por meio de reportagens investigativas, o Tribunal Regional considerou que o interesse na função de controle da imprensa foi suplantado pelos interesses gerais por trás da criminalização da falsificação de documentos.

Em um caso de 2007,[83] dois jornalistas da televisão dinamarquesa compraram oito bombas de crisântemo para chamar atenção para as linhas ilegais de abastecimento de fogos de artifício, bem como para a facilidade de comprar nas ruas. As bombas foram imediatamente entregues à polícia, em Copenhague, com quem os jornalistas haviam discutido tal entrega, antes da compra. Definitivamente não foi sem perigo que os jornalistas, antes de entregar as bombas para a polícia, deixaram as bombas de crisântemo em seu carro, estacionado perto de um imóvel residencial. Em caso de ignição, as bombas compradas poderiam ter causado sérios danos a pessoas e bens

[83] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2007, p. 1673.

dentro de um raio de cem metros, de acordo com especialistas. Os jornalistas foram condenados por violação da lei de fogos de artifício e condenados a uma multa. O Tribunal Regional considerou que o assunto que os jornalistas queriam examinar tinha interesse público relevante e o programa que resultou da investigação dos jornalistas tinha significativo valor jornalístico e informativo. Portanto, o interesse na divulgação de notícias tinha de ser sopesado contra o caráter ilícito do ato, cf. art. 10 (2) da CEDH. O Tribunal não considerou, assim, se a violação tinha sido necessária para analisar um problema relevante para a sociedade. O Tribunal Regional registrou as preocupações de segurança consideráveis subjacentes às disposições da lei de fogos de artifício, bem como o fato de que os jornalistas, independentemente, tinham cometido um ato ilícito e, portanto, uma exceção à punição necessária exigia razões pesadas. Com base nisso, o Tribunal Regional não encontrou motivo de exceção de punição, nos termos do Art. 10 da CEDH.

Muito recentemente, os tribunais dinamarqueses estão aparentemente se abrindo para a possibilidade de isentar o jornalista de punição, alguns juízes até mesmo estando dispostos a absolver o jornalista, se a ação em violação da lei foi necessária para descobrir fatos de interesse público sério.

Em um caso do final de 2007,[84] um jornalista de um jornal levou consigo uma faca de bife de um restaurante do salão de embarque do Aeroporto de Copenhague até o portão. O objetivo era mostrar que, apesar de um reforço na segurança, após o onze de setembro de 2001, houve uma falha de segurança no Aeroporto de Copenhague. Para documentar isso, o jornalista se permitiu ser fotografado com a faca no portão, mas não até que a maioria dos passageiros tivesse embarcado

[84] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2008, p. 671.

no avião. Imediatamente depois, a faca foi devolvida ao restaurante, que substituiu as facas de bifes por facas normais na mesma noite. O Supremo Tribunal, embora tenha condenado o jornalista, concedeu-lhe isenção da pena por referência, dentre outras coisas, à finalidade jornalística, mesmo que a maioria do Tribunal não tenha considerado a ação estritamente necessária para analisar um problema relevante; o Art. 10 da CEDH foi mencionado, mas não era visto como um obstáculo para a condenação, considerando-se que o jornalista tinha iniciado a violação por conta própria. Uma minoria dos juízes votou pela absolvição do jornalista, considerando a ação necessária para provar a brecha na segurança; eles não mencionaram o Art. 10 da CEDH.[85]

Em um caso de 2008,[86] dois jornalistas de jornal tiveram, por meio da apresentação de cartões de seguro de saúde que pertenciam a outras pessoas e falsas declarações dadas à polícia, emitidos passaportes e carteiras de motorista com outros nomes. O objetivo era mostrar que era de fato possível obter tais documentos pessoais sem ter que documentar de forma eficiente a sua identidade e que havia, portanto, uma brecha na segurança das regras e procedimentos estatais para a emissão de passaportes e carteiras de motorista que poderiam ser – e eram – abusadas com intenção criminosa. Antes da ação, tanto o Ministério da Justiça como vários distritos policiais tinham rejeitado a sugestão dos jornalistas de que o abuso poderia ocorrer. Após isso, os jornalistas consideraram necessário testar a sua suspeita. Após a publicação da história, o Ministério da Justiça iniciou um endurecimento das regras de emissão

[85] Um aspecto específico do caso foi que a disposição em causa da lei penal estava longe de ser clara; isso também teve um impacto sobre a decisão, mas qual a importância, a partir do raciocínio, não fica claro.

[86] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2008, p. 1055.

de passaportes e carteiras de motorista, com base em artigos de jornal dos jornalistas. Os jornalistas foram posteriormente condenados por falsas declarações e falsificação de documentos. O Tribunal Regional constatou que as ações dos jornalistas estavam amparadas pelo art. 10 da CEDH e dizia respeito a uma questão de interesse público relevante. No entanto, o Tribunal não considerou a ação necessária, considerando que os jornalistas "[...] poderiam ter chamado a atenção para a falha de segurança em um artigo de jornal sem cometer uma ilegalidade [...]" (a avaliação do Tribunal sobre esse ponto é difícil de ser conciliada com os fatos). Por essa razão, dentre outras, o Tribunal Regional recusou uma isenção de punição e condenou os jornalistas a uma multa.

Em um caso do final de 2008,[87] uma jornalista e um fotógrafo da televisão dinamarquesa compraram uma arma de fogo e munições em violação à lei de armas, que proíbe a aquisição de armas sem licença. O objetivo da ação era provar como era fácil na Dinamarca comprar uma arma sem mostrar uma licença. Após a compra, a arma foi imediatamente guardada e no dia seguinte ela foi entregue à polícia. Essa foi uma questão de interesse público claro, e a crescente posse e uso de armas na sociedade dinamarquesa era uma questão política muito debatida. O Tribunal Regional parece ter reconhecido isso e também reconheceu que a compra ilegal de arma provavelmente tinha sido necessária para estabelecer de forma convincente o fato de que elas eram fáceis de obter. Embora se recusando a absolver os repórteres e seu editor, com referência ao artigo 10 da CEDH, o Tribunal entendeu que a consideração pela informação do público era de uma circunstância atenuante tamanha que os jornalistas deveriam ser isentos de punição.

[87] *Ugeskrift for Retsvæsen*, København: G.E.C. Gad, 2009, p. 920.

Esses são casos delicados. Isenção de punição parece, em certa medida, uma solução salomônica para o dilema. No entanto, em minha opinião (como foi descrito anteriormente na seção cinco), seria justificado, considerando o essencial papel de *cão de guarda* da imprensa, absolver o jornalista, em casos como o de 2008, relativo à segurança em torno da questão dos passaportes e carteiras de motorista: uma vez que o que foi descoberto pela ação foi de grande preocupação pública, a ação parece ter sido o único meio de estabelecer o problema de segurança, e nenhum dano concreto foi causado aos interesses privados ou públicos por causa da ação, a qual, em vez disso, gerou uma melhoria da segurança.

Considerações Finais: Qual o Futuro da Imprensa?

Eu tentei mostrar que existem diferentes concepções do que *liberdade de imprensa*, na verdade, significa – a concepção de *fórum aberto* e a concepção de *cão de guarda privilegiado*. Embora optar pela concepção de *cão de guarda* dê à imprensa organizada meios muito melhores de adquirir informações importantes e, assim, controlar as autoridades do que a concepção *fórum aberto*, ela carrega consigo os dilemas de definir a imprensa privilegiada e, especialmente, delimitar os limites externos de privilégios especiais de imprensa.

No entanto, o desenvolvimento geral da sociedade demonstra que existem desafios mais profundos que podem ameaçar a própria concepção de uma imprensa *cão de guarda* no sentido tradicional.

Hoje em dia, graças à Internet, o *panfletário solitário* dos velhos tempos pode se tornar um editor mundial por mérito próprio. À primeira vista, esse fato certamente desafia a abordagem institucional da liberdade de imprensa inerente à doutrina do

cão de guarda privilegiado. Ironicamente, o emergente anárquico cenário midiático – pós-moderno, pode-se dizer – se encaixaria muito melhor na visão tradicional da liberdade de imprensa como um *fórum aberto*, sem privilégios especiais.[88]

A Internet, juntamente com outras tendências sociais, ainda ameaça a futura existência de meios de comunicação estabelecidos (*established*) e profissionais. Os meios de comunicação estabelecidos (*established*) em todo o mundo estão enfrentando uma crise sem precedentes, muitos lutando para sobreviver. Eles se encontram competindo não só com o fluxo constante de notícias e blogues da internet, mas também com produtos jornalísticos oferecidos gratuitamente. Ainda é incerto onde essa modificação vai acabar, mas um cenário possível é a imprensa tradicional chegando ao fim.

Da perspectiva de quem vê a imprensa como um "cão de guarda público" e até mesmo como um tipo de "quarto poder" na nossa democracia, um futuro sem uma imprensa organizada, profissional é, na verdade, um cenário sombrio. Ninguém, exceto a imprensa profissional, pode realmente fazer o trabalho; blogueiros privados não terão a mesma responsabilidade e ética treinada como um jornalista profissional e, acima de tudo, não terão a mesma *expertise* e os recursos de coleta de informação e investigação a que dispõem os meios de comunicação de massa organizados. Nas palavras dramáticas de um experiente jornalista sueco de jornal:

> A Internet tem a ver, antes de tudo, com liberdade de expressão. A todo mundo é dada a oportunidade de ser seu próprio professor, o que é oferecido raramente tem profundidade

[88] HORWITZ, Paul. Or of the [blog]. Excerpt reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, 2008, p. 328. Horwitz, no entanto, argumenta a favor da manutenção de uma imprensa privilegiada, porém esse termo deveria ser redefinido.

> e análise penetrante, como tal, é muito cara. [...] Em longo prazo, isso pode ser devastador. Não há alternativa ao jornal sério. Até agora, não encontramos nada para substituí-lo [...]. Se o som do jornal da manhã na caixa de correio desaparece, então a conversa pública está em risco de se tornar muda ou ser substituída pelo som de uma nova era: um ruído de fundo constante de *nonsense*, um tagarelar eterno a serviço do entretenimento e do palavrear trivial, um som que, paradoxalmente, está relacionado à marcha musical de ditaduras e a promessas políticas vazias.[89]

Assim, o desenvolvimento tecnológico e a crise mundial da imprensa estabelecida (*established*) e de outros meios de comunicação de massa levanta a questão de saber se nós não podemos em breve ter de nos preocupar mais com a forma de preservar uma competente e independente imprensa *cão de guarda*, indispensável para uma democracia informada, do que com a prudência e justificabilidade de conceder privilégios e imunidades especiais para essa imprensa.

Referências

ANDERSON, David A. Freedom of the Press. *Texas Law Review*, v. 80, i. 3, p. 429-530, 2002.

_____. The Origins of the Press Clause. *U.C.L.A. Law Review*, v. 30, p. 455-541, 1983.

BARBER, Phil. *A Brief History of Newspapers*. Disponível em: <www.historicpages.com/nprhist.htm>. Acesso em: 2010.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2. ed. Oxford: Oxford University press, 2008.

BEZANSON, Randall P. The Developing Law of Editorial Judgment. *Nebraska Law Review*, v. 78, p. 754-857, 1999.

[89] SWARTZ, Richard. Pladdret efter dunsen. *Dagens Nyheter*, 3 okt 2009, minha tradução do sueco. Disponível em: <http://www.dn.se/ledare/kolumner/pladdret--efter-dunsen/>. Acesso em: 2010.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: Callaghan and Company, 1899 (1765-1769).

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Hrsg.). Spiegel-Urteil. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. 20. Tübingen: Mohr, p. 162-230, 1967.

HORWITZ, Paul. Or of the [blog]. Excerpt reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, p. 322-338, 2008.

KJØLBRO, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* – forpraktikere. 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007.

LANGE, David. The Speech and Press Clauses. *U.C.L.A. Law Review*, v. 23, p. 77-119, 1975.

LAURIDSEN, Preben Stuer. *Pressefrihed og personlighedsret*. København: Gyldendal, 1988.

LEWIS, Anthony. Freedom for the Thought that we Hate (2007). Excerpt reprinted. In: KOHLER, D.; LEVINE, L. *Media and the Law*. Newark: LexisNexis, 2009, p. 4-5.

MADISON, James. The Virginia Report of 1799. Reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, p. 76-86, 2008.

MILTON, John. *Areopagitica*. Reprinted. Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

NIMMER, Melville B. Introduction - Is Freedom of the Press a Redundancy: What does it add to Freedom of Speech? *Hastings Law Journal*, v. 26, p. 639-658, 1975.

RYTTER, Jens Elo. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* - og dansk ret. 2. udgave. København: Thomson, 2006.

_____. Når journalister bryder loven for at informere offentligheden. *Juristen*, Årg. 90, n. 9, p. 269-281, 2008.

SCHAUMBURG-MULLER, Sten. *Presseret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forl, 2003.

STEWART, Potter. Or of the Press. *Hastings Law Journal*, v. 26, p. 631-643, 1975.

SWARTZ, Richard. Pladdret efter dunsen. *Dagens Nyheter*, 3 okt 2009. Disponível em: <http://www.dn.se/ledare/kolumner/pladdret-efter--dunsen/>. Acesso em: 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. Democracy in America. Chapter XI (1840). Reprinted. In: EPPS, Garrett (Ed.). *The First Amendment*. Freedom of the press: its constitutional history and the contemporary debate. Amherst: Prometheus Books, p. 87-95, 2008.

Submissão: 30/12/2014
Aceito para Publicação: 30/12/2014

Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Amicus Curiae *and Public Hearings on Brazilian Constitutional Review*

Oscar Valente Cardoso*

Resumo: O artigo trata de dois institutos inseridos formalmente no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro por meio da Lei nº 9.868/99: o *amicus curiae* e a análise de fatos. A abordagem é ao mesmo tempo teórica, com fundamento em doutrina nacional e estrangeira, e prática, com base na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Enfatiza as diferenças existentes entre ambos e a ausência da distinção necessária em determinadas situações. Busca-se contribuir para a exata delimitação e aplicação de cada um, além de demonstrar que os dois institutos ampliam os meios processuais à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de Tribunal Constitucional, porém, ainda não estão devidamente consolidados na prática da Corte.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. *Amicus Curiae*. Audiências Públicas.

---

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestrado em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Especialização em Direito Público pela UNIVALI/IJUFE, em Direito Constitucional pela UNISUL, em Direito Processual Civil pela UNISUL, MBA em Comércio Internacional pela FATEC e MBA em Planejamento e Gestão Estratégica pela FACINTER. Juiz Federal na 4ª Região (PR/RS/SC), exercendo o cargo de Juiz Auxiliar do Supremo Tribunal Federal (no Gabinete do Ministro Teori Zavascki) e Professor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC).

Abstract: This article analyzes two institutes formally added to Brazilian abstract constitutional review through Act nº 9.868/99: *Amicus Curiae* and Fact Review. The approach is at the same time theoretical, based on national and foreign doctrine, and practical, based on the interpretation of the Supreme Federal Court. It emphasizes the differences between themselves and the lack of the necessary distinction in certain situations. It seeks to contribute for defining and implementing both institutes, in addition to demonstrating that the two institutes extend the procedural means available to the Supreme Federal Court in the exercise of its function as Constitutional Court, although they are not yet duly consolidated in the practice of the Court.

Keywords: Constitutional Review. *Amicus Curiae*. Public Hearings.

Introdução

A norma, em regra, retrata uma situação de fato. Logo, o conhecimento dos fatos relevantes considerados na edição do ato normativo auxilia na prestação jurisdicional. Para tanto, dois institutos previstos no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade podem ser utilizados para a percepção dos pressupostos fáticos da norma, o esclarecimento de situações de fatos e das possíveis consequências da manutenção – ou não – da espécie normativa no ordenamento jurídico: o *amicus curiae* e a análise de fatos.

O artigo analisa o *amicus curiae* e a análise de fatos no desempenho do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), destacando suas características e diferenças, por meio de sua reconstrução histórica e do estudo teórico e prático dos institutos.

1 A Abertura do Processo Constitucional

Dois entendimentos diferenciados resumem as principais posições existentes a respeito da amplitude do controle de constitucionalidade das normas.

De um lado, sustenta-se que o controle de constitucionalidade é de natureza exclusivamente formal, pois o órgão legitimado para efetuá-lo pode analisar apenas objetivamente a conformidade – ou não – do ato normativo, não lhe competindo verificar, por exemplo, os motivos que levaram à elaboração de uma lei, ou os seus fundamentos.[1] Assim, a exigência de vantagem pessoal pelos parlamentares que votaram pela aprovação da lei não levaria à sua inconstitucionalidade, porque esse seria um fato irrelevante para o controle.

Contudo, por outro lado, defende-se que a jurisdição constitucional não se resume à verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição. Afirma-se que houve uma relativização da hermenêutica constitucional, em virtude de sua complexidade e pluralidade. Logo, os juízes e tribunais exercem somente a interpretação jurídica da Constituição, havendo diversos outros intérpretes, principalmente as forças públicas; se, por exemplo, nenhum dos legitimados provoca o STF a exercer o controle concentrado de constitucionalidade, as normas continuam a existir, mesmo que sem uma interpretação judicial.[2] Ainda, para Peter Häberle, quem "vive" o contexto regulado pela norma (ou seja, seu destinatário) é um de seus cointérpretes, não existindo um monopólio da interpretação, e a principal função de uma Corte Constitucional é a de interpretar a Constituição com base em uma perspectiva atualizada de sua visão pública (HÄBERLE, 1997, p. 13-15, p. 41).

[1] Nesse sentido: BURDEAU; HAMON; TROPER, 2005, p. 60.

[2] Com esse entendimento: MENDES, 2006, p. 463-472.

Portanto, o ato de interpretar e aplicar a norma não é absolutamente abstraído da realidade, da mesma forma que não é o ato de legislar. Os fatos e as prognoses legislativas consistem na percepção que o legislador tem da realidade, dos eventos (sociais, políticos, econômicos etc.) que leva em consideração na elaboração de um ato normativo, ou nas presunções ou suposições relativas aos efeitos futuros de uma norma a ser aprovada pelo Legislativo.[3] Em outras palavras, trata-se da inclusão de elementos fáticos na hermenêutica constitucional, não se resumindo às questões de fato, mas abarcando todos os fatos relevantes na elaboração e aplicação da espécie normativa.

Como forma de concretização dessa tendência, dois institutos ganharam força nos últimos quinze anos no Brasil e serão analisados na sequência: o *amicus curiae* e a análise de fatos.

2 *Amicus Curiae*: Origens e Definição

O "amigo da Corte", ou "amigo da Justiça", tem origens distintas no Direito Romano e no Direito Inglês, e foi desenvolvido principalmente nos Estados Unidos, sendo lá denominado de *friend of the Court*.[4] Tem origem controversa, pois para alguns

[3] A Corte Constitucional alemã distingue se o erro de prognóstico pelo legislador ocorreu no início ou se após decorrido certo lapso temporal de aplicação legal: na primeira hipótese, o ato normativo é nulo, e, na segunda, o erro é irrelevante, pois não se pode antever todos os fatores variados e não pretendidos que podem vir a surgir (MENDES, 2006, p. 479-480).

[4] Sua participação está prevista na Regra nº 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States*, podendo a manifestação do *amicus curiae* se dar por escrito ou oralmente; é admitido quando levar ao conhecimento da Suprema Corte matéria relevante que não tiver sido arguida pelas partes, devendo ainda ter o consentimento destas; caso contrário, deve juntar suas razões e a das partes, para que sua admissão – ou não – seja decidida pelo julgador: "Rule 37. Brief for an Amicus Curiae. 1. An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose, burdens

doutrinadores deriva do *consilliarius* do Direito Romano, e para outros provém do Direito penal britânico.[5]

Trata-se de pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações relativas à matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à sua manifestação o valor que entender adequado. Não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce a função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição.

2.1 Histórico Legislativo Brasileiro

No Brasil, diversos atos normativos admitem a sua presença. O primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* foi o art. 31 da Lei nº 6.385/76 (com a redação incluída pela Lei nº 6.616/78), segundo o qual, nos processos que envolvam matéria incluída nas atribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), esta deve ser intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, em quinze dias, a contar da intimação. Prestando esclarecimentos, a CVM deve ser intimada de todos os atos subsequentes, e possui legitimidade recursal, quando não houver recurso interposto pelas partes (art. 31, §§ 2º e 3º).

the Court, and its filing is not favored. An *amicus curiae* brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5."

[5] Paulo de Tarso Duarte Menezes ressalta que em Roma a participação do *consilliarius* somente era possível por chamamento do julgador, e devia se manter neutro no litígio; de outro lado, sua origem na Inglaterra é mais aproximada das características atuais, com liberdade para o magistrado admitir a manifestação dos *amici curiae*, que abrangia discussões acerca de leis e precedentes dos Tribunais (MENEZES, 2007, p. 36-37). Para Damares Medina, "[...] o traço original do *amicus curiae* ainda está presente em várias definições atuais, que o identificam como um terceiro que não possui um interesse direto na solução da controvérsia" (MEDINA, 2010, p. 37). Ainda a respeito dos antecedentes históricos: BAZÁN, 2005, p. 31-33. Da mesma forma: BUENO, 2012, p. 143-333.

A Lei nº 8.884/94 previa em seu art. 89 que "[...] nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente". Verifica-se semelhança com o dispositivo referente à CVM, pois admite somente uma entidade (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) como *amicus curiae*, sua manifestação é obrigatória ("será esta sempre intimada" e "deverá ser intimado"), e estritamente nos processos judiciais que tenham entre seu objeto matéria afeta aos *amici curiae*. Apesar de a lei qualificá-lo como assistente, considerando que o CADE não busca proteger o interesse de umas das partes, visando apenas à observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica, é doutrinariamente tratado como amigo da Corte.[6] A regra foi mantida pela Lei nº 12.529/2011 (que revogou a Lei nº 8.884/94), em seu art. 118: "Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente".

Ainda, a Lei nº 9.469/97, em seu art. 5º, parágrafo único, preceitua que nos processos judiciais cuja decisão possa ter reflexos (diretos ou indiretos) de natureza econômica, as pessoas jurídicas de direito público podem intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito. Essa participação abrange a juntada de documentos e memoriais considerados úteis ao exame do assunto discutido. Ainda, possuem legitimidade recursal, hipótese em que são consideradas partes, para verificação e eventual deslocamento de competência. Trata-se de hipótese que gera polêmica na doutrina, não só quanto à caracterização – ou não – do *amicus curiae*[7], mas por permitir que a União, autarquias,

[6] A respeito do assunto: AGUIAR, 2005, p. 22; FERREIRA, 2008, p. 131.

[7] Com o entendimento de se tratar de hipótese de admissão de amigo da Corte: PEREIRA, 2002, p. 85.

fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais possam ingressar em processos judiciais sem que possuam qualquer interesse jurídico.

No processo administrativo federal, também existe figura similar ao *amicus curiae*. Apesar de não se referir a órgão jurisdicional, o art. 31 da Lei nº 9.784/99 determina que se a matéria abranger assunto de interesse geral, e não havendo prejuízo para a parte interessada, o órgão competente pode, motivadamente, abrir período de consulta pública para a manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido.

A Lei nº 10.259/2001, que regulamenta os Juizados Especiais Federais, também possui previsão de participação, em grau recursal, do *amicus curiae*. Na hipótese em que a orientação da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais contrariar súmula ou posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, é cabível o recurso de pedido de uniformização ao STJ. Em seu procedimento, prevê o art. 14, § 7º, que "[...] o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias"[8]. O Ministério Público, o Presidente da Turma Recursal e o Coordenador da Turma de Uniformização prestam informações em virtude de suas funções institucionais, não se confundindo com o amigo da Corte, previsto na parte final do citado dispositivo. A Lei nº 12.153/2009, que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados, Distrito Federal e Municípios, reproduz o pedido de uniformização ao STJ, mas não repetiu a possibilidade de manifestação de amigos da Corte, em seu art. 19, § 3º:

[8] Essa regra também incide sobre o recurso extraordinário para o STF (art. 15 da Lei nº 10.259/2001).

"Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias".[9] Apesar de atualmente não haver previsão expressa, o Projeto de Lei nº 4.723/2004 propõe a inclusão dos arts. 50-A a 50-D na Lei nº 9.099/95, acerca da uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, sendo que o § 4º do art. 50-B admite a participação dos amici curiae no prazo de trinta dias.

O § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006 prevê hipótese de atuação dos amigos da Corte nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante.[10]

Igualmente, a Lei nº 11.418/2006 acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil, que em seu § 6º admite a manifestação de *amicus curiae* na análise da repercussão geral em recurso extraordinário pelo STF.[11]

A Lei nº 11.672/2008 acrescentou ao CPC o art. 543-C, com o procedimento a ser seguido no julgamento de recursos repetitivos pelo STJ, o qual permite, em seu § 4º, a atuação de *amici curiae*.[12]

Verifica-se não existir uma definição ou delimitação legal, tampouco uniformização na atuação dos *amici curiae* no direito brasileiro, sendo obrigatória em algumas normas, facultativa em

---

[9] O sistema recursal dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é analisado no capítulo 12: CARDOSO, 2010.

[10] "§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

[11] "§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

[12] "O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia".

outras, limitada a somente um órgão em umas leis, a pessoas jurídicas em outras e sem restrição em algumas, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta. Ainda, as normas legais restringem-se a prever a sua manifestação em processos judiciais (com uma hipótese em processo administrativo), em determinadas situações, não existindo no Brasil uma regulamentação ampla. Essa lacuna dá margem a controvérsias, equívocos com outros institutos e obstáculos à sua efetiva participação processual.

2.2 Natureza Jurídica e Delimitação Conceitual

A natureza jurídica e processual do amigo da Corte é controvertida, havendo quem sustente ser terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por requisito de admissibilidade), auxiliar da justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) no controle abstrato de constitucionalidade.[13] Afirma-se ainda que possui um interesse "institucional" nos processos em que se manifesta, pois não é titular do direito em discussão, tampouco suportará os efeitos da decisão.[14]

[13] A respeito da controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto: KÖHLER, 2010, p. 4-8. Conforme já se decidiu no STF: "A sua atuação nesta via processual 'como colaborador informal da Corte' não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum (AGRADI 748-RS, Celso de Mello, DJ de 18.11.94). 6. Assim, como mero colaborador informal, o amicus curiae não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta" (ADI 2581 AgR/SP, decisão monocrática, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/04/2002, DJ 18/04/2002, p. 12). Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira ressalta que, independentemente da discussão acerca da natureza jurídica, é inegável que sua manifestação é destinada ao julgador, e não para auxiliar uma das partes, motivo pelo qual é dispensado de demonstrar a existência de interesse jurídico na causa (FERREIRA, 2008, p. 95).

[14] Nesse sentido: WAMBIER, 2007, p. 77-78.

Considerado como terceiro, tratar-se-ia de exceção à regra do art. 7º, da Lei nº 9.868/99, que não admite tal intervenção. Nesse sentido, o STF decidiu que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, "[...] abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade"[15].

Porém, não se trata de terceiro, porque este, quando admitido, ingressa no feito na qualidade de parte (ou de ajudante desta), enquanto o *amicus curiae* não assume essa condição.[16] Conforme será visto na sequência, também não se assemelha à previsão dos arts. 9º, § 1º, e 20 § 1º, da Lei nº 9.868/99.

Sua manifestação pode se referir a questões de direito, de fato, ou a interpretar a norma em discussão.[17] Não se confunde com o perito judicial, pois sua atribuição não é a de comprovar ou atestar fatos, mas de opinar a respeito deles.[18] Inicialmente, o STF admitia somente a participação do *amicus curiae* por escrito[19], mas posteriormente passou a aceitar a realização de sustentação oral. Esse foi o entendimento predominante no julgamento de Questão de Ordem na ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso, e na ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, conforme noticiado

[15] Voto do Min. Celso de Mello na ADI-MC 2321/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ 10/06/2005, p. 4.

[16] Motivo pelo qual (com exceção das Leis nº 6.385/76 e 9.469/97), não lhe é reconhecida legitimidade para interpor recurso.

[17] A manifestação a respeito de questões fáticas abrange também as repercussões (sociais, econômicas, políticas etc.) da decisão do STF (AGUIAR, 2005, p. 5).

[18] Nesse sentido: SOUZA FILHO, 2007. p. 37.

[19] Conforme se extrai dos debates na ADI-MC 2223/DF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10/10/2002, DJ 05/12/2003, p. 18, noticiado no Informativo nº 246, do STF, de 15 a 19 de outubro de 2001, na nota *Sustentação Oral de Amicus curiae*: "Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de amicus curiae, cuja manifestação há de ser feita por escrito [...]".

no Informativo nº 331 (24 a 28 de novembro de 2003), na nota *Substituição Tributária e Amicus curiae*:

> Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de amicus curiae. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa a sustentação oral pelos amici curiae, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita [...][20].

[20] Em sessão de julgamento do dia 08/02/2007, em questão de ordem no RE 415454, o Min. Gilmar Mendes, relator do processo, reabriu a discussão e admitiu a manifestação verbal pleiteada por *amici curiae*. Em suas palavras: "Em síntese, creio que o instrumento de admissão de *amici curiae* confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que, justamente por se tratar de matéria ínsita ao modelo dos juizados especiais, a jurisdição constitucional exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário". Seguiram seu entendimento os Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Por outro lado, votaram pela não manifestação dos *amici curiae* os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso. Ou seja, permitiu-se a manifestação oral dos amigos da Corte por 5 x 3 votos, do que se pode extrair

Com o entendimento contrário, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir Questão de Ordem no Recurso Especial 1205946/SP, no dia 17/08/2011, resolveu que o *amicus curiae* não pode ter todas as garantias processuais das partes, porque com elas não se confunde, motivo pelo qual sua colaboração com a Corte deve se dar somente por escrito, e não oralmente.[21]

2.3 O Amicus Curiae *no Controle Abstrato de Constitucionalidade*

A participação do amigo da Corte no controle abstrato de constitucionalidade está prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99: "[...] o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Mesmo anteriormente à previsão legal, o STF já admitia a participação de *amici curiae* em tais processos. Isso ocorreu, por exemplo, na ADI 748:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO

que, apesar de a posição ter sido mantida, continua gerando polêmica no Supremo Tribunal Federal, e ainda não está definitivamente resolvida.

[21] Nas palavras do Ministro Teori Zavascki: "Nós não temos previsão de sustentação oral por parte de *amicus curiae*. Ele não pode ser identificado com qualquer uma das partes. Quem chama o *amicus curiae* é a Corte. Ela chama e pode se satisfazer com a manifestação escrita. Eu acho que não existe uma prerrogativa do *amicus curiae* de exigir a sustentação oral". Esse foi o voto de oito Ministros do STJ, contra o voto dos outros sete Ministros. Similarmente aos debates no STF, a diferença de apenas um voto demonstra que o tema é controverso e também não se pode afirmar que essa decisão resolveu e uniformizou definitivamente o assunto no STJ.

> EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.
> – O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum.
> – Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passiveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504) (ADI-AgR 748/RS, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/1994, DJ 18/11/1994, p. 31392)[22].

Ainda, o § 3º do art. 482 do Código de Processo Civil, (incluído pela Lei nº 9.868/99), que versa a respeito da declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais, possui redação semelhante ao do citado art. 7º, § 2º, desta lei, igualmente admitindo a participação do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Apesar do veto ao § 2º do art. 18 da Lei nº 9.868/99, o STF também aceita a manifestação dos *amici curiae* na ADC[23] e na ADPF[24], com base na aplicação analógica e interpretação sistemática da lei.[25]

[22] Tratava-se de ADI proposta por Governador de Estado contra decreto legislativo que suspendia a eficácia de decreto estadual, e o Ministro relator aceitou as informações técnicas voluntariamente enviadas pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado como manifestação de amigo da Corte.

[23] ADC-MC 12/DF, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 15.

[24] ADPF 33/PA, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005, DJ 27/10/2006, p. 31.

[25] A Mensagem nº 1.674/99, do Presidente da República, contém as razões do veto: "O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia,

Logo, o ingresso no feito pode ocorrer por decisão do Ministro relator ou a pedido do órgão ou entidade, sujeito à aprovação por parte daquele. A decisão do relator, admitindo ou não o *amicus curiae*, não é impugnável por recurso, inexistindo meio legal para órgão colegiado do STF aceitá-lo. Nesse sentido:

> DECISÃO TERCEIRO – ADMISSIBILIDADE – RECUSA – IRRECORRIBILIDADE.
> 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: ADEF – Associação de Desenvolvimento da Família – interpõe agravo regimental contra a decisão – cópia em anexo – proferida por Vossa Excelência, na qual indeferiu a respectiva intervenção, como amicus curiae, no processo em referência. Consigno a publicação da mencionada decisão no dia 30 de agosto deste ano e protocolização do recurso em 8 do mês em curso.
> 2. A decisão atacada versa sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Conforme consignado, a admissão de terceiro não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção não é passível de impugnação na via recursal – artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.
> 3. Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante [...] (ADPF 54 AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/09/2004, DJ 01/10/2004, p. 39)[26].

a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º. Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos arts. 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, 'Decorrido o prazo do artigo anterior' e 'Vencido o prazo do artigo anterior'. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador-Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista".

[26] Ainda: "6.6. A participação de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade é vedada, salvo na qualidade de amicus curiae – colaboradores

Apesar da inexistência de previsão legal, há quem sustente que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que indefere sua participação no processo, com fundamento em uma interpretação gramatical do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, segundo o qual é irrecorrível apenas a decisão que *deferir* a manifestação. Nesse sentido, há precedentes no STF mencionando a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a decisão de indeferimento:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos (ADI 3615 ED/PB, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/03/2008, DJe 24/04/2008)[27].

que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos –, se assim entender necessário o relator. 7. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que são incabíveis os recursos interpostos por terceiros, ainda que figurem como amicus curiae. [...]" (ADI 2359 ED/ES, decisão monocrática, rel. Min. Eros Grau, j. 27/08/2007, DJ 31/08/2007, p. 57). Mais recentemente: RE 632238 AgR/PA, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/05/2013, DJe 08/08/2013.

[27] No mesmo sentido: "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI. Amicus curiae. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. Amicus curiae não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo" (ADI 3105 ED/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2007, DJ 23/02/2007, p. 17).

A sua admissão demanda certos requisitos legais[28]: 1. subjetivo: somente pode ser pessoa jurídica (órgão ou entidade)[29]; 2. e objetivos: deve possuir representatividade e o processo deve tratar de matéria relevante.[30]

[28] Há precedente do STF não acatando o Estado como *amicus curiae* quando a ADI for promovida pelo Governador: "[...] INTERVENÇÃO – GOVERNADOR E ESTADO – CONFUSÃO – INDEFERIMENTO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O Estado de Santa Catarina requer seja admitido, como amicus curiae, no processo em referência. Registro a conclusão do processo, devidamente instruído, a Vossa Excelência. 2. A regra é não se admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, é possível a manifestação de órgãos ou entidades – artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. No caso, confundem-se as pessoas natural e jurídica de direito público. A primeira veio a atuar como Chefe do Poder Executivo do Estado e, em nome deste, representando-o, ajuizou a ação. O pedido de intervenção implica verdadeira sobreposição [...]" (ADI 3579/SC, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/03/2007, DJ 28/03/2007, p. 15).

[29] Em decisão monocrática expressa quanto à impossibilidade de pessoa natural atuar como parte ou amicus curiae no controle concentrado: "9. Aqui, é importante frisar que o autor, à luz do art. 103 da Magna Carta, não detém legitimidade para ingressar, ainda que por via oblíqua ou incidental, nos domínios da referida ação direta, em busca de uma reavaliação do que nela fora decidido em 13.12.2001. Se tal fosse permitido, ter-se-ia de abrir as mesmas portas para qualquer pessoa física que demonstrasse algum interesse no desfecho dela, ação direta. Poderiam manifestar-se os atuais tabeliães e os candidatos inscritos no mencionado concurso, que têm interesses contrapostos. Cada um com sua medida cautelar e seu pedido específico. Ou cada um com sua defesa. Este cenário, pontilhado de situações de caráter individual, alheias à figura do amicus curiae, levaria à descaracterização do controle abstrato." (AC 688/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 22/03/2005, DJ 01/04/2005, p. 65). Apesar de não poder participar do controle abstrato como *amicus curiae*, a pessoa natural pode se manifestar com fundamento nos arts. 9º e 20, da Lei nº 9.868/99, conforme será visto adiante.

[30] Em uma classificação diferenciada, Guilherme Peña de Moraes divide os requisitos em: (a) materiais, abrangendo a relevância do assunto e a representatividade adequada do autor; (b) e formais, que são o requerimento firmado por profissional habilitado, despacho de mero expediente não sujeito a agravo regimental e observância do prazo de prestação de informações (MORAES, 2006, p. 207).

A representatividade é relacionada com a possibilidade de os membros da entidade serem afetados pela decisão do STF no controle concentrado.[31]

O vetado § 1º do art. 7º permitia que os demais legitimados à ADI e ADC pudessem opinar por escrito a respeito do objeto da ação, juntar documentos úteis para o exame do assunto e apresentar memoriais.[32] Existem precedentes do STF admitindo essa participação, com fundamento na possibilidade de manifestação dos *amici curiae*.[33] Trata-se de um elemento que

[31] Baseada no objetivo dos *amici curiae* de auxiliar o julgamento, Mirella de Carvalho Aguiar sustenta que essa expressão deve ser interpretada em um sentido amplo, envolvendo as noções de autoridade, respeitabilidade, reconhecimento científico e perícia (AGUIAR, 2005, p. 30-31). Para Paulo de Tarso Duarte Menezes, a representatividade deve ser analisada com fundamento nos requisitos exigidos para a pertinência temática dos legitimados para provocar o controle concentrado; desse modo, cumpre esse requisito a entidade que demonstrar que possui interesse institucional específico no tema em discussão (MENEZES, 2007, p. 44-45). Acerca da representatividade, já decidiu o STF: "Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é inconteste, de modo que ostenta adequada representatividade (adequacy of representation), conforme exigido do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999." (ADI 3225/RJ, decisão monocrática, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/07/2007, DJ 06/08/2007, p. 16).

[32] As razões do veto são as seguintes: "A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia 'observado o prazo fixado no parágrafo anterior'. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º".

[33] "Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação possam exercer direito de manifestação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição

pode ser desenvolvido para ser utilizado na tênue distinção entre o *amicus curiae* e os terceiros com interesse subjetivo próprio, mas sua delimitação ainda não foi consolidada no STF.[34]

Já a relevância da matéria diz respeito à sua complexidade e à extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre parcela considerável desta. Não se confunde com a relevância do processo, tendo em vista que, em princípio, possui importância para o ordenamento jurídico toda a ação

---

pluralista, com a participação de amicus curiae." (ADPF 97/PA, decisão monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007, DJ 06/02/2007, p. 17).

[34] Quanto à representatividade, o STF reconheceu sua existência em federação estadual de empresas de transportes de passageiros: "1. Deve autorizada a intervenção da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro – FETRANSPOR, na condição de amicus curiae. Conforme se lhe extrai ao estatuto, a requerente é associação sindical de grau superior, tendo por finalidade 'o estudo, a coordenação, a defesa dos interesses e a representação legal da categoria econômica das transportadoras que operam os serviços municipais e intermunicipais de transportes coletivos de passageiros no Estado do Rio de Janeiro' (art. 2º). Tem, ainda, por prerrogativa específica 'representar perante o Poder Judiciário acerca dos interesses pertinentes à atividade econômica exercida pelas transportadoras que operam os serviços de transporte coletivo de passageiros' (art. 3º, 'b'). Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é inconteste, de modo que ostenta adequada representatividade (adequacy of representation), conforme exigido do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. Afinal, é entidade que congrega interesses das empresas de transporte de passageiros, nitidamente capazes de ser atingidos pela decisão da causa [...]" (ADI 3225/RJ, decisão monocrática, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/07/2007, DJ 06/08/2007, p. 16). De outro lado, afastando a representatividade de pessoa natural: "Reginaldo da Luz Ghisolfi requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de amicus curiae. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano, o que culminou com a elaboração da dissertação de Mestrado intitulada 'A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil'. Assim resumida a pretensão, passo a decidir. O § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o caso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontroversa a falta de representatividade do postulante, razão porque inferido o seu pedido." (ADI 3510/DF, decisão monocrática, rel. Min. Carlos Britto, j. 03/05/2006, DJ 11/05/2006, p. 6).

em que se discute a compatibilidade de ato normativo com a Constituição[35]. Há precedentes no STF aplicando esse requisito quando a própria manifestação do *amicus curiae* for relevante para o julgamento da causa.[36]

Em regra, o momento para ingressar e se manifestar no feito é no prazo de trinta dias concedido ao órgão que editou o ato normativo questionado para prestar informações (arts. 7º, § 2º, e 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99)[37]. Contudo, o STF admite a atuação posterior, e em alguns casos até mesmo após o início do julgamento, diante do veto ao § 1º do art. 7º (ao qual remete o § 2º, deixando sem sentido a fixação de prazo), e ressalvando-se que ocorre sem prejuízo dos atos já praticados.[38]

---

[35] Nesse sentido: AGUIAR, 2005, p. 30; MENEZES, 2007, p. 44-45. Nesse sentido já se decidiu pela ausência de relevância da matéria: "No caso, a simples circunstância de o Sindicato defender os direitos e interesses dos integrantes da categoria, representando-os judicial ou extrajudicialmente – e está em jogo lei local a versar sobre certa parcela remuneratória –, não conduz à admissão no processo objetivo. Indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade. 3. Indefiro o pleito." (ADI 3767/PR, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2006, DJ 19/10/2006, p. 47).

[36] "No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo." (ADI 3538/RS, decisão monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 84).

[37] "O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados 'amici curiae'. A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do § único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida [...]" (ADI 2997/RJ, decisão monocrática, rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/12/2003, DJ 09/12/2003, p. 40).

[38] "No tocante ao momento processual em que é buscada a admissão no feito, aduz que com o veto do texto que se tornaria o art. 7º, § 1º da Lei 9.868/99, este Supremo Tribunal tem admitido a intervenção dos amici curiae mesmo após o término do prazo para a apresentação das informações, desde que a atuação pretendida ocorra

Ainda, o *amicus curiae* não possui legitimidade para interpor recurso:

> 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. (ADI-ED 2591/DF, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 14/12/2006, DJ 13/04/2007, p. 83).

Portanto, o STF entende que o amigo da Corte não tem legitimidade recursal, seja para interpor agravo regimental contra a decisão que indefere sua admissão ou em face da

---

no estágio em que se encontra o processo e sem prejuízo dos atos já praticados. Conclui, assim, que 'seja pela substancial modificação da composição da Corte, seja pela adoção da linha interpretativa no sentido de aplicar ao amicus curiae a regra da assistência', mostra-se razoável o pleito formulado, 'mesmo já tendo sido iniciado o julgamento do feito, que se encontra suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Exmo. Min. Marco Aurélio'. 3. É certo que esta Corte, na interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, tem destacado a importância de uma maior participação do amicus curiae nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade dos atos normativos. Conforme asseverou o eminente Ministro Gilmar Mendes em despacho proferido na ADI 3.599 (DJ 22.11.05), 'essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição'. Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADI 3.474, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.05), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI 2.548, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.10.05) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para a realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, § 3º do RISTF (ADI 2.777-QO, rel. Min. Cezar Peluso)." (ADI 2588/DF, decisão monocrática, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 42). Porém, em decisões posteriores foi indeferido o ingresso de amigo da Corte após o início do julgamento: ADI 4067 AgR/DF, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/03/2010, DJe 22/04/2010. Igualmente: "4. O amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta" (ADI 4071 AgR/DF, Pleno, rel. Min. Menezes Direito, j. 22/04/2009, DJe 15/10/2009).

decisão final, seja para apresentar embargos de declaração contra qualquer decisão.[39]

Percebe-se que, na regulamentação constitucional brasileira, o *amicus curiae* assemelha-se mais a um *amicus causae* ou *amicus partis*, por se entender que representa os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, constituindo terceiro com interesse na resolução da causa.[40] Logo, não há somente o interesse do STF em demandar a exposição dos *amici curiae*, mas também destes em apresentar manifestação relativa ao assunto em discussão e as consequências da decisão. Apesar de não se exigir a demonstração de interesse para sua admissão nos processos da ADI, ADC e ADPF, relembra-se que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, lista entre os requisitos a existência de representatividade dos postulantes. Consequentemente, existe uma perspectiva potencial de os integrantes do órgão ou da entidade serem afetados pela decisão do STF, tanto que se admite a manifestação dos demais legitimados ativos na condição de *amici curiae*. Justificando essa espécie de interesse, há quem sustente que o amigo da Corte deve se manter neutro na discussão judicial, defendendo o interesse da sociedade, e

[39] Especificamente a respeito dos embargos declaratórios: "4. O amicus curie não tem legitimidade para interpor recurso de embargos de declaração. Embargos de declaração opostos pelo Sindifort não conhecidos" (ADI 4167 ED/DF, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/02/2013, DJe 08/10/2013). Ainda: "– Esta Corte pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há legitimidade recursal das entidades que participam dos processos do controle abstrato de constitucionalidade na condição de amicus curiae, 'ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos' (ADI 2.591-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau). II - Precedentes. III – Agravo regimental improvido" (ADI 3934 ED-segundos-AgR/DF, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/02/2011, DJe 30/03/2011).

[40] Nesse sentido: AGUIAR, 2005, p. 4. Indo além, Adhemar Ferreira Maciel afirma que essa característica é genérica: "É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal" (MACIEL, 2002, p. 7).

não das partes.[41] De outro lado, afirma-se que o *amicus curiae* fortalece a objetividade do controle concentrado, por realçar a participação da sociedade em um processo que interessa a todos, e não somente às partes envolvidas.[42]

Todavia, conforme visto, é inegável que se trata de um terceiro com interesse próprio no julgamento do feito, constituindo outro elemento subjetivo em um processo normalmente abstraído de elementos fáticos. Desse modo, a atuação dos *amici curiae* no controle abstrato de constitucionalidade, além de exceção à regra que impede a intervenção de terceiros (com ou sem interesse jurídico), também caracteriza importante ressalva à objetividade de tal espécie processual.

3 Audiências Públicas: Aspectos Destacados

A interpretação e a aplicação da norma, conforme afirmado inicialmente, não são atos abstraído da realidade. O ato de legislar também não ignora os fatos, mas, ao inverso, contém a percepção do legislador acerca da realidade, os eventos sociais, políticos e econômicos (entre outros) que leva em conta na elaboração de uma lei.

Com base na doutrina alemã, Gilmar Mendes divide os fatos legislativos em: 1. fatos históricos, aqueles que motivaram as deliberações e escolhas legislativas; 2. fatos atuais, abrangendo investigações empíricas e não empíricas (estatísticas, consultas à doutrina especializada, opinião de peritos etc.) a respeito de temas contemporâneos à atividade hermenêutica; 3. e eventos futuros (prognoses), nas situações em que a

[41] (WAMBIER, 2007, p. 78). Todavia, o simples fato de defender os "interesses da sociedade" já exclui a pretendida neutralidade, pois estará se posicionando em favor de alguém, e não simplesmente opinando acerca do assunto em debate.

[42] Com esse entendimento: MENDES, 2006, p. 480-481.

constitucionalidade – ou não – do ato normativo necessita da ocorrência de um prognóstico efetuado pelo Legislativo, ou de uma situação que irá ocorrer. Enquanto nas duas primeiras hipóteses o Judiciário analisa como o Legislativo considerou os fatos, na terceira situação, é examinado o que o legislador previu (MENDES, 2006, p. 473-475, p. 478-479).

A partir dessa classificação, há quem afirme que, quando for demonstrado que o fato ou o prognóstico legislativo não corresponder à realidade, a norma dela decorrente deve ser considerada inconstitucional. Entende Kildare Gonçalves Carvalho que "[...] a decisão sobre a legitimidade de dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou de provável verificação de um dado evento" (CARVALHO, 2006, p. 27).

Apesar de ser normalmente confundida e atribuída como espécie de manifestação de *amicus curiae*, a admissão da análise de fatos no controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o denominado *Brandeis-Brief*. Trata-se de uma manifestação formulada pelo advogado Louis Dembitz Brandeis, no caso *Muller vs. Oregon*, de 1908, na qual reservou apenas duas páginas para tratar de questões jurídicas, e cento e dez laudas para analisar as consequências das longas jornadas de trabalho sobre a mulher.[43] Ou seja, não se limitou a analisar teoricamente a afronta à Constituição, mas a embasou também (e não apenas) com situações de fato que sofrem os efeitos da aplicação da norma.

Apesar de o STF entender que no controle concentrado de constitucionalidade não se admite dilação probatória e o exame dos fatos controversos, acaba por analisar (inclusive revisando) fatos considerados pelo legislador na elaboração das normas. Contudo, não há uma motivação expressa que

[43] MENDES, 2005, p. 248.

justifique essa análise de fatos, pois normalmente se utilizam como fundamentos o princípio da igualdade e o postulado da proporcionalidade[44]. Porém, na prática, o STF valora os fatos considerados na elaboração das espécies normativas, como na ADI-MC 1910/DF, em que decidiu que o legislador não observou o princípio da isonomia ao instituir prazo decadencial diferenciado para a Fazenda Pública em ação rescisória:

> 3. A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. (ADI-MC 1910/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22/04/2004, DJ 27/02/2004, p. 19).

Ainda, na ADI 1276/SP, concluiu-se que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo não feriu o princípio da isonomia ao elaborar lei que criou incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com idade superior a quarenta anos:

> Ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, a Assembléia Legislativa Paulista usou o caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular conduta por parte do contribuinte, sem violar os princípios da igualdade e da isonomia. (ADI 1276/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2002, DJ 29/11/2002, p. 17).

[44] Nesse sentido: MENDES, 2006, p. 471-472.

Logo, ainda que implicitamente e com base em motivação diversa, há no controle de constitucionalidade a análise e a revisão dos fatos e prognoses realizadas pelo Legislativo na elaboração das normas.[45]

A Lei nº 9.868/99 (que regulamenta o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no STF) admite expressamente a análise de fatos e prognoses, por meio do auxílio de pessoas que não são partes no processo. Assim dispõe em seus arts. 9º e 20, de semelhante teor:

> Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
> § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

[45] Em decisões monocráticas, o Ministro Gilmar Mendes faz menção expressa aos fatos e prognoses legislativos: "Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados." (ADI 2441/GO, j. 27/02/2007, DJ 16/03/2007, p. 45).

> § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Redação similar possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (a respeito da arguição de descumprimento de preceito fundamental), usualmente confundido com o *amicus curiae*:

> Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
> § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Portanto, em um processo tido como objetivo, é possível o esclarecimento de situações fáticas referentes ao assunto em discussão, por meio de consultas a especialistas e aos tribunais competentes para julgar os processos subjetivos relativos à espécie normativa questionada. Para Kildare Gonçalves Carvalho, essas normas concretizam o princípio da instrução, segundo o qual o julgador pode de ofício buscar a verdade material: "[...] não há como controlar a constitucionalidade sem uma prévia interpretação da Constituição, que considera a realidade que envolver o próprio intérprete, sendo a norma jurídica ato derivado do mundo concreto e nele presente necessariamente" (CARVALHO, 2006, p. 26).

As audiências públicas constituem o principal (mas não o único) instrumento utilizado para a apuração e a elucidação de fatos no controle concentrado de constitucionalidade pelo STF.

Aplicando esses dispositivos, no dia 20 de abril de 2007, o STF realizou uma audiência pública, como forma de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta pela Procuradoria-Geral da República, que impugnou dispositivos

da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Foi a primeira audiência realizada pelo STF como meio de prova em uma ADI, com a oitiva de vinte e dois especialistas acerca do uso de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, divididos em dois grupos, um favorável e outro contrário à permissão legal. Por fim, os julgadores elaboraram cinco questionamentos, respondidos oralmente pelos dois grupos de especialistas.

A segunda audiência pública ocorreu na ADPF 101, que questionou as decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados por empresas brasileiras, para utilizá-los como matéria-prima na fabricação de pneus remoldados. No dia 27 de junho de 2008, realizou-se a audiência designada pela relatora, Min. Cármen Lúcia, na qual onze especialistas defenderam posições semelhantes ou distintas do pedido inicial.

Também foram realizados quatro dias de audiência (encerrados em 16/09/2008) na ADPF 54, que versou a respeito do abortamento de fetos anencefálicos, com a oitiva do Ministro da Saúde, de médico, cientistas, socióloga, antropóloga, parlamentares, religiosos, entre outros representantes de 25 instituições, com argumentos variados, favoráveis e contrários ao tema objeto do pedido.

A quinta audiência pública realizada pelo STF teve diversas peculiaridades: foi designada pelo então Presidente, Ministro Gilmar Mendes (e não pelo relator do processo), e marcou a extensão de sua utilização para 1. mais de um processo; 2. e relativos ao controle concreto de constitucionalidade. A audiência, ocorrida durante seis dias em abril e maio de 2009, instruiu diversos pedidos de suspensão de segurança, de liminar ou tutela antecipada (incluído o RE 566471/RN) a respeito da concessão de medicamentos ou tratamentos excepcionais não disponibilizados pelo SUS.

No RE 597285 e na ADPF 186, ambas relatadas pelo Min. Ricardo Lewandowski, foi designada audiência pública para os dias três a cinco de março de 2010, a fim de debater a constitucionalidade do sistema de cotas nas universidades pública.

Na sequência, durante um intervalo superior a dois anos, o STF não realizou qualquer audiência pública, de março de 2010 a maio de 2012.

De sete a quatorze de maio de 2012, foi promovida audiência pública na ADI 4103, relatada pelo Ministro Luiz Fux, a respeito das normas da Lei nº 11.705/2008 ("Lei Seca").

Em 24 e 31 de agosto de 2012, 35 pessoas falaram a respeito dos benefícios e os riscos causados pelo uso industrial do amianto crisotila, proibido pela Lei nº 12.648/2007, do Estado de São Paulo, e em discussão na ADI 3937 e na ADPF 234, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio. Além desses processos, o uso do amianto também está em discussão nas ADI 3357 e 4066.

Mais recentemente, o STF realizou sete audiências públicas no ano de 2013: 1. nos dias 18 e 25 de fevereiro foram instruídas as ADI 4679, 4747 e 4756, a respeito da Lei nº 12.482/2011, que regulamenta a televisão por assinatura no Brasil; 2. os efeitos dos campos eletromagnéticos sobre o meio ambiente e a saúde pública foram avaliados por 21 expositores nos dias seis a oito de março, para o RE 627189, relatado pelo Ministro Dias Toffoli; 3. no dia 22 de abril, para debater as queimadas nos canaviais em discussão no RE 586224, relatado pelo Ministro Luiz Fux; 4. nos dias 27 e 28 de maio, no RE 641320, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, a respeito da possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto nos casos de falta de vagas no sistema prisional; 5. nos dias 17 e 24 de junho, na ADI 4650, relatada pelo Ministro Luiz Fux, acerca de normas das Leis nº 9.096/95 e 9.504/97 a respeito de doações efetuadas por pessoas jurídicas a partidos políticos e a campanhas eleitorais; 6. no dia

21 de novembro de 2013, para debater a (in)compatibilidade das biografias não autorizadas com dispositivos do Código Civil e da Constituição na ADI 4815, relatada pela Ministra Cármen Lúcia; 7. e nos dias 25 e 26 de novembro de 2013, para instruir as ADI 5035 e 5037, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, nas quais se questionam normas do Programa Mais Médicos criado pela Medida Provisória nº 621/2013.

Por fim, uma audiência pública foi designada no primeiro trimestre de 2014: no dia dezessete de março, 24 participantes manifestaram-se a respeito da Lei nº 12.853/2013, que trata da gestão coletiva de direitos autorais na Lei nº 9.610/98, para instruir as ADI 5062 e 5065, relatadas pelo Ministro Luiz Fux.

Portanto, das quinze audiências públicas realizadas pelo STF em toda a sua história, quase a metade ocorreu no ano de 2013. Esse dado pode ser interpretado tanto como positivo, por refletir a consolidação do instituto na prática da Corte brasileira, quanto como de forma negativa, por demonstrar um mau uso e a banalização das audiências públicas. Corre-se o risco de que a participação seja reduzida diante do desinteresse causado pela aplicação excessiva do instituto, além de fazer com que, em regra, apenas o relator do processo efetivamente participe das audiências.

4 *Amicus Curiae* e Audiências Públicas: Distinções Necessárias

A incidência da Lei nº 9.868/98 leva a outro problema, ainda não padronizado pelo STF (que, ao contrário, ampliou as dúvidas no julgamento do MS 32033): a definição, delimitação e distinção entre *amicus curiae* e análise de fatos no controle abstrato de constitucionalidade.

Recorda-se que a participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade está prevista no art. 7º, § 2º,

da Lei nº 9.868/99, o qual dispõe que "[...] o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

De outro lado, o controle exercido pelo STF sobre a análise dos fatos realizada pelo legislador (de forma correta ou equivocada), pode resultar na inconstitucionalidade do ato normativo. A Lei nº 9.868/99 admite expressamente a análise dos fatos em seus arts. 9º (ADI) e 20 (ADC), citados anteriormente. Redação semelhante também possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (ADPF).

Portanto, não se pode confundir a previsão relativa ao *amicus curiae* no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, com a análise de fatos permitida pelos arts. 9º e 20 da mesma lei, e no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

As principais diferenças entre os dois institutos do controle abstrato de constitucionalidade são as seguintes: 1. enquanto o *amicus curiae* é uma pessoa jurídica, na averiguação de fatos são ouvidas apenas as pessoas naturais; 2. a admissão do *amicus curiae* exige que haja matéria relevante, enquanto a análise fática ocorre quando o assunto não estiver suficientemente esclarecido no processo; 3. o ingresso dos *amici curiae* no feito pode advir de decisão de ofício do relator, ou a pedido daquele, mas a verificação dos fatos somente acontece se houver determinação do relator; 4. de um lado, o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido, e de outro há uma prévia delimitação dos fatos pelo relator ao requisitar informações de pessoas e tribunais, devendo estes se restringir a responder ou esclarecer as questões fáticas solicitadas.[46]

[46] A respeito das diferenças: CARDOSO, 2011.

Contudo, essas diferenças não são rigorosamente observadas pelo STF na prática.

Por exemplo, o aumento da frequência das audiências públicas coincidiu com a falta de rigor nas suas regras: não há mais rigor com a fixação da matéria ou circunstância de fato a ser esclarecida, ou de complemento das informações existentes (conforme determina o § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99), mas apenas a sustentação oral ampla e irrestrita de pessoas favoráveis e contrárias à constitucionalidade da norma questionada no processo.

Além disso, viu-se que pessoa natural pode ser ouvida em audiência pública, mas não na qualidade de *amicus curiae*. Contudo, o STF não observou essa distinção em alguns processos, como no MS 32033. A Corte já possuía precedentes em que autorizava a manifestação em mandado de segurança[47], mas neste MS 32033 duas pessoas naturais realizaram sustentação oral como *amici curiae*.[48]

Considerações Finais

Viu-se que não há uma definição ou delimitação legal, tampouco uniformização na atuação dos *amici curiae* no direito brasileiro, sendo obrigatória em algumas normas, facultativa em outras, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta. Ainda,

[47] Por exemplo: MS 29058 MC-AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 24/05/2013, DJe 28/05/2013; MS 29426 AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 30/04/2013, DJe 03/05/2013; MS 30531/DF, decisão monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/04/2012, DJe 04/05/2012.

[48] Esse processo possui outra situação excepcional: à manifestação dos *amici curiae* em ritos que não o admitam expressamente, como ocorre no mandado de segurança (a Lei nº 12.016/2009 não permite nem proíbe o amigo da Corte). A respeito do assunto: CARDOSO, 2013.

as normas legais limitam-se a prever a sua manifestação em processos judiciais (com uma hipótese em processo administrativo), em determinadas situações, não existindo no Brasil uma regulamentação ampla. Essa lacuna dá margem a controvérsias, equívocos com outros institutos e limitações indevidas.

Também por esse motivo, na regulamentação do controle de constitucionalidade, o *amicus curiae* não busca somente a correta aplicação da lei e a observância da Constituição (como a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nas Leis nº 6.385/76 e 12.529/2011), mas sim representa o interesse da coletividade ou de grupos ou classes sociais, tendo em vista que o papel de defensor da lei é exercido pelo Advogado-Geral da União (art. 102, § 3º, da Constituição)[49]. O *amicus curiae*, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, constitui uma exceção ao conceito tradicional do instituto, porque se assemelha mais a um *amicus causae* ou *amicus partis*, por representar os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, assemelhando-se a um terceiro com interesse direto na resolução da causa.

Por sua vez, a possibilidade de apuração dos fatos e das prognoses legislativas levados em consideração na elaboração das normas ainda não foi admitida de forma expressa e sistemática pelo STF. Sua inclusão também encontra inspiração na Suprema Corte dos Estados Unidos e, apesar de algumas semelhanças com o *amicus curiae*, com este não se confunde, possuindo características e objetivos distintos. As audiências

[49] "§ 3º – Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado". O AGU pode deixar de defender o ato quando já houver precedente do STF pela inconstitucionalidade do ato normativo: "O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade." (ADI 1616/PE, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/05/2001, DJ 24/08/2001, p. 41).

públicas constituem o principal (mas não o único) instrumento utilizado para a apuração e a elucidação de fatos no controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. Na prática foi visto um desequilibro na realização das audiências, com um aumento desproporcional no último ano: 1. durante um intervalo superior a dois anos, o STF não realizou qualquer audiência pública (março de 2010 a maio de 2012); 2. e das quatorze audiências públicas realizadas em um período de quatorze anos (2000/2013), metade ocorreu no ano de 2013. Há, nessa disparidade, um aspecto positivo, por mostrar a consolidação do instituto no STF, mas outro negativo, pelo risco de banalização das audiências públicas.

A manifestação do *amicus curiae* e a análise de fatos não vinculam, mas apenas auxiliam o julgador em sua decisão, possibilitando a ciência das situações fáticas abrangidas na criação e na aplicação da norma, e dos prováveis efeitos e implicações da decisão. Mas, pelo que foi visto, o controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro não mais se resume à verificação de compatibilidade – ou não – das espécies normativas com as regras e os princípios da Constituição; em diversas situações, é realizado também o exame da relação entre a lei ou o ato normativo com os fatos que sua incidência produz. Além disso, quando se discute um assunto multidisciplinar, são necessários conhecimentos igualmente multidisciplinares para a sua resolução. Tal medida possui destacada importância na defesa da Constituição, ampliando os meios processuais à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de Corte Constitucional.

Por fim, viu-se que as diferenças entre os institutos não são rigorosamente observadas pelo STF e ainda necessitam de uma delimitação mais clara, para garantir o seu uso adequado.

Referências

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodium, 2005.

BAZÁN, Victor. El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 12, p. 29-71, jan./jun. 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro:* um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2005.

CARDOSO, Oscar Valente. A admissibilidade de pessoa natural como amicus curiae em mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 126, p. 77-84, set. 2013.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade:* aspectos subjetivos. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

_____. *Juizados Especiais da Fazenda Pública* (Comentários à Lei nº 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 15-43, 2006.

FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O amicus curiae e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91-144.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1997.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae:* amigos del tribunal. Buenos Aires: Astrea, 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 153, p. 7-10, jan./mar. 2002.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae:* amigo da Corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do amicus curiae nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 35-51, jul./set. 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional:* teoria da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae: intervenção de terceiros. *Revista CEJ*, Brasília, n. 18, p. 83-86, jul./set. 2002.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. Amicus curiae: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista jurídica Justilex*, Brasília, n. 67, p. 35-37, jul. 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Amicus curiae: afinal, quem é ele? *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 76-80. jan./jun. 2007.

Submissão: 10/03/2014
Aceito para Publicação: 20/05/2014

Súmulas Vinculantes e Força Normativa: Aspectos Críticos

Binding Precedents and Normative Power: Critical Issues

Alice de Siqueira Khouri*
Fernando Horta Tavares**

Resumo: O presente estudo possui cerne no debate acerca da criação e aplicação das súmulas vinculantes em um contexto jurídico democrático e pretende, a partir das teorias de classificação normativa entre regras e princípios do cenário pós-positivista, alinhavar alguns aspectos críticos acerca de uma possível inconstitucionalidade da força normativa do instituto. Nessa direção, à luz do Direito Constitucional e de conceitos da Teoria do Direito, trazendo ainda o exemplo do enunciado da Súmula Vinculante 13, pretende-se aprofundar os estudos conteudísticos da temática sob o viés dos resultados obtidos a partir da ponderação prévia entre normas do ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta as particularidades de um caso concreto que não passou pelo crivo do devido processo legislativo o qual, pelas suas particularidades, pode resultar na vinculação de futuros casos pretensamente semelhantes.

Palavras-chave: Súmula Vinculante. Inconstitucionalidade. Regras. Princípios. Pós-Positivismo. Ponderação.

---

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo. Advogada.

** Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Doutoramento em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Presidente do Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo. Advogado.

Abstract: This study has heart in the debate about the creation and application of binding precedents in a democratic legal context and aims, from the theories of normative classification between rules and principles of post-positivist scenario, identify and analyze some critical aspects about possible unconstitutionality of the normative force of the institute. In this direction, in the light of the Constitutional Law and the Legal Theory concepts, also bringing the example of the statement of Binding Precedent 13, it is intended to deepen the content studies of the theme from the perspective of the results obtained from previous balance among norms of the Brazilian legal order, taking into account the particularities of a case that did not pass through the scrutiny of due process of law which, by its characteristics, can result in the binding of future cases allegedly similar.

Keywords: Binding Precedent. Unconstitutionality. Rules. Principles. Post Positivism. Balancing Procedure.

Introdução

A respeito da existência das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, talvez o aspecto mais criticado seja o seu efeito vinculante, na medida em que torna seu conteúdo de observância obrigatória para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Vê-se, assim, que, no que tange ao aspecto de sua força vinculante, para que a súmula tenha peso de força normativa que lhe foi atribuída por meio da Lei nº 11.417/06, faz-se presente o debate pela inconstitucionalidade das súmulas vinculantes. Dessa forma, enquanto parte da doutrina defende a sua existência com base em princípios de segurança jurídica, economia e celeridade processual, frisando a importância atual do papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, outra parte, por sua vez, alerta para a clara violação ao princípio da

separação das funções estatais (que a Constituição chama de "separação de poderes"), da independência dos órgãos judiciais, do devido processo constitucional, dentre outros.

Dentre alguns doutrinadores[1] que defendem a constitucionalidade da súmula vinculante, vê-se que os argumentos mais utilizados são a consecução de certos princípios basilares e essenciais no Estado de Direito, tais como a segurança jurídica, igualdade e celeridade processual. Sob a ótica dessa corrente doutrinária favorável à súmula, a mesma é importante e eficaz como mecanismo de garantir "[...] às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária" (MORAES, 2006, p. 1534, grifo nosso).

Em dissonância na doutrina, estão aqueles que se valem, além dos argumentos acerca do engessamento das decisões judiciais provocado pelas súmulas vinculantes na medida em que retiram a possibilidade de julgamento independente pelas instâncias inferiores, do fato de o rol de legitimados a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula é algo extremamente limitado, o que é notadamente um fator antidemocrático. Como

[1] A exemplo da doutrina que defende a constitucionalidade da súmula vinculante está Alexandre de Moraes, que diz: "As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária". (MORAES, 2006, p. 1534-1535). No mesmo sentido, Oscar Corrêa assevera que: "O inaceitável é que se decida e redecida, inúmeras vezes, na Corte Superior (final) a questão, sem recurso possível, e continuem os juízos inferiores a decidir contrária e diversamente, forçando as partes à continuação da litigância processual, com os ônus e retardamentose e os mais prejuízos que acarreta. E, sobretudo, abarrotando de casos de conhecida solução as prateleiras dos juízos, com prejuízo de todos os jurisdicionados". (CORRÊA, 2000, p. 158).

exemplo, destacam-se as lições de Dalmo de Abreu Dallari (2010) e, no mesmo sentido doutrinário, Luiz Flávio Gomes (1997) e Kildare Carvalho (2008).[2]

Nesse contexto de intenso debate doutrinário, brevemente exposto e narrado anteriormente, se a súmula vinculante tem "força de lei", em consonância inclusive com a etimologia trazida em seu nome, seria ela então uma espécie de norma? E, enquanto norma seria, dentro das teorias formuladas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, regra, ou, em verdade, um princípio? Poderia assumir as duas conotações?

Essas indagações conduzem a uma aplicação das teorias clássicas que surgiram no contexto pós-positivista, no qual regras e princípios são espécies normativas cuja diferenciação configura-se importante na aplicação e interpretação do Direito,

[2] Luiz Flávio Gomes leciona, a respeito desse ponto, que: "Na verdade, independência judicial e súmula vinculante são inconciliáveis. Uma afasta a outra. São termos aporéticos. Urge a descoberta de alguma solução diferente para o problema dos Tribunais, sem que se tenha que pagar um preço inusitado (qual seja, o fim da independência dos juízes). A rebelião ou revolta ou irresignação dos juízes contra a súmula vinculante não pode, segundo um equivocado ponto de vista, ser encarada como manutenção de algum privilégio, defesa dos direitos pessoais, corporativismo, 'ativismo judicial' que só desacredita a Justiça, relutância infundada ou uma 'tola discussão sobre a liberdade hermenêutica e decisória do juiz'. Essa é uma visão incorreta da independência judicial, que existe para a garantia do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito. Urge compreender que é da essência da independência da função de julgar (que é expressão da soberania estatal) a possibilidade de interpretar o texto jurídico imaginando para a solução do caso concreto. Retirada essa autonomia do juiz, subordinando-o ao mesmo tempo a um entendimento pré-configurado único, já não é preciso um 'juiz' para julgar a causa: um funcionário qualquer é quantum satis para carimbá-la, dando-lhe a solução estampada na súmula." (GOMES, 1997, p. 15). No mesmo sentido, importante a crítica de Kildare Carvalho ao aspecto vinculante das súmulas: "[...] a súmula vinculante possibilita que o Supremo Tribunal Federal defina o alcance, em abstrato, das normas editadas pelo Congresso Nacional, cujos efeitos irão atingir não só os litigantes, mas a sociedade em geral, comprometendo o próprio objeto do ato legislativo, a lei, esta sim, de caráter geral, abstrato e obrigatório. Por isso é que a súmula vinculante contraria o princípio da separação de poderes, já que é da competência do Poder Legislativo a função de legislar." (CARVALHO, 2008, p. 526).

ao lado de conceitos como ponderação entre normas e a argumentação como justificação do ato decisório. Assim, a partir de tais elementos propedêuticos, sugere-se a existência de mais um aspecto de inconstitucionalidade das súmulas vinculantes a partir da sua aplicação: o engessamento de futuras situações pretensamente semelhantes a partir da ponderação entre normas jurídicas casuisticamente realizadas, em muitos casos, pelo Supremo Tribunal Federal.

1 Súmula Vinculante: Definição, Origem e Crítica acerca da sua Constitucionalidade

Em breve síntese inaugural do raciocínio a ser desenvolvido neste artigo, define-se súmula vinculante como o enunciado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do controle difuso de constitucionalidade, ao qual se atribui a imperatividade de subordinar ao seu conteúdo todos os atos a serem praticados por quaisquer dos chamados Poderes Executivo, Judiciário e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, de todos os entes que compõem a Federação.

Referido instituto, da maneira como existe atualmente, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o art. 103-A ao texto constitucional e, posteriormente, fora regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. A proposta do constituinte derivado era, então, de vincular a experiência constitucional brasileira a critérios de homogeneidade, segurança, celeridade e simplificação.

Diz o mencionado artigo:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

> constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Da leitura do dispositivo colacionado acima e do estudo acerca do surgimento das súmulas vinculantes no cenário jurídico brasileiro, vê-se a inspiração extraída do instituto do direito norte-americano do *stare decisis et quieta non movere*, ou simplesmente *stare decisis*[3] segundo o qual os juízes "inferiores" devem, em seus novos julgados, manter a decisão dos juízes que lhes são hierarquicamente superiores quando decidirem sobre a mesma matéria.

[3] Expressão de origem latina que significa que não se deve alterar aquilo que já foi decidido, por homenagem à isonomia. Assim, deve-se buscar nos casos precedentes a decisão que foi aplicada, para utilizar como padrão nos casos idênticos que se sucederem. (RE, 1990, p. 327).

Para tanto, a existência da súmula vinculante pressupõe reiteradas decisões sobre matéria constitucional e consubstancia-se na expressão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, em linguagem prescritiva, a respeito da validade, interpretação e eficácia de determinadas normas.

Pode-se dizer que a súmula vinculante, portanto, é um compilado de precedentes unidos em função da natureza da controvérsia e da sua forma de solução. Ressalte-se que mesmo após a edição do texto da súmula, só será possível conceber aquilo que ela quer dizer após a análise de seus precedentes. Nesse sentido, diz Gilmar Mendes:

> Os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formação. É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isso é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.
>
> Assim, não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes no que diz respeito à eventual distinção ou distinguishing que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante. (MENDES, 2009, p. 1012).

Importante esclarecer, na direção da doutrina retro, que a correta compreensão do enunciado em súmula vinculante só se faz possível mediante análise conjugada: do compilado de jurisprudências que sustentam a súmula, da legislação, e dos princípios que subjazem àquele contexto. Por essas razões, acredita-se ser importante a discussão da existência de regras e princípios a nortear a discussão a respeito da aplicabilidade das súmulas vinculantes pois, com efeito, não pode a súmula ter força vinculante *absoluta* e ser sustentada por seus próprios enunciados de modo a ultrapassar a própria Lei e fazendo as suas vezes sem que antes se entenda a dimensão normativa da súmula.

Com relação a esse aspecto – alvo de maior crítica –, qual seja, a sua força normativa, há quem diga que a súmula vinculante se apresenta como verdadeira usurpação da tradicional atividade legislativa pelo poder judiciário[4], na medida em que fere o princípio da separação de poderes e resulta em um "engessamento" das interpretações relativas à referida temática.

A exemplo da doutrina que critica fortemente a existência e aplicabilidade da súmula vinculante, veja-se a posição de Lênio Luiz Streck que se expressa da seguinte maneira:

> Com o poder de editar súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exsurgente desse texto.) Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoiético, a vinculação sumular reforça o poder da auto reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF "fecha" o sistema. (STRECK, 2005, p. 113).

Gilmar Mendes (2009), por outro lado, na tentativa de justificar a legitimidade do instituto em debate, busca em Kelsen (1969, p. 115-116) a fundamentação teórica que embasa esta corrente de pensamento, afirmando que a função legislativa seria "inerente" ao poder judiciário, e não haveria, portanto, atividade atípica quando o Judiciário faz as vezes de legislador.[5]

Não obstante a diversidade de argumentos contra e a favor da constitucionalidade da súmula vinculante – que englobam

---

[4] Questionável o instituto da súmula vinculante, sobretudo na medida em que tem poderes para conferir validade às normas jurídicas mas, em verdade, faz mais que isso e, muitas vezes, cria novos conteúdos normativos. Nesse sentido, o §1ºdo artigo 103-A da CR/88.

[5] Acerca do tema, mencionando Kelsen e a concepção positivista que considera juízes como "legisladores delegados" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 57-59).

questões importantes como a economia processual e celeridade trazidas pela ideia de uniformizar o entendimento jurisprudencial – há estranheza inevitável ao pensamento que defende a constitucionalidade do instituto. Isto porque, ainda que não sejam estagnadas, taxativas ou imutáveis as funções de cada um dos "poderes" – legislativo, judiciário e executivo – existe, por questão de segurança jurídica e, principalmente legalidade, determinada função típica de cada um daqueles "poderes". É o que direciona o consagrado princípio republicano da "separação dos poderes" que, por mais que tido em várias discussões jurídicas como lugar comum, não pode ser ignorado em um Estado cujo Direito seja Democrático.

Assim, a função atípica do Judiciário inovar na ordem jurídica até pode se admitir (especialmente se fundada na hermenêutica dos direitos fundamentais), mas não é aceitável que seja catalogada como uma de suas funções típicas e comuns, como ocorre quando lhe é prevista a competência para editar permanentemente enunciados com "peso de lei".

Sabe-se que a tarefa interpretativa do Judiciário diante da necessidade de solucionar *hard cases* que, por sua própria concepção, são casos em que o ordenamento jurídico não prevê solução escrita e definitiva, é atividade que acaba por inovar, em certa medida, a ordem jurídica, isto é, "criar" o Direito. No entanto, nesses casos, é perfeitamente compreensível a realização dessa atividade que a princípio seria típica do Legislativo, por dois principais motivos: porque é atipicamente realizada pelo Judiciário (ainda que os *hard cases* sejam cada vez mais frequentes na contemporaneidade) e porque a tarefa interpretativa[6],

[6] Mauro Cappelletti trata o assunto, afirmando que há alguns limites para a interpretação judiciária. Segundo o autor: "[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade

seja construtivista ou não, é inerente ao aplicador do Direito, que reconhecidamente não possui solução escrita para todos os casos, nem nunca vai conseguir prevê-los em sua totalidade.

Em ambos os casos mencionados, é claro, referida atuação só se pode admitir pela incidência do Devido Processo Constitucional, de modo a assegurar a democrática participação dos sujeitos processuais no debate e construção do espaço argumentativo democrático-decisional.

No entanto, a possibilidade explicitada anteriormente – de exercício da função atípica legislativa pelo Judiciário formatada pelo Devido Processo Constitucional –, diferencia-se frontalmente da competência do STF de editar as súmulas com roupagem "vinculantes", essencialmente porque há neste caso a autorização (e constitucional!) para a criação contínua de enunciados vinculativos que podem resultar no engessamento de várias futuras situações, sem que haja, para tanto, a necessária porque constitucional do devido processo legislativo. Imperioso destacar, nesse aspecto, que a principal razão da inovação legislativa ficar a cargo do Poder Legislativo se deve ao fato de que este é composto pelos representantes eleitos pelo povo, o que se configura como a marca maior da Democracia.

Sintetiza com pertinência esse raciocínio o pensamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem:

não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos [...] é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do case law, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo". Além desses limites, que o autor denomina substanciais, ele também cita outros, que seriam processais, consistindo basicamente nos princípios da inércia, da imparcialidade e do contraditório. (CAPPELLETTI, 1993, p. 24-26).

> Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema, a instituição da súmula vinculante não tem: a fonte legítima da representação popular; o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); nem a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica. (ROCHA, 1997, p. 57)

Pode-se dizer, portanto, que a inovação permanente no texto legal somente é legítima quando reflexo da vontade do povo. Soa estranho à democracia, dessa forma, a formulação permanente de conteúdos impositivos uniformizados de obrigações por magistrados, que não foram eleitos e não representam os interesses da população, historicamente situados no projeto constitucional.

Desse modo, é entendimento assente de que ao Legislativo cabe, como função precípua, a criação do direito, a inovação na ordem positiva, que ganha validade após *legítimo* processo legiferante. Por sua vez, pela via do Devido Processo Constitucional, aos órgãos judiciários e demais sujeitos do processo cabe a interpretação e a aplicação do direito já existente, sem, contudo, como se disse alhures, limitando-se ao que já está positivado (considerando o princípio de direito fundamental que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei) garantindo, por consequência deste formato constitucional, maior eficácia aos direitos e às garantias fundamentais quando da análise dos litígios submetidos à sua apreciação. Não se subestima a função dos órgãos judiciários nem se enaltece a do Legislativo, mas fato é que essas funções não se confundem em um ambiente republicano, constitucional e democrático.

Não obstante a crítica subjacente à necessidade da própria existência do instituto das súmulas vinculantes em si, que se reforça no presente trabalho, o fato é que no atual ordenamento jurídico brasileiro as súmulas vinculantes ocupam espaço de

grande importância e, concordemos ou não, funcionam como norte para decisões administrativas e judiciais e até mesmo na formulação de leis, configurando ponto de apoio central na argumentação de várias sentenças e acórdãos adquirindo, no curso das lides e dos diálogos interpretativos do turbilhão dos projetos de vida, cada vez mais "força normativa".

2 Súmula Vinculante enquanto Norma Jurídica: Relação entre Princípios e Regras Jurídicas

Como dito em momento anterior, o ponto de maior crítica à súmula vinculante é o seu resultado de "força normativa" sendo este o aspecto mais emblemático e, na oportunidade, objeto deste artigo.

Referindo-se à norma jurídica, Kelsen (1998) conceitua-a como o enunciado que regula a conduta humana. Segundo o referido autor:

> O que as normas de um ordenamento regulam é sempre a conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável por normas. Os outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana – ou, como já notamos, apenas enquanto condição ou efeito de uma conduta humana. (KELSEN, 1998, p. 16).

A partir de Kelsen, pode-se perceber a norma como uma prescrição estabelecida que, quando não observada, sujeita o infrator a uma sanção. E, ainda segundo a teoria kelseniana, essa sujeição ocorre em virtude de a norma pertencer a um ordenamento jurídico, que possui, dentre outras, normas que outorgam competência a certos indivíduos para produzirem normas que por sua vez ditam o comportamento das pessoas, à qual o autor chama de Constituição.

Na esteira de como é tratado o tema acerca da existência e definição das normas jurídicas, pode-se concluir sinteticamente, para os fins do presente artigo, que é por meio das normas jurídicas que o Ordenamento Jurídico dita a conduta permitida, proibida e obrigatória em determinada comunidade, historicamente situada.

A partir desse amplo conceito de norma, pode-se dizer que não somente pela força vinculativa de seu enunciado, mas principalmente por serem um enunciado prescritivo de natureza eminentemente jurídica – na medida em que pertencem ao ordenamento jurídico –, as súmulas vinculantes podem, nesta linha de raciocínio, serem classificadas como normas jurídicas.

Assim, dentro do contexto da constitucionalidade da súmula vinculante e as dúvidas, por consequência, de sua existência materialmente válida enquanto inovação da ordem jurídica sem o devido processo legiferante, encontra-se o debate pós-positivista acerca da classificação das normas jurídicas entre regras e princípios, iniciado na doutrina clássica por Ronald Dworkin, com a obra *Levando os Direitos a Sério*[7], e, posteriormente, desenvolvido com as contribuições de Robert Alexy, dentre as quais destaca-se a *Teoria dos Direitos Fundamentais*.[8] Referido debate doutrinário situa-se, como dito, em um contexto de falência do método puramente subsuntivo e inaugurado pela nova hermenêutica constitucional, e as lições das mencionadas obras contribuem muito para a aqui pretensa análise discursiva do conteúdo trazido, em geral, pela temática das súmulas vinculantes.

Nessa direção, destaca-se que a percepção do estudioso do ordenamento jurídico como um sistema híbrido em termos de normas diferentes entre si, de aplicação e conteúdo diversos,

[7] DWORKIN, 2002.

[8] ALEXY, 2008.

e, nesse sentido, a valorização dos Princípios como possibilidades de maior efetividade aos direitos fundamentais, os quais, a seu turno, conferiram importância ao debate pós-positivista supramencionado, na qual a doutrina cuidou de apresentar definições quanto a regras e a princípios.[9]

Reconhecendo a importância da classificação normativa ofegada pela doutrina tradicional, principalmente no que concerne ao âmbito de aplicação das normas existentes e na tarefa argumentativa quando dessa aplicação, inevitável se faz a remissão aos estudos de classificação e importância das normas jurídicas.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 90)[10], *princípios* "[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]", sendo, portanto, mandados de otimização que podem ser cumpridos em graus diferentes, a depender do caso concreto e variável entre as inúmeras possibilidades fáticas e jurídicas variáveis e infinitas.

As *regras*, lado outro, são normas de caráter pretensamente definitivo, estabelecem condutas específicas a serem seguidas diante de pré-determinado contexto e, assim, "[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas".[11] Por serem mais específicas e determinarem condutas descritivas, a sua incidência se dá pelo método subsuntivo: subsunção da

[9] Como bem pontua Thomas Bustamante: "Entre outras razões, essa classificação é metodologicamente relevante porque implica uma diferença quanto ao modo de aplicação das duas classes de normas. Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a ponderação, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a subsunção." (BUSTAMANTE, 2010, p. 154).

[10] ALEXY, 2008, p. 90.

[11] ALEXY, 2008. p. 92.

situação, do caso concreto, à regra. A seu turno, os princípios são aplicados por um método ponderativo, no qual certos aspectos são ponderados conduzindo a melhor aplicação de determinado princípio ao caso.

Em um sistema jurídico complexo, tal qual é o brasileiro, coexistem, em uma perspectiva hermenêutica e pragmática na interpretação do Direito, regras e princípios, sendo aquelas primeiras as normas definidoras de condutas específicas, e os princípios como fins a serem cumpridos em intensidade variável.

No contexto de uma classificação normativa racionalizada, Alexy ainda defende a interdependência[12] entre regras e princípios na medida em que vincula a teoria dos princípios ao discurso prático: regra é resultado de uma opção legislativa de uma ponderação de princípios que estão por trás de seu enunciado e são responsáveis por, em seu conteúdo determinante, conferir maior eficácia aos fins de determinado princípio. Por sua vez, os princípios quando colidentes podem ser resolvidos por meio de regras que estabeleçam soluções prioritárias em seu conteúdo. Tem-se, portanto, que o ordenamento jurídico tem como uma de suas características a coexistência interdependente de regras e princípios.

Feita essa brevíssima introdução a partir das lições da doutrina clássica a respeito da existência e definição de regras e princípios enquanto espécies normativas, passa-se a analisar a dimensão normativa das súmulas vinculantes, considerando a possibilidade de serem consideradas princípios ou regras e em que medida essa classificação normativa auxilia na verificação da legitimidade do seu enunciado com efeito vinculante.

[12] Segundo Thomas Bustamante, essa interdependência se assemelha a relação de precisão entre as normas diretamente estatuídas na Constituição e as normas adscritas, medida em que as primeiras conferem fundamento de legitimidade as segundas, e essas, por sua vez, garantem maior aplicabilidade e efetividade das primeiras. (BUSTAMANTE, 2010, p. 155).

3 Dimensão Normativa das Súmulas Vinculantes e o Caso Paradigmático do Enunciado da Súmula n. 13

De acordo com o artigo 103-A da Constituição, as súmulas têm efeito vinculante para os poderes judiciário e executivo e demais órgãos da Administração Pública direta e indireta, de todos os níveis federativos. Em verdade, vê-se que a todos a súmula obriga, pois, sabendo serem vinculantes para os referidos poderes, todos, na hipótese e *a priori*, procurarão desenvolver suas atividades em obediência aos conteúdos sumulares, por compreender que sua violação poderá ocasionar discussões a serem levadas a debate perante os órgãos judiciais e, por vezes, a imposição de sanções.[13] Esse caráter geral nada mais é do que a principal característica das súmulas para conferir-lhes *status* de norma, como já anteriormente mencionado, com destinatário geral e, a princípio, indefinido, à exceção do poder legislativo, cuja atividade se encaixa no equilíbrio moldado pelo princípio republicano da separação das funções estatais.

Sabe-se que, quanto à hipótese de incidência, as normas são classificadas como abstratas ou concretas (BOBBIO, 1999). São concretas aquelas normas que se referem em sua hipótese de incidência a uma situação concreta, histórica e específica. São abstratas, por sua vez, as normas que se referem às hipóteses, e não a fatos concretos (BOBBIO, 1999, p. 27).

[13] Interessante, neste aspecto, os estágios de Kohlberg, que refletem as razões pelas quais a comunidade segue regras, mencionado por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (KOHLBERG apud CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 84-86). Segundo os autores que citam Kohlberg, o positivismo estaria no estágio 4 da fase Convencional (na qual o comportamento correto consiste em cumprir um dever e manter a ordem social), enquanto a teoria de Dworkin pressupõe o estágio 6, Pós-Convencional (a orientação se dá pelo reconhecimento de princípios éticos universais).

De acordo com a previsão constitucional do artigo 103-A, a súmula aplica-se à hipótese de ocorrer controvérsia atual a respeito de validade, interpretação ou eficácia de normas[14], entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos relativos a questão idêntica, para usar a linguagem da Constituição. Prevê, portanto, a uniformização de debate acerca de questão hipotética de largo alcance de controvérsia entre normas e não apenas visa a solucionar uma controvérsia concreta entre norma determinada (no singular), sendo, assim, por seu impacto, verdadeiro resultado do controle de constitucionalidade concentrado. Logo, a princípio, em razão do maior arco discursivo que se quer alcançar, as súmulas são prescrições abstratas aplicando-se a todas as situações futuras que estiverem em sua hipótese de incidência.

Por meio da classificação normativa pelo critério da generalidade, considerando a pretensão de largo horizonte hermenêutico de abstração inicial, seria possível enquadrar as súmulas vinculantes como normas do tipo princípio. No entanto, à vista da própria teoria de Alexy[15], o critério de generalidade não é suficiente para a classificação normativa proposta por ele, que deixa claro em suas lições que o ponto nuclear da diferença entre regras e princípios tem como ponto central o contexto de aplicação. Assim, enquanto princípio, a aplicação se dá no âmbito da ponderação, e as regras, no da subsunção.

[14] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[15] Acerca de regras e princípios e a teoria da colisão na já mencionada obra (ALEXY, 2008).

Essa insuficiência do critério da generalidade (abstração ou concretude) e a questão da aplicação remetem a uma necessidade de analisar o conteúdo de cada súmula vinculante, não sendo possível, portanto, uma classificação uníssona que se enquadre apenas ou como princípios ou como regras.

Entende-se como mais acertado, no sentido de oferecer uma tentativa classificatória, que seja apreciado o *conteúdo* trazido pela redação da súmula, considerando a direção de seu enunciado, os termos utilizados e o contexto de incidência que procura determinar, e, caso haja uma *prescrição de conduta*, com hipótese de incidência e resultado específico, estar-se-á diante de uma *regra*.

Parece ser perfeitamente possível, portanto, adotar-se o raciocínio segundo o qual as súmulas vinculantes podem se comportar ora como princípio, ora como regra. Como exemplo paradigmático, veja-se o enunciado da Súmula n. 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, *verbis*:

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Na esteira do pensamento anteriormente construído, e à vista do texto da Súmula n. 13, parece não haver necessidade de muito esforço hermenêutico para perceber que as súmulas vinculantes podem se comportar ora como regras ora como princípios, dependendo de seu conteúdo. A partir da leitura da súmula supracolacionada, pode-se dizer que o seu conteúdo diz respeito a uma determinação de *conduta* tida como proibida,

específica, de âmbito de incidência determinado, qual seja, a nomeação de parentes para o exercício de cargo em comissão ou de confiança. Perfeitamente plausível a ideia do enquadramento da Súmula Vinculante 13 como regra, portanto.

Entretanto, é perceptível que o conteúdo da referida súmula revela uma ponderação prévia entre normas constitucionais, quais sejam: o princípio da moralidade expressamente previsto no artigo 37, da Constituição Brasileira de 1988, caput (moralidade *latu sensu*) e a regra constitucional escrita pelo mesmo artigo 37 que, no inciso II, permite a livre nomeação de cargo em comissão, hipótese a ser determinada pela Lei, ainda inexistente. Pela edição da súmula, observa-se como resultado uma tentativa de ponderação a partir da prevalência do princípio da moralidade, concebido genericamente na sua própria condição de princípio.

Atualmente, a legislação brasileira, em seu artigo constitucional 37, II, faz menção aos cargos de livre nomeação e exoneração, reconhecendo a existência, e, portanto, juridicidade, das indicações aos cargos em comissão. No entanto, em que pese o dispositivo, não há qualquer outra norma a respeito do assunto, limitando ou restringindo a conduta do administrador na nomeação dos referidos cargos. E, ressalte-se, a matéria é única e exclusivamente de Lei, nos termos claros do aludido dispositivo constitucional. É neste ponto que reside o grave vício formal de que sofre a Súmula Vinculante n. 13.

O que existe, de maneira a tentar colmatar a lacuna legislativa e em um ato que foge aos padrões que consagram as democracias republicanas, que é o Princípio da Separação e Independência dos Poderes (art. 2º, da Constituição brasileira), é a Súmula Vinculante 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que, de maneira genérica e em uma atividade nitidamente legiferante (e, portanto, atípica), cuidou de vedar:

> [...] a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A ausência de norma legal a regular os dispositivos constitucionais aplicáveis aos ocupantes dos cargos em comissão (art. 37, e incisos retro indicados) e a imperatividade que sobressai da vinculatividade do posicionamento do STF leva ao questionamento de qual seria o exato âmbito de aplicação do enunciado sumular, uma vez que a proibição precede a própria definição do nepotismo (que, a rigor, não existe).

Não obstante a impossibilidade de vincular todas as situações de incidência do caso concreto ao conteúdo da súmula, como explicitado anteriormente, ressalte-se que a ponderação trazida pela súmula vinculante 13 evidencia a incoerência lógico-normativa do instituto da súmula vinculante em geral, pois a regra constitucional do artigo 37, II, é clara no sentido de dizer que apenas a Lei pode limitar a nomeação para cargos em comissão e, até que isso seja feito, esse ato de nomeação é livre e constitucionalmente válido, nos limites aqui expostos.

Mais do que uma tentativa de colmatar suposta anomia normativa, aludida súmula vinculante limita essa liberdade de atuação da administração pública, sem, contudo, ser derivada da exigência de aplicabilidade de dois princípios de ordem constitucional, o Princípio de Reserva de Lei e o Princípio do Devido Processo Legislativo.

Não se ignora, de maneira alguma, os contornos constitucionais aplicáveis à hipótese, e muito menos que os limites a essa liberdade estão delineados pelos próprios princípios enunciados pelo caput do artigo 37, dentre eles o da moralidade

e impessoalidade, de observância obrigatória. Entretanto, a tarefa de aplicação dos princípios, principalmente quando dizem respeito à possibilidade de se enquadrar em norma de eficácia contida as situações que podem resultar em cercear ou afastar a aplicação de regra constitucional já existente (tal como a contida no artigo 37, inciso II da Constituição), deve ser realizada da maneira mais racional e consistente possível, contando com a árdua tarefa do ônus argumentativo para justificar a opção pela prevalência de um ou outro, sempre levando em conta a sistematicidade do ordenamento jurídico, considerando, ainda, a força normativa da Constituição.

Sabe-se, como dito em momento anterior, que o Devido Processo Legal formata a atividade dos órgãos judiciários na aplicação do Direito, em procedimento moldado pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que resultam na interpretação discursivamente democrática das normas. No entanto, ao proferir um ato decisório cujo cenário representa conflito (*latu sensu*) entre normas e, mais, de efeito vinculante tal como é o caso das súmulas ora em estudo, o Supremo Tribunal Federal exerce uma tarefa igualmente ponderativa a qual, a seu turno, necessariamente atrai o ônus argumentativo em sua pretensão de consistência e logicidade sistemático-normativa, requisitos de controle do ato decisório para que evite sua transfiguração em arbitrário como, aliás, exige o princípio da fundamentação das decisões definido pelo inciso IX, do artigo 93, da Constituição Brasileira.

No entanto, em linha contrária ao que foi exposto anteriormente, percebe-se que, por vezes, na edição de súmulas vinculantes, não há essa preocupação de justificação ou de apresentação dos critérios que nortearam a ponderação exercida, não havendo a explicitação de razões pelas quais se afasta este ou aquele princípio ou regra, quando da criação de determinado enunciado. Esse ônus argumentativo às vezes se coloca quando

do julgamento de determinado caso, criador de um julgado que mais tarde será utilizado em casos futuros, sem considerar, contudo, que as peculiaridades do caso concreto – possibilidades fáticas e jurídicas – podem ser extremamente variáveis e, portanto, conduzir a soluções diferentes. Assim, a argumentação utilizada para justificar a ponderação entre normas realizada em uma situação determinada, não necessariamente pode ser utilizada em outra situação, ainda que semelhante.

Tem-se, portanto, grave problema jurídico que macula a pretensa constitucionalidade do instituto jurídico ora em exame: as súmulas vinculantes gozam de um *status* de norma, se comportando ora como princípio, ora como regra, mas são, conforme a tese defendida neste artigo, decisões que refletem uma ponderação prévia, as quais nem sempre contam com a justificação argumentativa na construção da referida atividade ponderativa, na linha de entendimento esposada pela teoria de Robert Alexy e acabam gravitando no ordenamento jurídico desconectadas contextualmente de regras e princípios já existentes e, pior, engessando situações futuras pretensamente semelhantes sem o crivo do Devido Processo Legislativo, uma exigência inafastável da Democracia.

Considerações Finais

O Estado Constitucional e de Direito, concebido como Democrático e Republicano, não comporta tentativas de usurpação de funções entre os órgãos que compõem as funções estatais, moldadas pelo pilar da Soberania Popular. Essa determinação constitucional se dá por um respeito necessário ao princípio da Legalidade e da Reserva Legal, sustentadores da Separação das Funções Estatais, considerando a sistematicidade emanada da Constituição Brasileira de 1988.

No entanto, o instituto da súmula vinculante, ainda que com devida previsão legal, vem obtendo no mundo jurídico brasileiro foros de aceitabilidade no sentido de ter caráter coercitivo (parágrafo 3º, do artigo 103-A, da Constituição) sem, contudo, fazer parte do rol previsto no artigo 59 da Ordem Constitucional de 1988, estabelecendo paradoxalmente parâmetros de condutas e obrigações, o que cria um antagonismo inconsistente com os fundamentos desejados pela Comunidade Jurídica, estruturados no mencionado Projeto Constitucional, qual seja, a de um Direito e de um Estado Democrático. A problemática ora exposta é a resultante das preocupações que emergem a partir do contexto alinhavado ao longo do presente artigo, cogitações que ultrapassam, em certa medida, a crítica pura e simples ao instituto das súmulas vinculantes.

Considerando o contexto jurídico do pós-positivismo, marcado pela superação de um ordenamento jurídico desprovido de preocupações sociais, de fragilidade da racionalidade comprovada com o final da 2ª Guerra Mundial e consequente reconhecimento da formulação teórica da existência de normas diferentes entre si – seja pelo método de aplicação, seja pela hipótese de incidência de seu conteúdo –, a discussão acerca da classificação normativa entre regras e princípios se faz bastante útil e atual, principalmente no tocante à justificação de decisões e à tarefa interpretativa dos juristas.

Nesse cenário, a existência das súmulas vinculantes, enquanto decisão e tarefa interpretativa, enunciados editados pelo Supremo Tribunal Federal com força normativa e, portanto, obrigatórias, chamam atenção pela importância adquirida no ordenamento jurídico brasileiro por dois principais motivos: (a) a representação do desvio da função republicanamente típica legislativa, praticada pelo Judiciário (o que suscita preocupações de ordem de Legitimidade) e (b) a indefinição de conteúdo, ora

se comportando as súmulas como princípio, ora se comportando como regra e resultando, por vezes, numa ponderação prévia exercida no momento da atividade decisória sem, contudo, oferecer-se a devida argumentação.

Assim, tem-se a criação de enunciados verdadeiramente com peso de Lei sem, contudo, contarem com o crivo do Devido Processo Legislativo e da aprovação popular (e é disso que se fala, afinal, em uma Democracia), em clara afronta aos princípios da reserva legal e da separação das funções estatais. Não fosse suficiente a fragilidade constitucional na sua própria existência, no sentido definido por Otto Bachof, a súmula vinculante ainda representa a uniformização de entendimento resultante de uma ponderação prévia entre normas que podem se comportar de maneira diferente em outras situações não necessariamente congêneres, gerando o efeito contrário ao pretendido em termos de segurança jurídica e, por outro lado, em tentativa de se justificar como uma suposta solução para alcance da economia e celeridade processual.

Conquanto não seja usual colacionar-se excerto doutrinário no capítulo destinado às considerações finais, pede-se licença à técnica para trazer a posição de Lênio Streck exatamente a respeito da hipótese aqui alinhavada:

> Com o passar dos anos, transitou em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Esquece-se com isto, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não serão resolvidos mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas. (STRECK, 2005, p. 102-103)

Sabe-se que o problema da constitucionalidade das súmulas vinculantes conta com bastante resistência na doutrina brasileira devido ao permissivo constitucional introduzido em 2004, que confere ao STF a competência para, literalmente, fazer as vezes de legislador (como também, em outro título paradigmático, o conteúdo da Súmula nº 11).

No entanto, mais grave é o problema prático trazido pela aplicação do instituto da súmula vinculante visualizado com o apoio da doutrina clássica de Robert Alexy, isto é, a ausência de argumentação na ponderação que se opera por ocasião da formulação do conteúdo normativo sumular, impondo uma escolha acerca de uma dada interpretação das normas constitucionais que é de observância obrigatória mas que, repita-se, não necessariamente se aplica a todas as situações como no caso da Súmula Vinculante 13, particularmente estudada neste artigo. Esse aspecto prático, que aqui se procura evidenciar como um vício decorrente da aplicação do instituto – e, sobretudo, pela inobservância do Devido Processo Legislativo – parece ultrapassar a mera violação aos princípios do Estado Democrático de Direito e se alinha à corrente teórica que defende a inconstitucionalidade das súmulas vinculantes.

Referências

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 13 de 2008*. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:* a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CORRÊA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, p. 153-160, abr./jun. 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Súmula Vinculante ou súmula degradante?. *Prática Jurídica*. Brasília, n. 94, p. 5-13, jan. 2010.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: SUMMERS, Robert (Ed.). *Essays in Legal Philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968, p. 38-65.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 739, p. 11-42, maio 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. As Súmulas Vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 106/107, p. 267-285, jan./dez. 2011/2012.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense*, São Paulo, v. 327, p. 37-42, 1990.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/193>. Acesso em: 31 jul. 2014.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro:* eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, p. 83-128, 2005.

Submissão: 25/09/2014
Aceito para Publicação: 18/12/2014

Independência do Judiciário na Moderna Sociedade de Massas

Independence of the Judicial Branch in the Modern Mass Society

Wilson Maingué Neto*

Resumo: Como solução para a morosidade do Poder Judiciário, especialmente quando ocorrem conflitos inerentes à sociedade de massas, aventam-se frequentemente soluções que lhe retiram a independência. Esta independência consubstancia-se em uma garantia do Estado Democrático de Direito e deve de qualquer forma ser preservada, pois sem ela inviabiliza-se a própria prestação jurisdicional livre de pressões. Contudo, o impasse surge quando se vê que esta independência dá liberdade de julgamento aos magistrados. A partir desta liberdade, proliferam múltiplos entendimentos jurisprudenciais e prodigalizam-se os recursos às instâncias superiores. Como solução, sugere-se a utilização de tribunais administrativos e agências reguladoras para julgamento dos conflitos de massa e a manutenção da independência do Poder Judiciário para o julgamento dos tipos de conflitos surgidos anteriormente a esta sociedade.

Palavras-chave: Independência do Judiciário. Sociedade de Massas. Agências Reguladoras. Tribunais Administrativos.

Abstract: As a solution to the slow pace of the Judiciary Branch, especially when there are conflicts inherent to mass society, usually are suggested solutions that take its independence away. This independence constitutes a guarantee of the democratic rule of law and should at any rate be preserved, for without it, it is made unfeasible

* Mestrando na Instituição Toledo de Ensino, ITE-Bauru-SP. Especialista em em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Procurador do estado do Mato Grosso do Sul.

a free of pressures judicial decision itself. However, a troublesome situation arises when one sees that this independence gives freedom of decision for the judges. From this freedom, proliferate multiple case law understandings and are banalized the appeals to higher courts. As a solution, we suggest the use of administrative courts and regulatory agencies for the adjudication of mass conflicts and the maintenance of judiciary independence for the adjudication of the sorts of conflicts that appeared previously to this society.

Keywords: Independence of the Judicial Branch. Mass Society. Regulatory Agencies. Administrative Courts.

Introdução

Este texto tem como objetivo examinar os lindes da independência do Poder Judiciário na Moderna Sociedade de Massas. Começa-se explicando a importância desta independência como garantia do Estado Democrático de Direito. Em seguida, explica-se que a função da jurisdição é fazer justiça pela sintonia fina da lei. Isto ocorre quando a jurisdição desiguala os desiguais e faz pequenas modificações no conteúdo da lei para que ela fique mais justa, abrandando ou tornando-a mais rigorosa.

Contudo, o risco da independência do Judiciário é a proliferação de entendimentos na sociedade de massas, causando insegurança jurídica. Apesar disso, defende-se no texto que retirar a independência do Judiciário não é solução para a multiplicação de entendimentos. Isso porque, para conflitos anteriores à sociedade de massas, não se deve buscar a universalização de entendimentos.

O método adequado para lidar com os conflitos oriundos da sociedade de massas é o cometimento da tarefa de resolvê-los às agências reguladoras e aos tribunais administrativos, afastando-se os tribunais jurisdicionais. Neste artigo apresentam-se

várias vantagens desta solução e, por fim, conclui-se com a defesa de sua constitucionalidade, mesmo em face dos óbices do artigo 5º, incisos XXXV e LXIX e das supostas vantagens da ação civil pública.

1 Independência do Judiciário como Garantia do Estado Democrático de Direito

A independência do Poder Judiciário é uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito. Sem ela não existe nem democracia nem Estado de Direito. Para que haja democracia, é necessário que haja participação e/ou representatividade dos cidadãos na formação do Direito Positivo e que os Poderes Constituídos sejam limitados pelos direitos fundamentais[1]. Para que haja Estado de Direito, é preciso que os particulares e, especialmente, as autoridades estatais, sejam eles quais forem e ocupem a posição hierárquica que forem, estejam abaixo do Direito, em síntese, um governo do Direito e não dos homens, um governo em que há a concessão de direitos oponíveis contra o Estado e com isso se consegue a adequada contenção do arbítrio dos detentores do poder[2].

Nesse sentido, o Poder Judiciário é uma instituição vital para a democracia e para o Estado de Direito. Para a democracia, porque é por meio da jurisdição, sua função típica de dizer o direito no caso concreto para resolver conflito entre sujeitos de direito com cunho de substitutividade e imparcialidade por uma decisão com eficácia imutável[3], que os poderes constituí-

---

1 TOURAINE, Alain. *O que é Democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. 286 p.

2 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa:* um Estudo sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

3 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 80.

dos são instados ao cumprimento dos direitos fundamentais. E também porque é função do Poder Judiciário garantir que sejam respeitadas as regras do processo democrático. Em síntese, como guardião[4] de uma constituição democrática, o judiciário vela pelo respeito às regras constitucionais que garantem o processo político e eleitoral democrático, seja por meio do contencioso eleitoral, seja por meio do devido processo legislativo.

Já para o Estado de Direito, a importância do Poder Judiciário decorre do fato de que é por meio da jurisdição que se reafirma o primado do direito sobre o intento de primazia da vontade do indivíduo. Todo poder político, social e econômico que desborde dos lindes do Direito pode e deve ser reconduzido a estes limites pelo Poder Judiciário por meio de sua jurisdição.

Vê-se logo que para proteger a Democracia e o Estado de Direito deve-se proteger a jurisdição e isso se faz por meio de garantias[5] que são concedidas ao Poder Judiciário enquanto Poder e aos magistrados individualmente enquanto membros deste. Sucintamente, essas garantias dadas aos magistrados são a vitaliciedade – ligação do magistrado a seu cargo somente podendo perdê-lo por sentença judicial (art. 95, I da CF 88) – inamovibilidade – impossibilidade de remoção do magistrado de um lugar para outro sem seu consentimento (art. 95, II da CF 88) – e irredutibilidade de vencimentos (art. 95, III da CF 88), além dos impedimentos (art. 95 § único). Por certo que essas garantias se constituem em prerrogativas que são concedidas não em benefício dos juízes como pessoas naturais, mas para que melhor possam exercer o seu mister, justamente em razão desta função que lhes é acometida.

---

[4] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 159-160.

[5] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 158-162.

Assim, estas prerrogativas devem ser vistas como um poder-dever[6], vez que o titular não lhes pode renunciar. Se o titular da prerrogativa a detém, isso não é um privilégio, é um direito que pode exercer para o bom desempenho de seu *munus* público com a justificativa em seu poder-dever. Este conjunto de prerrogativas dos magistrados serve, então, para garantir-lhes a imparcialidade e a independência nos julgamentos. Para que esses sejam livres no realizar de suas funções de quaisquer pressões, decidindo apenas com vistas à lei e à sua própria consciência.

Portanto, não só para a garantia da democracia e do Estado de Direito, mas também para efetivação da justiça se faz necessária a independência do Poder Judiciário e dos magistrados. Essa justiça é conseguida pelo respeito aos princípios processuais, sendo que todos podem ser resumidos no princípio do devido processo legal[7], do qual decorrem tanto os princípios constitucionais como os infraconstitucionais do processo. Não se farão aqui maiores divagações a respeito desses princípios, até porque isso escaparia aos lindes deste estudo, mas se e quando houver necessidade, serão examinados, aqui e ali, tais princípios atinentes.

No que diz respeito ao princípio do devido processo legal, este divide-se[8] em devido processo legal material e formal. Este último exige que seja respeitado o procedimento previsto em lei para prolação da sentença. Aquele primeiro afirma que a lei não pode ter qualquer conteúdo. É uma limitação ao legislador, de modo que leis arbitrárias que inviabilizem um

---

[6] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-72.

[7] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 43.

[8] MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011. p. 125-127.

bom julgamento são proibidas. Assim, o devido processo legal material demanda órgãos jurisdicionais e ritos procedimentais razoáveis, a saber, adequados, necessários e estritamente proporcionais. Quanto aos órgãos jurisdicionais razoáveis, deve-se dizer que eles devem justamente ser independentes e dotados das garantias anteriormente referidas e informa-se que a seguir far-se-ão outras considerações mais minudenciadas. Quanto aos ritos procedimentais, aqui não se irá analisar, pois refugiria ao âmbito deste artigo.

Além disso, explique-se que no Brasil vigora o sistema da persuasão racional do juiz, o que só confirma sua independência relativa. Consigne-se que houve, na história do direito processual do mundo, basicamente três sistemas de avaliação da prova: o sistema da 'prova legal', o da 'persuasão racional' e o do 'livre convencimento'. Esclarecem Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes[9] que, no primeiro sistema, o juiz nada pode fazer quanto à avaliação das provas, estas já estão previamente pontuadas pelo legislador que lhes atribuiu um valor específico para cada uma delas, de modo que, mecanicamente, o juiz apenas confere as provas produzidas e somando seus valores, emite sua sentença. Já no terceiro sistema, o juiz tem ampla liberdade de julgamento, estando livre, inclusive, de observar certas regras lógicas e máximas de experiência comum, podendo formar sua convicção exclusivamente com base na intuição não demonstrável. Contudo, o que vigora no Brasil é o segundo sistema, no qual o juiz não está limitado por provas tabeladas pela lei, mas também não pode usar sua intuição, devendo seguir regras lógicas e máximas de experiência e motivar sua sentença com base nas provas.

[9] SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 296-301.

Dito tudo isso, conclui-se que os magistrados brasileiros desfrutam de grande liberdade de julgamento e que isso é excelente. Trata-se de uma conquista jurídico-política que deve ser preservada de qualquer forma.

2 Função da Jurisdição é fazer Justiça pela Sintonia Fina da Lei

Além disso, esta independência da magistratura tem ainda a grande vantagem de permitir fazer justiça no caso concreto.

Isto se dá pela consideração pelo magistrado de fatos não previstos na lei. Estes quando relevantes para que o magistrado forme seu convencimento e faça justiça – diga-se de passagem – podem ser objeto da jurisdição. A função da jurisdição é, portanto, não apenas de aplicar a lei, como demandaria por exemplo o sistema da prova legal, mas fazer justiça[10], por meio de uma atividade de sintonia fina da lei, adequando a lei ao caso concreto, considerando certas circunstâncias de fato que não foram referidas pelo legislador[11], mas que são importantes para o julgamento do caso concreto e que muito provavelmente teriam sido referidas pelo legislador se este pudesse prever todas as circunstâncias fáticas importantes para o julgamento justo.

Aqui surge uma discussão importante relacionada aos limites desta atividade criativa do magistrado e o ativismo judicial[12]. Contudo, esta discussão é extremamente ampla e complexa, não sendo objeto deste artigo.

[10] DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1989. p. 295.

[11] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia* – O Paradigma Racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 272.

[12] URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional.* Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012. p. 87-106.

Diz-se apenas que, em princípio, o magistrado não poderia substituir-se[13] ao legislador, pois isso configuraria violação do princípio da separação dos poderes, mas poderia, sim, com parcimônia e dentro dos limites do princípio do devido processo legal material, fazer a atividade de sintonia fina da lei, especialmente quando estiver interpretando cláusulas abertas positivadas com conceitos vagos e ambíguos ou ainda na interpretação de princípios jurídicos e da equidade.

Também, em caso de lacuna do Ordenamento Jurídico, o juiz como intérprete da lei, agindo como se um procurador do legislador fosse, buscando dar concretude e atualidade aos intentos do legislador, seguindo a finalidade e o espírito da lei e os princípios jurídicos, deve, sem arroubos criativos e com parcimônia, colmatar as lacunas existentes do sistema jurídico.

3 Proliferação de Entendimentos na Sociedade de Massas e Insegurança Jurídica

O problema todo, justamente, é que dada a complexidade da vida moderna da sociedade de massas fica mais difícil regular a vida social e muitas lacunas surgem diariamente, além de que a legislação cada vez mais tem sua normatividade rareada com o aumento explosivo dos conceitos jurídicos indeterminados previstos em cláusulas abertas de linguagem vaga e ambígua. Isso certamente fortalece o Poder Judiciário por tornar mais necessária a jurisdição[14].

---

[13] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 214.

[14] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia* – O Paradigma Racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 274.

É neste ambiente de aumento de incerteza jurídica, causada por uma legislação menos clara e pela constitucionalização[15] do Ordenamento Jurídico, especialmente tendo-se em vista a constituição brasileira – extremamente analítica, prodigiosa em direitos, princípios e conceitos jurídicos indeterminados – que o debate acerca da independência do Poder Judiciário ganha relevo.

Isto se dá devido a ideias como súmulas vinculantes, efeitos vinculantes de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade e vinculação dos magistrados aos precedentes[16] jurisprudenciais.

De todo modo, a sociedade de massas, por meio tanto do cidadão comum como dos agentes econômicos e de outros grupos organizados, tem reclamado da insegurança jurídica causada por uma jurisprudência lotérica[17].

Essa jurisprudência ocorre devido à existência de um grande número de órgãos jurisdicionais independentes, escalonados em vários graus e instâncias de revisão, além de um número muito grande de varas de primeiro grau, algumas delas com mais de um juiz. Assim, o que se vê na prática é que os entendimentos jurisprudenciais mudam de Vara para Vara, de Tribunal para Tribunal e, muitas vezes, dentro de um mesmo Tribunal, de uma mesma Vara, ou ainda, dentro do gabinete de um mesmo juiz, conforme a decisão tenha sido escrita por um ou outro assessor do magistrado.

Infelizmente, deve-se admitir que esta falta de uniformidade da jurisprudência é um problema real, especialmente numa

[15] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 16-21.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 181.

[17] CAMBI, Eduardo. "Jurisprudência Lotérica". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

sociedade de massas. Isso porque ela gera insegurança jurídica e os jurisdicionados não sabem como pautar suas condutas.

Afora que, a mudança constante no Ordenamento Jurídico sem qualquer previsibilidade é simplesmente inaceitável. Além de gerar injustiça e insegurança, leva à perda pelos cidadãos, de forma arbitrária, de direitos que tinham a justa expectativa de possuir, com a derrocada do Estado de Direito. Imagine-se uma guinada na jurisprudência de um tribunal que num primeiro momento aceitava como lícito dado comportamento, induzindo-o.

Nesse caso, cidadãos, inclusive orientados por esta jurisprudência, poderiam pautar sua conduta por esse entendimento. Em seguida, quando levados ao mesmo tribunal para discutir sua conduta, ocorrida entre o firmamento da jurisprudência pelo tribunal e seu julgamento, são informados, somente no momento de seu próprio julgamento, quando não mais podem mudar suas condutas, que o comportamento antes tido por lícito, agora será considerado ilícito e punido pelo tribunal. Isso seria uma clara violação da segurança jurídica com a retroatividade do entendimento mais draconiano.

Outro problema da desuniformidade jurisprudencial é o imperativo da justiça. As decisões desiguais ferem a isonomia[18], de modo que, pessoas com os mesmos direitos são tratadas de modo desigual. Com isso, a injustiça prospera, perdendo a jurisdição seu próprio motivo de ser.

Além disso, a multiplicação de entendimentos, pela insegurança que gera, faz com que as relações jurídicas se tornem mais conflitivas, com menor paz social, sendo que muitos terão que ajuizar uma demanda judicial para pôr fim à incerteza. Corre-se ainda o risco de ações que seriam tidas por absurdas pela baixíssima probabilidade de êxito surgirem nos tribunais.

[18] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 141.

Assim, a falta de uniformidade, especialmente se muito alta, pode aumentar[19] o número de processos. Pode também incentivar a prodigalidade recursal, o que faz com que os processos já longos, durem ainda mais.

De todo modo, parece atualmente majoritário o entendimento de que algo deve ser feito contra a jurisprudência lotérica e que ela é insustentável juridicamente.

4 Retirar a Independência do Judiciário não é Solução para a Multiplicação de Entendimentos

A solução adequada para a falta de uniformidade jurisprudencial, contudo, não está clara, mas o que se nota é um viés autoritário, no sentido de coartar a independência da magistratura.

Contudo, esta não parece ser a solução.

Isso porque, muitas vezes, o que move os defensores de certas soluções para a desuniformidade de entendimentos não é tanto a resolução da insegurança jurídica, a falta de isonomia ou os outros problemas anteriormente referidos, mas a tentativa de reduzir o trabalho da magistratura superior.

Contudo, o possível efeito colateral destas soluções é que os problemas podem ser amplificados ao invés de serem resolvidos. Pode-se atingir um resultado paradoxal pelo aumento do número de recursos.

Isso porque soluções para a redução de recursos, sem atentar-se para seus motivos ou para os problemas por eles gerados, apenas retiram da magistratura inferior a possibilidade de fazer a sintonia fina da lei.

---

[19] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 180.

Nesse caso, a injustiça só pode aumentar, pois pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente e soluções que defendem julgamentos de recursos em série, sem que se faça a adequada triagem dos jurisdicionados iguais e dos desiguais, só podem resultar em injustiça. Além disso, implicarão o cerceamento e mesmo na aniquilação total da independência da magistratura inferior. Discordando, no entanto, desta posição, tem-se a prestigiosa obra[20] de Luiz Guilherme Marinoni que considera imprescindível retirar do juiz a possibilidade de interpretação pessoal da lei.

As tentativas de desafogamento do judiciário por julgamentos em série, sem atentar para a sua essência e missão, só servem para o desprestígio do Poder Judiciário. Esses julgamentos são a denegação da justiça e causam tanta insegurança jurídica e violação da isonomia quanto os julgamentos com entendimentos divergentes.

Veja-se o que aconteceria se alguém que tivesse um caso que devesse ser julgado diferentemente tivesse seu recurso julgado conjuntamente com outros e recebesse a mesma solução jurídica. O jurisdicionado seria obrigado a recorrer[21] mais uma vez, talvez usando expedientes criativos e/ou de interposição

[20] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 204-205.

[21] Nesse sentido, diga-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil busca equivocadamente regular o incidente de recursos repetitivos e o incidente de demandas repetitivas. Diga-se ainda que este equívoco já está regulamentado no CPC vigente no art. 543-B para o caso de recurso extraordinário, sendo que ali se encontra a previsão do efeito regressivo (art. 543-B § 1º) do recurso extraordinário como suposta solução jurídica para o recorrente demonstrar que seu recurso é díspare dos que estão sendo julgados, o que é absolutamente insuficiente para resolver o problema, gerando em seguida uma bola de neve recursal, às vezes obrigando a parte ao uso de expedientes criativos e caros para obter tal resultado. No caso do recurso especial, os artigos correspondentes são 543-C e 543-C § 1º do CPC. A respeito do assunto, ver WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3. p. 235.

tecnicamente mais custosa e complexa como mandado de segurança contra ato judicial, reclamação, correição parcial, medida cautelar inominada e mesmo ação rescisória, querella nulitatis etc.

Enfim, isso implicaria a burocratização desnecessária do acesso à justiça com aumento do tempo do processo e do seu custo. Nesse caso, a justiça acabaria, desta feita, menos acessível, mais socialmente excludente, cara e injusta.

Portanto, seria um equívoco já bastante conhecido. Quando da discussão acerca da aprovação do CPC de 1973, pretendia-se acabar com a recorribilidade das interlocutórias. Percebeu-se que a extinção do agravo de instrumento faria proliferar os mandados de segurança contra ato judicial, o que fez os então redatores[22] do Código a voltarem atrás. Agora, indo-se na contramão da história e desconhecendo-se suas lições, busca-se retirar das partes recursos justos e necessários, que servem para elas provarem que seus casos são diversos dos outros tantos que estão sendo julgados conjuntamente.

Ou seja, ao se proibirem recursos, ganha-se um número igual de outros meios de impugnação de decisões judiciais sem qualquer solução para os problemas de: injustiça, insegurança jurídica, falta de isonomia, morosidade, litisiosidade desenfreada, burocracia e prodigalidade recursal.

O resultado é já previsível: na tentativa de uniformizar-se a jurisprudência, nada será uniformizado, porque os tribunais inferiores continuarão independentes e tomando suas decisões de modo diverso das instâncias superiores, multiplicando-se os entendimentos e os recursos que não serão contidos. Às vezes isto se dará por pura rebeldia injustificada de magistrados inferiores que não querem aceitar a jurisprudência consolidada

[22] Nesse sentido, veja-se a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 na página 25.

nas instâncias superiores. E outras vezes, eles farão o que é correto: não aplicar a jurisprudência superior, pois o caso será realmente distinto dos que geraram a súmula, ou seja, estão fazendo justiça, não por meio da sintonia fina da lei, mas por meio da sintonia fina da súmula, sendo que justamente esta sintonia é a razão de ser da jurisdição.

Em síntese, com um viés autoritário, acaba-se aniquilando a independência judicial e a capacidade dos magistrados de fazer justiça, ou seja, a jurisdição perde sua finalidade, transformando-se em uma atividade mecânica.

5 Para Conflitos anteriores à Sociedade de Massas não se deve Buscar a Universalização de Entendimentos

Todavia, o problema permanece: a falta de uniformidade da jurisprudência.

A solução não pode comprometer a independência do magistrado de primeiro e de segundo grau. Sem a independência, os magistrados não podem exercer suas funções e são menos juízes. Assim, isso deve ser preservado, porque assim se protegem todos aqueles valores que já foram anteriormente referidos. Porém, continua uma disfunção: a multiplicidade de entendimentos com todos os demais problemas que inclusive ameaçam pelo menos em parte estes mesmos valores.

Assim, infelizmente, é forçoso admitir que situação ótima não há. Ou se desiste da independência da magistratura e com isso surge uma série de problemas, ou se mantém esta independência e outros problemas surgem. A solução parece ser a de manter a independência da magistratura, mas compreendendo sua missão, julgando cada caso como se fosse único.

Contudo, há que se sopesar que os conflitos da sociedade de massas são diversos daqueles que existiam antes

desta sociedade. Nessa, o indivíduo tem menos importância[23], o que interessa mesmo é a sua condição de pertencimento a um grupo. O valor está no grupo[24] ao qual ele pertence e não nele mesmo.

O problema é que o Poder Judiciário não foi concebido com este fim[25]. Suas origens romanas e mesmo sua moderna concepção iluminista tributária da Revolução francesa é individualista. A função do Poder Judiciário é a de adequar a lei ao caso concreto. Daí que não se pode conceber a jurisdição como atividade que serve para produção em série de sentenças.

A ideia de justiça industrializada em que todos são tratados de modo absolutamente uniforme por serem supostamente iguais está de acordo com a finalidade da lei que pretende ser geral e abstrata[26]. Portanto, uma é a finalidade da lei. Outra a da jurisdição. A lei busca igualar, atentando para as semelhanças. A jurisdição desigualar, atentando para as particularidades.

Pretender dar generalidade e abstração à jurisdição parece inadequado, porque esta não é sua essência nem sua missão. Além disso, implicaria violação do princípio da separação dos poderes, com a usurpação da função legislativa pelos tribunais. Implicaria também a aniquilação da independência da magistratura, o que é grave e perigoso para as instituições do Estado Democrático de Direito.

---

[23] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003. p. 26.

[24] SANDEL, Michael. *Justiça* – O que é fazer a coisa certa? 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 294.

[25] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada* – Teoria Geral das Ações Coletivas. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 8.

[26] CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p. 65.

Portanto, o Poder Judiciário deve continuar exercendo sua jurisdição aplicando a lei, criando a regra específica para o caso concreto, mas fazendo nela pequenos ajustes, sem desconsiderá-la nem pretender criar uma regra geral e abstrata supostamente mais justa que a lei que deve ser seguida por outros juízes e tribunais e mesmo pela Administração Pública e pelos particulares.

O magistrado, quando decide, deveria fazer microjustiça e pensar só no caso concreto em análise, abstraindo-se dos demais casos que sejam mais ou menos semelhantes ao dele. Já os casos que sejam um pouco semelhantes àquele que está diante do magistrado, quando fossem analisados, deveriam ser considerados individualmente com suas particularidades. Contudo, sempre seguindo o mesmo critério de julgamento que ele, magistrado, tem por justo. Se ele, por exemplo, considera que *boa-fé* significa *ausência de dolo*, deve usar sempre a mesma métrica. Desse modo, todos saberão que aquele juiz tem aquele entendimento.

Parece equivocado considerar que esse critério deve ser universalizado e que por isso, deve haver a vinculação dos demais magistrados a esse conceito de *boa-fé*. Tampouco parece correto pretender mudar a lei para que onde se lê *boa-fé* se leia *ausência de dolo.* Assim, outros magistrados podem entender que boa-fé tem outro sentido. Isso não causa qualquer desprestígio à magistratura ou à justiça e estes diferentes conceitos são inevitáveis, quando há vários órgãos jurisdicionais. Isso só seria evitado se todos os casos fossem julgados pelo mesmo tribunal, o que é impossível e mesmo indesejado.

Assim, conceitos vagos que se referem à litigiosidade anterior à sociedade de massas toleram e devem continuar tolerando estas pequenas diferenças de interpretação. Primeiro, porque inevitáveis e segundo porque, desse modo, preserva-se a independência da magistratura e sua função de fazer justiça.

6 Lidando com os Conflitos de Massa

Situação diversa, porém, é a que coloca a sociedade de massas. Como já dito, nela o que importam não são as diferenças, e sim as semelhanças, pois o homem não é valorado como indivíduo, mas como membro de um grupo. Nela parece preferível mais lei e menos juridição, mais regras gerais e abstratas e menos regras específicas. Assim, a jurisdição que foi adotada para resolver contendas anteriores à sociedade de massas, parece inadequada à resolução dos conflitos inerentes a essa sociedade.

Contudo, algum tipo de decisão que ponha fim ao conflito deve haver, porque, embora a sociedade seja de massas e a igualdade e o pertencimento ao grupo sejam mais importantes que as particularidades do caso concreto, os conflitos ocorrem e até com grande frequência, causando grandes distúrbios.

Então, aí se coloca a questão de como lidar com os conflitos de massas. Aqui deve-se atentar que eles são essencialmente diversos dos conflitos que havia antes desta sociedade. Portanto, para os conflitos anteriores, recomenda-se abandonar qualquer ideia de uniformização. Para eles, a leve divergência de interpretação só serve para que decisões justas sejam emitidas.

Já os conflitos da sociedade de massas em que a igualdade é mais importante que a diferença, precisam inapelavelmente de decisões uniformes. Aqui a atividade de desigualação faz mais mal do que bem. A razão do conflito não é a diferença entre as pessoas. É a sua semelhança! Por isso, espera-se que todos sejam uniformemente tratados com respeito a suas semelhanças.

Na sociedade de massas, profileram as causas entre o Estado e os cidadãos, entre grandes empresas e consumidores. Nelas, o litigante habitual toma uma decisão e com isso fere os direitos de dezenas de milhares, talvez de milhões de litigantes

eventuais que são sua contraparte na relação jurídica. Aqui, o trabalho é de dar a todos eles uma reparação igual ao direito violado de modo uniforme. Seria absurdo um consumidor de uma empresa telefônica que teve cobrada uma taxa abusiva da mesma forma que outro, receber uma indenização por dano moral cem vezes maior que outro.

E, no entanto, a independência do judiciário, tão imprescindível em outros contextos, aqui causa danos pela proliferação de entendimentos.

Portanto, as garantias da magistratura foram elaboradas para manter a independência dos juízes, mas isso só é adequado no contexto das demandas anteriores à sociedade de massas. Como, todavia, estes conflitos continuam existindo, embora em menor número que os novos conflitos, a magistratura deve continuar exercendo sua missão.

Já os conflitos da sociedade de massas, que devem ter imprescindivelmente um tratamento igualitário, não devem ficar a cargo do Poder Judiciário, porque, se assim o fosse, das duas uma: ou se retiraria a independência da magistratura, o que seria danoso para os conflitos antigos, ou se manteria a independência, o que seria danoso para os conflitos novos. Assim, a melhor solução é mesmo a de manter a independência da magistratuta e aproveitar o seu grande potencial para fazer justiça quanto aos conflitos antigos.

Quanto aos conflitos típicos da sociedade de massas, seu julgamento deve ser por outros órgãos. Nos casos de direito do consumidor, uma agência reguladora deve julgá-los, e, se não houver, o próprio PROCON. Já nos conflitos entre o Estado e os particulares, deve-se adotar julgamento pelos tribunais administrativos, como hoje em dia já há, sem definitividade, no âmbito tributário e da previdência social, devendo-se ampliar o contencioso administrativo.

Note-se que há grandes vantagens nesta solução. Os agentes fazendários de primeiro grau, por exemplo, que julgam os pedidos dos contribuintes seguem os posicionamentos dos Conselhos de Contribuintes e Tribunais Administrativos Tributários a que estão vinculados. Deste modo, a igualdade e a segurança jurídica são preservadas, conseguindo-se o que se pretendia com as medidas desesperadas para desafogar o judiciário e coartar os recursos aos tribunais de instâncias superiores. Além do que, o tempo de duração do processo é muito menor.

O mesmo deve se dar com as agências reguladoras que devem definir as regras de prestação do serviço, de acordo com a lei, sendo que se o consumidor reclamar à agência, ela deve julgar o caso e o auditor da agência de primeiro grau deve dar ao caso a mesma solução que a diretoria da agência daria.

Consegue-se esta uniformidade pelo fato de que o agente fazendário ou auditor da agência reguladora é um funcionário do Executivo, por isso não tem independência como os magistrados e não pode ter entendimento diverso dos seus superiores. E se tiver, a decisão será reformada e o funcionário será punido administrativamente, devido ao fato de não ter as garantias e a independência dos magistrados.

Portanto, nesses casos, prescinde-se da independência do *julgador*, porque ele não é um juiz e porque o importante é a uniformidade da regra e não a sintonia fina da lei. E, nesse caso, o ideal é que não se possa provocar o Judiciário após esgotada ou mesmo antes de esgotada a instância administrativa para que não se perca a vantagem do sistema: aplicação uniforme da lei, além do que isso agilizaria o processo se a instância final fosse a administrativa.

Cabe aqui dar mais clareza ao pensamento. A vinculação do magistrado aos precedentes judiciais reduz, em certa medida, sua independência, porque embora ele continue livre para

analisar os fatos e as provas e formar seu convencimento não poderá decidir de modo diverso de outros juízes. Essa impossibilidade torna o juiz da *common law* menos independente do que o juiz brasileiro. De todo modo, ambos os juízes, da *common law* quando houver lei[27] a respeito do tema versado no litígio e o brasileiro, devem seguir a lei, mas, como já referido, as inevitáveis vagueza e ambiguidade da lei expressas por cláusulas abertas muitas vezes permitem que o juiz cumpra a lei dando sua interpretação pessoal. É nesse caso que a vinculação ao precedente retira do magistrado parcela de sua independência, eliminando essa interpretação pessoal[28] necessária para se fazer justiça no caso concreto.

Este fenômeno que ocorre no primeiro grau não ocorre nos Tribunais Locais e Superiores, porque o julgador faz parte de um colegiado e a decisão é deste, então não há que se falar em perda de independência de um magistrado para a Câmara ou Plenário, sendo lamentável a tendência crescente da legislação de permitir julgamentos monocráticos nos tribunais, pois só gera proliferação de entendimentos, o que conduz à burocratização do judiciário e proliferação recursal. Isto obviamente não impede que os magistrados de tribunais decidam conforme sua consciência, mas para efeitos de independência do judiciário que deve ser preservada, o que importa é a independência do colegiado, e não do magistrado frente a esse.

Já a tentativa de uniformização de entendimentos pelos Tribunais Superiores, embora seja realmente uma das suas funções, é utópica e cada vez é mais mal-sucedida. Prova deste insucesso é a proliferação[29] de instrumentos que buscam uni-

[27] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 37.

[28] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 204-205.

[29] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3. p. 235-284.

formizar entendimentos como súmulas vinculantes, incidentes de recursos repetitivos, atribuição de efeitos vinculantes a processos objetivos como a Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, repercussão geral etc. Todos estes meios que buscam deseperadamente a uniformização dos entendimentos têm fracassado e continuarão fracassando, enquanto os magistrados singulares e agora os magistrados dos tribunais que passaram recentemente a proferir decisões monocráticas, tiverem independência para decidir a respeito da melhor interpretação da lei. Nesse sentido, é de se pensar se não deveria ser mesmo abandonada.

De outra banda, a vantagem do julgamento por um tribunal administrativo ou uma agência reguladora é que os funcionários públicos hierarquicamente subordinados a estas instâncias decisórias não possuem independência e não podem fazer a interpretação da lei que julgarem melhor. Portanto, embora a aplicação da lei, tanto administrativa quanto judicialmente, possa resultar em decisões díspares, isso não acontecerá numa instância administrativa, porque nesta a decisão deverá ser necessariamente colegiada – evitando-se o dissenso do julgador com seu colegiado – e não poderá ser aplicada diferentemente pelos funcionários públicos de baixo escalão que não têm independência. Ao invés disso, os magistrados de primeiro e segundo grau sempre poderão descumprir as decisões dos Tribunais Superiores, tornando inglória a tarefa de uniformização da jurisprudência, o que não aconteceria na via administrativa. E isso porque a justiça está na aplicação da isonomia, tratando-se os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualações. Portanto, faz-se justiça tanto em processo judicial quanto em administrativo, apenas que conforme o tipo de conflito a independência é mais importante em um processo para conseguir-se justiça do que em outro, em que a igualdade é mais importante.

Diga-se que isso não exporia os consumidores nas ações em que o litigante habitual é uma grande empresa fornecedora e os cidadãos nas causas em que é demandado o Estado ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo. Absolutamente, não!

Nesse sentido, veja-se a experiência bem sucedida do Conselho de Estado[30] Francês que serviu para coartar os abusos administrativos do Executivo, criando todo o direito administrativo daquele país a partir de suas decisões. Basta para tanto dar as mesmas garantias à cúpula deste Tribunal Administrativo e da Diretoria Colegiada da Agência Reguladora que se dá aos juízes em geral e escolhê-los da mesma forma como se escolhem os membros dos tribunais superiores, com sabatina do Senado Federal. Já os funcionários públicos de baixo escalão, encarregados de dar cumprimento às decisões desses órgãos e mesmo de julgar as demandas em primeiro grau, não devem ter as mesmas garantias da magistratura. Com isso, preserva-se a instituição da ingerência do Chefe do Executivo, protegendo-se sua cúpula, mas não seus subordinados. Na verdade, o ideal seria proteger todos os funcionários, que de algum modo exercem jurisdição administrativa, também do Chefe do Executivo e outras influências e retirar-lhes a independência apenas do órgão julgador de cúpula – o Tribunal Administrativo ou a Diretoria da Agência Reguladora.

7 Inafastabilidade da Jurisdição e Agências Reguladoras e Tribunais Administrativos

Refira-se que a constitucionalidade desta proposta depende da interpretação do art. 5º, XXXV da CF que consigna o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

[30] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 48-51.

Sucede que não foi possível achar na doutrina quem não considere este inciso uma garantia[31] dos jurisdicionados e que o cometimento de funções jurisdicionais a órgãos de outros Poderes que não o Judiciário seria perigoso para a democracia, o Estado de Direito, a segurança jurídica e a própria prestação da justiça, especialmente porque estes órgãos não teriam a independência dos juízes e, em razão disso, poderiam ser aprisionados por interesses do Poder Executivo ou estarem sujeitos a outras pressões.

Isso, contudo, ressoa equivocado. Como já referido, o Conselho de Estado na França[32] não está vinculado ao Poder Judiciário e não consta que a democracia, o Estado de Direito, a segurança jurídica e a prestação juridicional estejam em risco naquele País.

Mas, de todo modo, este Conselho é uma previsão de outro Ordenamento Jurídico e deve-se ter cuidado ao transplantar institutos jurídicos alienígenas, porque eles podem ser incompatíveis com nosso Ordenamento.

Contudo, não se vislumbra esta incompatibilidade. A única possível barreira à implementação da proposta anteriormente referida é mesmo o artigo 5º, XXXV e tudo depende da interpretação que dele se faça.

Veja-se, por exemplo, que, embora se diga que a lei não pode excluir de apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, inequivocamente, quem diz o que é ou não direito é a lei. Assim, se ela excluir do Ordenamento Jurídico um alegado

---

[31] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 291-297. Ver também MEDAUAR, Odete. *Controle da Administação Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 202-203; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 89; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 106.

[32] MEDAUAR, Odete. *Controle da Administação Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p.193-198.

direito, estar-se-á diante da figura prevista no CPC de impossibilidade jurídica do pedido, que é uma condição da ação.

Inexistindo esta condição, a parte simplesmente não teria direito de ação e se apresentar uma inicial com um pedido juridicamente impossível, não teria direito a uma sentença de mérito, devendo o processo ser extinto sem julgamento. Esta a previsão do CPC, no art. 267, VI. Assim, embora se achem vários entendimentos na doutrina nacional[33] acerca da existência ou não das condições da ação, sua extensão e o resultado derivado deste reconhecimento, o fato é que a lei alberga este conceito. Parece ainda que mesmo com a revogação da lei, haveria pedidos juridicamente impossíveis previstos expressa ou implicitamente no Ordenamento. Dentre os implicitamente previstos, está a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, eis que isso violaria a separação dos poderes do mesmo modo que a revisão de uma sentença oriunda do Poder Judiciário por autoridades administrativas.

Portanto, toda a questão tem que ver com o que é um pedido juridicamente impossível e quem define este conceito é a lei. Na verdade, é a lei e a Constituição.

Ademais, o dispositivo refere que a lei não pode excluir, mas nada diz a respeito de a constituição excluir. Certamente a constituição pode excluir, porque se uma norma constitucional o fizer, essa norma estará no mesmo patamar hierárquico que o art 5º, XXXV.

---

[33] Para uma compreensão panorâmica das diversas posições doutrinárias a respeito das condições da ação, consultar SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 90-132; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 247-263. e também WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1* – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 133-137.

Sucede que o art. 2º da CF refere que os poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Diz também que estes são independentes e harmônicos entre si. Assim, inexiste qualquer hierarquia entre eles. Além disso, o artigo 60 § 4º, III veda a apresentação de emenda tendente a abolir a separação dos poderes.

Portanto, de modo nenhum se pode admitir que um poder pretenda subordinar os outros por meio de uma interpretação atravessada da constituição, pois isso seria a revogação da separação dos poderes por via oblíqua, ainda que não se tenha apresentado um projeto de emenda constitucional com este desiderato. Nesse sentido, seria inadmissível[34] que o Poder Judiciário revisasse o mérito dos atos administrativos do Poder Executivo, neste incluídos as agências reguladoras e eventuais tribunais administrativos, substituindo estes atos por outros de seu próprio alvedrio.

Destarte, entenda-se bem: se o Poder Executivo, neste incluídos as agências reguladoras e os tribunais administrativos, praticar um ato ilegal ou inconstitucional, seus agentes podem ser responsabilizados[35] e o ato pode ser cassado inclusive por mandado de segurança, sendo retirado do mundo jurídico, desde que caiba[36] mandado de segurança por ter ocorrido uma manifesta ilegalidade que tenha violado direito líquido e certo.

Contudo, sendo ato legal, o mandado de segurança deve ser julgado improcedente, quando cabível seu processamento.

---

[34] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 579.

[35] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 566.

[36] MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011. p. 240.

Caso não caiba mandado de segurança, outra ação ordinária poderá ser intentada. No caso de outra espécie de ação, continuará sendo necessário demonstrar que as condições da ação, especialmente a possibilidade jurídica do pedido, estão presentes. Neste particular correta a observação de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido não pode ser tão facilmente excluída no Direito Público[37] como pode no Direito Privado. Contudo, quando a parte intentar revisar o mérito do ato administrativo, isto por si só, tornará seu pedido juridicamente impossível, sendo por isto incabível sua ação, ainda que o rito processual possa ser, em tese, adequado para o julgamento da ação.

Destarte, se o desiderato for a substituição do ato administrativo por outro que se considere "melhor" e que seria emitido pelo Poder Judiciário, aqui se estaria diante de pedido juridicamente impossível, porque isto implicaria na substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

Isto porque na esteira do conceito de legislador negativo[38] de Hans Kelsen, quando este afirmou que a Corte Constitucional poderia retirar do Ordenamento Jurídico leis inconstitucionais, pode-se dizer que o órgão jurisdicional que faz controle dos atos administrativos deve agir como administrador negativo, mas nunca como administrador positivo. Até porque se a função da Corte Constitucional é somente de legislador negativo e jamais positivo, seria equivocado atribuir ao órgão jurisdicional a função de administrador positivo.

---

[37] WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1* – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. 132-133.

[38] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 150-155.

Assim, parece que se pode afirmar que não se pode substituir o ato administrativo, podendo apenas retirar do mundo jurídico o ato ilegal, apesar de a doutrina[39] não ser unânime neste ponto e recentemente tenha caminhado no sentido desta possibilidade com maior desenvoltura.

Se não pode substituir o ato administrativo com finalidade executiva, por certo que um ato administrativo que julgue o mérito de um processo administrativo entre fornecedor regulado e consumidor ou entre Estado e cidadão, oriundo da cúpula de uma agência reguladora ou de um tribunal administrativo, também não pode ser substituído.

Portanto, com base no princípio da separação dos Poderes que garante a impossibilidade de subordinação de um poder a outro, pode-se dizer que não poderia um tribunal jurisdicional substituir a decisão de uma agência reguladora ou de um tribunal administrativo e que eventual pedido nesse sentido é juridicamente impossível. Assim, a recusa do judiciário em receber ação com este desiderato não ofenderia o art. 5º, XXXV.

Para que haja tais tribunais administrativos e agências reguladoras e que estes tenham esta competência jurisdicional, bastaria sua criação por lei e o acometimento desta competência de julgamento por lei.

Se ainda assim houver quem resista a ideia de jurisdição administrativa, para dar maior segurança jurídica aos atos decisórios dessas agências reguladoras e desses tribunais administrativos, parece recomendável que se faça o regramento desta nova competência por via de emenda constitucional, sendo certo que a diminuição de competência de um Poder com a

[39] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. 236 p.

consequente transferência dessa competência para outro não viola a separação dos poderes, desde que não haja subordinação de um poder por outro ou esvaziamento por completo da competência de um poder por outro.

O que viola a separação dos poderes é o desrespeito a uma linha divisória claramente determinada, mas não uma lei que mova esta linha mais para um lado ou para o outro, incluindo ou retirando competências de um poder, transferindo-as para o outro, desde que preservada uma competência mínima, o núcleo essencial da função típica de cada poder.

Na verdade, esta *redução* da competência do Poder Judiciário não viola a separação dos poderes, antes a preserva, porque evita que o Poder Judiciário possa subordinar o Poder Executivo e esvaziar a competência do Poder Legislativo por meio de decisões gerais e abstratas com efeito vinculante.

Logo, interpretar-se-ia o art. 5º, XXXV da CF como de plena eficácia apenas nas hipóteses em que houvesse um conflito que não envolvesse a possibilidade de substituição do ato administrativo por uma decisão judicial.

Assim, nos conflitos antigos e mesmo naqueles típicos da sociedade de massas em que não haja, e enquanto não houver, um tribunal administrativo ou uma agência reguladora, fica preservada a normatividade do art. 5º, XXXV.

Portanto, tudo se passa do seguinte modo: não se deve considerar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional absoluto como a doutrina faz atualmente. Na verdade, este é apenas mais um princípio da constituição e pode conflitar com outros, como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes. Nesse conflito, como o princípio da separação dos poderes é cláusula pétrea expressa, ele deve ter a preferência, já que a inafastabilidade da prestação jurisdicional, no entender deste articulista, não o é.

8 A Interpretação dada pelo STF ao Art. 5º, XXXV da CF 88

Todavia, grande óbice que se coloca ao defendido neste artigo é sua posição absolutamente isolada. Não pode este articulista encontrar na doutrina quem defendesse a possibilidade de jurisdição administrativa após a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, mesmo doutrinadores como Arruda Alvim[40], que escreviam sob a égide da constituição de 67/69, opõem-se a ela, inclusive à possibilidade menos branda de esgotamento da instância administrativa como condição de procedibilidade que era expressamente referida no artigo 153 § 4º na sua segunda frase após a emenda constitucional 7/77. De modo que muito tempo há de se passar para que um dia se encontre alguém que comungue destas ideias.

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, é totalmente contrário a esta interpretação. Como exemplos desta posição, citam-se a decisão proferida no Habeas Corpus 112.298/RS e a proferida na ADPF 130-MC/DF. A primeira tem a seguinte dicção:

> Com efeito, de nada valeria declarar com pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, se transmuta em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ("universalização da Justiça", também se diz). E como garantia individual que é, a se operacionalizar pela imposição de uma dupla e imbricada interdição: a) interdição ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar de apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito; b) interdição aos próprios órgãos do Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode

[40] ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 87-94.

> optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito. É o que se tem chamado de juízo de non liquet, a significar que o Poder Judiciário está obrigado a solver ou liquidar as questões formalmente submetidas à sua apreciação. Esta a sua contrapartida, da qual não pode se eximir jamais.[41]

E a segunda[42] expressa a posição do Ministro Marco Aurélio que não foi debatida pelos demais Ministros, mas parece ser unânime na casa, de que a cláusula do inciso XXXV do artigo 5º é pétrea, embora este Eminente Ministro não tenha feito comentários mais minudentes relativos ao tema.

Contudo, aqui cabe uma ressalva importante. As cláusulas pétreas admitem interpretação, pois a expressão "direitos e garantias individuais" do art. 60 § 4º, IV exige que se diga quais são os direitos individuais, suas garantias e seus limites. E uma interpretação que petrifique[43] a constituição, tornando-a imutável pode tornar a constituição desatualizada, negando-lhe eficácia. Se isso ocorrer, a alternativa seria o puro e simples descumprimento da constituição ou a adoção de outro texto constitucional mais adequado à nova realidade. Pelo contrário, uma interpretação que reduza o âmbito de aplicação das cláusulas pétreas, torna a constituição mais plástica[44], aumentando-lhe o tempo de vigência.

Quando o tempo chega, não deve o intérprete insistir em considerar como pétrea uma cláusula desatualizada. Se assim o fizer, condenará o texto que busca preservar à ineficácia. De

[41] STF, 2ª Turma, HC 112.298, rel. Min. Ayres Britto, Dje 26.03.2012.

[42] STF, Pleno, ADPF 130/MC, rel. Min. Carlos Britto, Dje 07.11.2008.

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 417-418.

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 419.

todo modo, a doutrina e a jurisprudência insistem na jurisdição única com todos os males que ela pode causar como a multiplicidade de entendimentos e suas decorrências anteriormente já relatadas.

A posição aqui defendida, contudo, é de que, mesmo com a atual constituição pode-se aceitar a jurisdição dupla – judiciária e administrativa – sem a necessidade de emenda constitucional ou de adoção de outro texto constitucional para tanto, sendo que o conceito de jurisdição já foi apresentado na primeira seção. Aqui se entende que a jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo, como se prefira, pode garantir substitutividade, imparcialidade e eficácia imutável de suas decisões sem qualquer dificuldade, bastando dar a seus julgadores de cúpula as mesmas garantias que se dão aos magistrados da jurisdição judiciária, sem dar essas garantias aos funcionários públicos de baixo escalão em relação ao órgão de cúpula a que estão subordinados.

É claro que todo o óbice a essa interpretação decorre do fato de o Poder Judiciário entender que é sua a competência para decidir a respeito da existência de um direito ou não. Se for levado um caso decidido pela jurisdição administrativa ao Poder Judiciário, este poderá ou não reconhecer sua competência. Se assim o fizer, poderá surgir um conflito positivo de competências se o Tribunal Administrativo ou a Diretoria da Agência Reguladora não aceitar a revisão do mérito administrativo expresso em suas decisões pelo Judiciário.

Contudo, inexistem mecanismos adequados previstos na constituição para que tais Tribunais Administrativos e Agências Reguladoras possam fazer valer sua competência – a decisão a respeito do mérito dos atos administrativos – contra invasões perpetradas pelo Judiciário ou pelo Legislativo. No caso do legislativo até se entende, porque a soberania popular é encarnada neste poder por meio de seus representantes eleitos

(art. 1 § 1º). Já no caso do Judiciário, não. Isso é muito negativo, eis que o único meio que resta ao Poder Executivo seria cortar repasses orçamentários ou mesmo o emprego das Forças Armadas, o que seria inconstitucional e parece descartado em regimes democráticos. Portanto, se magistrados houverem por bem invadir a competência do Executivo ou de órgãos administrativos independentes, só poderão ser contidos pelo próprio Poder Judiciário ou pelo Legislativo em caso de atividade normativa (art. 49, XI). O ideal é que o Judiciário realize uma autocontenção neste caso, pois só assim, ao respeitar o mérito administrativo de um órgão do Executivo, é que estará respeitando a constituição e a lei que lhe compete proteger. Ideal ainda é que a criação dessas instâncias administrativas se dê por emenda constitucional, o que permitiria a alteração da constituição para prever os meios necessários para estes preservarem suas competências.

Como se vê nesses casos, o ativismo judicial não seria decorrência de inércia do Tribunal administrativo ou da agência reguladora. Seria consequência justamenta da ação desses órgãos, o que torna ainda mais importante a autocontenção do Judiciário.

E, por fim, a respeito da flexibilização da inafastabilidade, a jurisdição deve-se dizer que não há porque considerá-la algo que retira uma garantia do cidadão nem uma violação de cláusula pétrea. Afinal, esta suposta garantia não o protege contra injustiças e inseguranças decorrentes da multiplicidade de entendimentos se não sofrer ajustes. Melhor é uma garantia que efetivamente afaste estes males. Relembre-se o quanto dito acima de que as garantias, tanto da magistratura quanto dos jurisdicionados, devem servir para proteger a jurisdição e não o juiz. Se, infelizmente, essa garantia mais faz mal à justiça do que bem, então impõe-se sua reformulação. Quanto ao *status* de cláusula pétrea, já se disse que é uma questão de interpretação

quanto aos limites do art. 60 § 4º, IV. Poder-se-ia aceitar sua característica como cláusula pétrea apenas quanto aos conflitos antigos, onde ela ainda tem uma importante missão a cumprir.

9 Vantagens da Jurisdição Administrativa

De todo modo, diga-se ainda que há outras vantagens. Uma manifesta é que evita o entupimento do judiciário. Veja-se que uma telefônica ou um grande banco têm milhares de clientes. E estes entes podem com um único ato ferir o direito de todos os seus clientes. O mesmo pode acontecer com entes como INSS, ou mesmo a União por meio de seus órgãos como a Secretaria da Receita Federal.

Se isso acontecer, o Poder Judiciário estará inviabilizado. Ele terá que julgar milhares de ações e haverá Varas que não terão mais o que fazer além de julgar essas ações!

Mas por que a inviabilização? Porque o número de ações vai consumir muitas horas dos magistrados e será um caos para os Tribunais que irão vacilar entre diversos entendimentos, sendo que levará anos para se firmar uma jurisprudência. Contudo, algumas ações vão escapar do entendimento dominante, por serem ajuizadas nos juizados especiais. Portanto, estará pavimentada a estrada para a insegurança jurídica, a injustiça, a falta de isonomia etc. E mais: tantas seriam as ações que o Judiciário não teria tempo para analisar outros tipos de conflitos.

Daí que se o conflito fosse julgado por uma agência reguladora ou um tribunal administrativo, além da uniformidade de julgamentos e da rapidez, a agência poderia abrir um processo administrativo para analisar o ato ilegal e punir com uma multa o ato abusivo. Poderia ainda aplicar outras sanções como impor a obrigação de indenizar seus consumidores e comprovar o pagamento da indenização.

Não adimplidas estas obrigações, a agência poderia proibir a comercialização dos bens e serviços do fornecedor, indicar um interventor para administrar temporariamente o fornecedor, obrigar a empresa a contratar mais funcionários ou requalificá-los e reorganizar seus serviços, ou mesmo liquidar administrativamente o fornecedor ou simplesmente retirar-lhe a autorização para atuar no mercado, transferindo compulsoriamente todos ou alguns de seus clientes para outro fornecedor.

Poderia também exigir um plano de adequação do serviço para que os danos aos consumidores não se repitam. Uma grande vantagem desta solução é evitar a repetição do dano no futuro, com uma abordagem preventiva.

De nada adianta o Poder Judiciário condenar por dano moral telefônicas que cobram taxas indevidas. As cobranças indevidas se repetem. Talvez isto se dê por má organização ou falta de funcionários no setor de cobrança da empresa ou por problemas no sistema de arquivos de informática da empresa. O problema da jurisdicionalização deste conflito é que o juiz não leva isso em consideração quando condena a empresa, tampouco identifica qual é a causa do conflito, nem o Poder Judiciário tem fiscais com formação em telecomunicações e informática para fiscalizar *in loco* a empresa e detectar a razão da má administração.

Portanto, a abordagem é totalmente inadequada. Magistrados desconhecem os meandros[45] da prestação do serviço, nem têm conhecimentos técnicos especializados para verificar se o serviço poderia ser prestado de outra forma mais eficiente, dadas as metas fixadas pela agência reguladora e os meios técnicos disponíveis. Se detivessem tais meios, certamente usariam sua independência para desigualar pessoas que devem

[45] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 591.

ser tratadas igualmente – dada a função da jurisdição de fazer justiça no caso concreto. Contudo, o que importa na sociedade de massas é o tratamento igual a todos os membros do grupo, e não um tratamento individualizado.

Outra vantagem seria a agilização da decisão, especialmente pela uniformidade de entendimentos dos julgadores singulares de primeiro grau, os auditores fiscais, dada a sua falta de independência. Além do que, se não houver revisão da decisão administrativa pelo Judiciário, depois, o ganho de tempo é enorme!

Como se nota, a solução aqui apresentada está de acordo com o princípio da duração razoável do processo inserido no art. 5º, LXXVIII da CF.

Isso, contudo, não retiraria a necessidade de que o controle da agência reguladora ou tribunal administrativo fosse feito pelo parlamento *a posteriori*[46], usando seus poderes previstos na Constituição no art. 49, incisos V, X e XI, ou, de forma mais ampla, por meio dos controles das agências reguladoras, incluindo-se aí também o controle feito pela participação popular[47].

Por fim, cabe ainda dizer que é vã ilusão acreditar que a ação civil pública seja eficaz para lidar com todas as questões da sociedade de massas e superior à solução aqui proposta. Isso porque quando se trata de direitos individuais homogêneos, após o julgamento da lide pela sentença, faz-se necessária uma

[46] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 579.

[47] Marçal Justen Filho apresenta em sua obra a respeito das agências reguladoras várias formas de se realizar este controle. De modo geral, o articulaista concorda com todas menos com as hipóteses de controle jurisdicional e pelo Ministério Público, porque envolveriam controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. De todo modo, o próprio autor citado faz ressalvas a este controle jurisdicional, já que o considera problemático, sendo que seu texto inadmite invasão do núcleo do mérito administrativo pelo Judiciário. Op. cit, p. 590.

liquidação para se apurar qual o valor a ser pago a cada um dos beneficiados da sentença. De modo que todos os processos de conhecimento que não foram ajuizados quando da inicial da ação civil pública o serão no momento da liquidação após o trânsito em julgado.

O que mais surpreende é que na execução o executado oporá embargos e o processo terá atividade cognitiva, podendo demorar muito tempo. Talvez tanto quanto demoraria se a parte tivesse ajuizado sua ação individual, ignorando a ação coletiva e desde o começo seus prejuízos já fossem liquidados. Assim, a liquidação, mediante atividade cognitiva que não se fez na fase de conhecimento, agora se faz na fase de execução como requisito para a execução. Portanto, a ação civil pública em matéria de direitos individuais homogêneos parece ser uma ilusão que nada resolve. Sua serventia é maior quando se discutem direitos difusos e coletivos, mas, quando seu alvo são os direitos individuais homogêneos, seus ganhos são, em geral, pífios.

Portanto, repita-se: na sociedade de massas, seus conflitos típicos são inadequados para serem processados perante o Poder Judiciário devido à sua independência, que, no entanto, deve ser preservada para solução dos conflitos anteriores a este tipo de sociedade.

Considerações Finais

Ao longo deste artigo, foi explicado que existem conflitos adequados ao Poder Judiciário e outros inadequados. O divisor de águas é a moderna sociedade de massas. Nesta o mais importante é o pertencimento do cidadão a um grupo, e não sua condição de indivíduo isolado. Nesse contexto, continuam existindo os conflitos antigos que devem continuar sendo julgados

do mesmo modo por um Poder Judiciário independente com as suas garantias e vedações. Contudo, os novos conflitos exigem outra abordagem por Tribunais Administrativos e Agências Reguladoras, em que apenas os julgadores de cúpula devem ser independentes. Somente assim se conseguir-se-ia evitar a proliferação de entendimentos díspares e suas consequências maléficas como a injustiça, a desigualdade, a incerteza e a insegurança.

É de se dizer que a duplicidade de jurisdição não viola o art. 5º, XXXV da CF, apenas lhe dá outra interpretação. Tampouco violaria qualquer garantia individual nem é uma cláusula pétrea. Dever-se-ia flexibilizar esta garantia, porque ela apenas protege adequadamente o indivíduo quanto aos conflitos anteriores à sociedade de massas. Nisso, deveria ser preservada. Quanto aos conflitos novos, dever-se-ia aceitar a redução do campo de incidência deste inciso.

Afora que esta abordagem parece mais eficaz que a ação civil pública que não tem se mostrado adequada para conflitos envolvendo direitos individuais homogêneos. Também apresentaria a vantagem de que, no caso de agências reguladoras, essas poderiam adotar medidas preventivas para evitar danos futuros para um número indeterminado de pessoas, reduzindo a litigiosidade.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1986.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada* – Teoria Geral das Ações Coletivas. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administação Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988* – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANDEL, Michael. *Justiça* – O que é fazer a coisa certa? 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia* – O Paradigma Racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa:* um Estudo sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOURAINE, Alain. *O que é Democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional*. Evolução Histórica e Modelos de Controle da Constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1* – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

Submissão: 13/03/2014
Aceito para Publicação: 03/06/2014

Gênero e Políticas Públicas: Desafios e Proposições para Superação do Problema Jurídico da Descontinuidade e Desarticulação Governamental

Gender and Public Policies: Challenges and Proposals to Overcome the Legal Problem of Governmental Discontinuity and Disarticulation

Paula Loureiro da Cruz*

Resumo: O presente artigo volta-se à análise da problemática referente à descontinuidade e desarticulação governamental na adoção de políticas públicas de gênero, apontadas como os principais obstáculos à consecução de uma política pública eficaz no que concerne às discriminações de gênero. Objetiva-se, a partir da análise dessa problemática, a realização de proposições não só no que tange à formulação de políticas públicas, mas também no que se refere ao difícil processo de escolha, pelo Poder Público, da política que deve ser priorizada pelo Estado, com vistas a conferir maior eficácia à atuação estatal na efetivação de direitos e garantias fundamentais. A partir das proposições efetuadas, busca-se o estabelecimento de um novo caminho jurídico que, desburocratizado, seja capaz de propiciar a superação dos referidos obstáculos.

Palavras-chave: Gênero. Políticas Públicas. Descontinuidade e Desarticulação Governamental. Novas Proposições. Direitos e Garantias Fundamentais.

* Doutoranda e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Público na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Abstract: This paper turns to the analysis of the problems related to governmental discontinuity and disarticulation in adopting public policies of gender, which are pointed as the main obstacles to achieving effective public policies with respect to gender discrimination. The objective is, from the analysis of this problem, to carry out propositions not only in regard to the formulation of public policies, but also with regard to the difficult process of choice, by the Government, of the policy that should be given priority by the State, with a view to give greater effectiveness to the State's actions towards the enforcement of fundamental rights and guarantees. From the propositions made, it is sought to establish a new legal path which, free of red tape, be capable of providing the overcoming of the mentioned obstacles.

Keywords: Gender. Public Policies. Governmental Discontinuity and Dislocation. New Propositions. Fundamental Rights and Guarantees.

Introdução

Pretende-se, no presente artigo, analisar a problemática referente à descontinuidade e desarticulação governamental na adoção de políticas públicas de gênero e, a partir das considerações traçadas, efetuar proposições no sentido de se estabelecer um caminho voltado à superação desses dois problemas.

Poucas não são as dificuldades enfrentadas para adoção de uma determinada política pública pelo ente federativo. Muitas vezes, quando logra-se êxito em sua adoção, exsurge outra série de obstáculos inerentes à manutenção e continuidade da política escolhida, com as sucessivas alterações de poder, fruto de eleições periódicas. Fato é que a larga escala de demandas sociais, frente à escassez de recursos, impõe à Administração uma escolha, a respeito de qual demanda deve ser priorizada, em detrimento das demais. E os critérios utilizados por cada grupo político que se encontre no poder nem sempre serão os mesmos.

No árduo processo de definição de quais prestações estatais hão de ser adotadas, para atender a um universo de demandas sociais iminentes, e com recursos públicos que estão longe de ser suficientes, a Administração depara-se com um dos maiores desafios de sua atuação: o que priorizar? O vetor social democrático acolhido pela Constituição Federal, que impõe ao Estado a responsabilidade pela concreção do mínimo necessário à sobrevivência humana? Ou a responsabilidade fiscal imposta à Administração, capaz de lhe amarrar as mãos, diante da insuficiência de recursos? O grande dilema da Administração, quando se depara com a insuficiência de recursos numa sociedade permeada por graves distorções sociais, consiste em decidir se sua atuação deve estar voltada à concreção do mínimo necessário à sobrevivência humana (*mínimo existencial* ou *vital*), relegando, ainda que dentro da legalidade, sua responsabilidade fiscal ao segundo plano, ou, ao contrário, se deve priorizar o cumprimento dos princípios, regras e normas orçamentárias (*reserva do possível*), em detrimento das demandas sociais.

A propositura de um caminho concreto e seguro, capaz de estabelecer o correto equilíbrio entre os dois lados muitas vezes antagônicos dessa relação (*mínimo existencial* e *reserva do possível*) perpassa pela análise do Estado e do Direito e de suas finalidades máximas. Certo que, numa visão mais crítica, é possível que se conclua pela impossibilidade de esses dois institutos corrigirem distorções sociais, porque são incapazes de aniquilarem a relação contraditória fundamental entre capital e trabalho, a qual serve de base para a exploração capitalista. Entretanto, a par do paradigma filosófico que se pretenda adotar, é imprescindível a desenvoltura de estudos voltados a conceber parâmetros objetivos que possam equilibrar a relação existente entre política pública e orçamento, valorando cada um desses institutos à luz do ordenamento jurídico e da

realidade social concreta. Nesse trilhar, de estabelecer *normas jurídicas*, sejam principiológicas (normas-princípios), sejam regulatórias (normas-regras), há que se ter o cuidado para que a norma jurídica não entre em colisão com os valores máximos informadores de nosso Estado de Direito:

> Contudo, a *especificação e a determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isto porque trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo. Surge, então, nesse desenho a *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*. Buscando inspiração na tese da *derrotabilidade da norma regra*, é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto. [...][1] (grifo do autor)

Pois o estabelecimento de normas rígidas ou pouco flexíveis para a Administração, no sentido de amarrá-la à política escolhida, não obstante mudanças de paradigmas fruto da sucessão governamental, poderia trazer mais prejuízos do que benefícios, dificultando a realização dos ideais maiores buscados pelo Estado, cujas demandas modificam-se a cada dia.

Assim, é vista a pertinência de se considerar novas possibilidades jurídicas capazes de solucionar o embate entre

---

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 98. E mais: "*Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). Contudo, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulação decorrente da norma-regra (afastamento pontual da norma regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de justiça social (CF, art. 3º)*" (p. 99, grifo do autor).

orçamento, direitos fundamentais e Estado, que se coadunem com os princípios democráticos do Estado de Direito, com vistas a minimizar os problemas concernentes à desarticulação e descontinuidade das políticas públicas. Nessa linha de pensamento, boas práticas virtuosas criadas na iniciativa privada, passíveis de incorporação pelo Estado por intermédio da sistemática inerente às políticas públicas, podem ser um caminho salutar. E, possivelmente sem representar gastos estatais, se desenvoltas com a participação de diversos atores sociais. Cuida-se de um caminho jurídico voltado muito mais à emancipação social, do que à mera regulação estatal, em que o Estado participa com papel orientador e divulgador de boas práticas destinadas à correção de distorções sociais, sendo este o cerne da política pública, pois a problemática de gênero está longe de ser sanada com a mera regulação estatal, haja vista que muitos de seus desdobramentos se dão dentro dos lares, no âmbito da vida privada, em que o Direito nem sempre consegue chegar. Além disso, outros elementos estruturais de nossa sociedade contemporânea, além do Direito, vêm, em alguma medida, reforçando a manutenção dessa problemática, entre os quais estão a moral, os costumes, a religião, especialmente no que tange à exigência de padrões comportamentais tradicionalmente aceitos. E nisso reside um grande desafio.

1 Políticas Públicas de Gênero: Obstáculos e Desafios

Em uma primeira concepção, o *papel de gênero* – ou simplesmente *gênero* – cinge-se à forma de apresentação social adotada pelos indivíduos, ou seja, ao padrão comportamental específico que permite a distinção entre *masculino* e *feminino*. Há quem sustente a existência de outros padrões comportamentais de gênero, além do *masculino* e do *feminino*, que podem ou não estar relacionados com a adoção de orientação

sexual diversa da heterossexualidade. Enquadram-se nessa situação os travestis, transexuais, intersexuais, transformistas, entre outros. Trabalha-se, aqui, a ideia de *diversidade* quanto à sexualidade: "[...] embora todas as culturas girem na mesma faixa de diversidade humana, elas têm diferentes maneiras de distinguir identidades gays, lésbicas e transgêneros".[2]

Assim, na problemática de gênero inserem-se contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento. Privilegia-se o *masculino*, em detrimento do *feminino* e dos demais papéis de gênero, tais como os acima apontados. O papel de gênero ganha importância na vida do indivíduo, fazendo-se presente em todos os seus atos, comportamentos e relações, interferindo, inclusive, na sua sexualidade. Em regra, desde o nascimento, a criança é educada para assumir o padrão comportamental correspondente ao seu sexo biológico, de tal sorte que a sua sexualidade também se manifestará em consonância com esse padrão. Os que pretenderem se distanciar dos padrões comportamentais tradicionais concernentes ao sexo biológico sofrerão discriminação. Para as mulheres, ainda que observem o gênero correspondente ao sexo biológico, ou seja, *feminino*, haverá igualmente discriminação, porque essa é inerente a esse padrão comportamental. Segundo Patrícia Rocha:

> A definição de gênero, masculino e feminino, nada teve de neutro na construção do funcionamento das sociedades humanas. O gênero foi fundamental no exercício do poder, que resultou na dominação do sexo masculino e subordinação do sexo feminino. [...] enquanto se consumava o patriarcado, a trajetória feminina se fez de filha de Eva, humilhada como pecadora e aliciadora do mal, para filha

[2] ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005. p. 6.

> de Maria, valorizada como modelo de perfeição cujas virtudes eram a obediência o silêncio e a abdicação, sempre atendendo aos preceitos masculinos.[3]

O papel de gênero feminino guarda importante relação com a maior opressão e exploração das mulheres. Segundo Maria de Jesús Izquierdo:

> A desigualdade das mulheres é um processo que começa com a divisão sexual do trabalho e se consolida com a constituição dos gêneros sociais: se você é mulher, tem de fazer determinadas coisas, se é homem, outras. O passo seguinte é considerar femininas as atividades feitas pelas mulheres e masculinas aquelas feitas pelos homens. O terceiro passo é diferenciar o tratamento recebido (respeito, reconhecimento, meios de vida, estilo de vida) pelas pessoas que realizam atividades femininas e os que realizam atividades masculinas. Nesse momento dizemos que têm caráter de gênero. Quando uma atividade tem caráter de gênero, as pessoas, independentemente de seu sexo, são tratadas segundo um padrão específico, o de gênero.[4]

Tratando-se de exigências sociais de gênero, os obstáculos enfrentados tanto na adoção, como na manutenção e na articulação compreendem aspectos diversos, a começar pelo *questionamento inerente à própria condição de opressão e exploração de gênero*.

Especificamente com relação às mulheres, há quem sustente que galgaram patamar de igualdade com a Constituição Federal de 1988. Para alguns, as mulheres não só conquistaram a igualdade de direito e de fato, como também lograram alcançar condição de supremacia jurídica em relação aos homens, haja vista que se aposentam com menos tempo de serviço, que não prestam serviço militar obrigatório, que possuem estabilidade

---

[3] ROCHA, Patrícia. *Mulheres Sob Todas as Luzes:* a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado. Belo Horizonte: Leitura, 2009. p. 50.

[4] IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo:* desigualdade y discriminación salarial. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998. p. 34.

gestante e licença-maternidade remunerada de quatro a seis meses. Para outros, diferentemente, a situação de inferioridade experimentada pelas mulheres no plano concreto ainda é vista e decorre do lento, porém contínuo, processo de implementação dos direitos fundamentais, os quais têm dentre suas características a progressividade e a vedação de retrocesso. Tanto numa, como noutra hipótese, acredita-se que a situação suportada pelas mulheres não é merecedora de tutela estatal específica, porquanto a opressão, quando sua existência é admitida, vem sendo superada no curso desse contínuo processo, sobejando, com isso, demandas mais relevantes e urgentes merecedoras de tutela estatal.

As divergências acerca da própria condição de opressão e exploração das mulheres faz com que suas demandas, por vezes, sejam relegadas para segundo plano, pois, diante da escassez de recursos, que torna o Estado incapaz de atender a todas as demandas sociais, há sempre uma escolha a ser feita no desenvolvimento das políticas públicas. E, nesse processo de escolha, outras demandas podem ser priorizadas em detrimento das demandas de gênero. Certamente, é este um dos motivos pelos quais políticas públicas em favor das mulheres muitas vezes são refutadas ou descontinuadas, mormente porque a participação política das mulheres nos órgãos representativos é significativamente inferior a dos homens. Embora as mulheres representem 51,7% dos eleitores brasileiros, sua participação na Câmara dos Deputados é de 9%, número semelhante àquele visto no Senado, de 10%.[5] No Poder Judiciário, por sua vez, as mulheres não chegam a ocupar 20% dos cargos de decisão.[6]

[5] MULHERES na política. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/mulheres_na_politica/view>. Acesso em: 11 abr. 2014.

[6] COSTA, Marcos da. *Representatividade Feminina no Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2012/167/>. Acesso em: 11 abr. 2014.

Outro fator que pode ser apontado diz respeito à *complexidade da problemática de gênero*, que não se reduz ao plano jurídico. É verdade que a igualdade entre os gêneros sempre consistiu em um dos principais desafios a ser superado desde os tempos mais remotos. Desde o nascimento da ideologia patriarcal, com o início da civilização, há cerca de cinco mil anos, as mulheres vivenciaram significativas mudanças no papel por si desempenhado ao longo dos séculos, propiciadas, em grande parte, pelo arcabouço político e normativo que se estabeleceu em cada regime econômico.[7] A respeito da definição de patriarcado, e da dificuldade de se estabelecer uma conceituação que atenda a todas às suas correntes de estudo e variações, destaca-se o trabalho de Carol Ehrlich, no artigo *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: can it be saved*.[8] Segundo a autora, a assertiva de que a base material do patriarcado é o controle exercido pelo homem sobre a força de trabalho da mulher é insuficiente. Para Ehrlich, o patriarcado abrange outra série de questionamentos, entre os quais podem ser citados a homofobia, o casamento monogâmico heterossexual, o sentimento masculino de superioridade e poder:

> Uma análise anarquista feminista do patriarcado mostra que ele é composto de oito fatores: [...] (a) Para reiterar Hartmann, o patriarcado envolve o controle dos homens sobre a força de trabalho das mulheres; (b) Impedir o acesso das mulheres aos recursos necessários economicamente produtivos, tornando-as economicamente dependentes de um sistema machista-controlador, e/ou de um homem em particular, e; (c) Controle sobre a sexualidade da mulher. [...] (d) Controle masculino sobre recursos e tomadas de decisão. [...]

---

[7] A respeito do nascimento da ideologia patriarcal, há cerca de 5 mil anos, e sua conjugação com a história da própria civilização humana: ROCHA, op. cit., p. 49.

[8] EHRLICH, Carol. *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism:* can it be saved. In: SARGENT, Lydia, et al. (Eds.). *Women & Revolution:* A discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism. Boston: South End Press, 1981, p. 109-133.

> (e) A homofobia, o medo e o ódio da homossexualidade. [...] (f) A socialização diferencial por sexo, que na maioria das sociedades conhecidas está associada com a desigualdade sexual. [...] (g) A ideologia do patriarcado, a crença de que os homens são superiores às mulheres, inclui a crença de que os homens têm o direito de controlar as circunstâncias de vida das mulheres. [...] (h) Finalmente, o poder patriarcal é expresso, mantido e executado por meio de formas de violência dirigidas especificamente contra as mulheres.[9] (tradução livre)

Tanto no escravagismo, como no feudalismo e, posteriormente, no capitalismo, a situação experimentada pelas mulheres assumiu diferentes particularidades, estritamente ligadas com as bases sociais e econômicas adotadas. No passar do feudalismo para o capitalismo, com o fim da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea, a situação das mulheres assumiu especial significação social e econômica. Se, de um lado, o paradigma jusracionalista nascido com o Iluminismo voltou-se a combater a arbitrariedade do poder estatal absolutista, na busca da razão e da *igualdade* entre todos, de outro lado, impôs às mulheres peculiar situação de opressão e exploração que até hoje perdura, advinda da infeliz conjugação

[9] EHRLICH, Carol. *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism:* can it be saved. In: SARGENT, Lydia, et al. (Eds.). *Women & Revolution:* A discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism. Boston: South End Press, 1981, p. 120-128. Texto original: "An anarchist feminist analysis of patriarchy shows that it is composed of eight factors. […] (a) To reiterate Hartmann, patriarchy involves men's control of women's labor power through (b) Preventing women's access to necessary economically productive resources, thus making them economically dependent upon a male-controlled system, and/or upon a particular man; and (c) Controlling women's sexuality. […] (d) Male control of resources and decision making. […] (e) Homophobia, the fear and hatred of homosexuality. […] (f) Differential socialization by gender, which in most known societies is associated with sexual inequality. […] (g) The ideology of patriarchy, the belief that men are superior to women, includes the belief that men have the right to control the life circumstances of women. […] (h) Finally, patriarchal power is expressed, maintained, and enforced through forms of violence directed specifically against women."

patriarcado e capitalismo. Com relação à conjugação do patriarcado e capitalismo, e às contradições de gênero, Joachim Hirsch traz importante contribuição:

> A separação entre Estado e sociedade, presente na forma política capitalista, significa que o Estado não se apoia apenas nas relações de classe, mas também nas relações de gênero caracterizadas pela exploração e opressão, expressas em suas instituições políticas. Assim, surge uma contradição estrutural entre desigualdade e opressão social por um lado, e liberdade e igualdade civis formais por outro lado, que caracteriza o patriarcado capitalista (GENETTI, 2003) [...]. A divisão do trabalho ligada à relação de gênero – trabalho assalariado e trabalho doméstico – é fundamental para o processo capitalista de valorização e de acumulação.[10]

Segundo Hirsch, as relações de gênero, a opressão sexual e a racista estão inseparavelmente unidas com a relação de capital, de tal sorte que os antagonismos sociais ganham expressão se ligando uns aos outros. A oposição entre a esfera pública e a esfera privada, oriunda da separação capitalista entre Estado e sociedade, representa um mecanismo decisivo da opressão sexual, e simultaneamente implica a exigência por liberdade civil e igualdade:

> Isso significa que a relação entre 'sociedade' e 'Estado' é definida não apenas pelo processo de valorização capitalista, mas também pelas relações de opressão e de exploração sexuais, étnicas, nacionalistas e racistas, intimamente ligadas a ele. Porém, elas são marcadas ao mesmo tempo pela forma política do capitalismo, tanto em seu modo de manifestação como em seu modo de funcionamento. Com isso, o Estado burguês é sempre um Estado capitalista, racista e patriarcal, e os movimentos sociais que se expressam em seu aparelho e são 'regulados' determinam-se por todos esses antagonismos. Em sua disposição sobre o 'monopólio

[10] HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado:* processos de transformação do sistema capitalista de Estado. Tradução Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 82.

> da força', o Estado pode e deve intervir contínua e estavelmente no processo de reprodução social, mas sem poder alterar essencialmente as suas estruturas – a propriedade privada dos meios de produção, mas também as relações com a natureza e as de gênero.[11]

A peculiar condição de opressão feminina, construída sob as bases sociais e econômicas do capitalismo, é facilmente percebida com o acúmulo de tarefas domésticas e cuidados com os filhos que recaem prioritariamente sobre as mulheres, acarretando-lhe a denominada *dupla jornada*, fruto da apropriação gratuita do trabalho feminino no âmbito do lar: a escravidão doméstica. A respeito do acúmulo de tarefas sobre a mulher, aponta Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci:

> [...] sobreleva ressaltar que o espaço público está sendo conquistado pelas mulheres, agregando-se, assim, mais um campo para o desenvolvimento de suas atividades. Todavia, o mesmo avanço não se vislumbrou na divisão das múltiplas tarefas domésticas existentes no mundo privado. Dessa forma, queremos dizer que a mulher, ao se inserir no mercado de trabalho, conjugou e aliou mais essa tarefa ao seu cotidiano diário, sem dividir com seus maridos e companheiros o espaço da vida privada e as inúmeras tarefas domésticas.[12]

A escravidão doméstica prejudica o seu desempenho no competitivo mercado de trabalho e dificulta oportunidades de desenvolvimento intelectual, reforçando sua condição de inferioridade, tanto no âmbito privado como público e social. Conforme aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, com amparo em dados extraídos do IBGE, "[...] no Brasil, apenas 50% dos homens admitem contribuir com os afazeres domésticos, enquanto que esse número se eleva para a casa de 88,5% quando

---

[11] Ibidem, p. 40.

[12] ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de Gênero e ações afirmativas:* desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012. p. 120.

se trata de mulheres".[13] Pelas razões expostas, a problemática da mulher resvala em diferentes esferas: jurídica, moral, comportamental, econômica, social, laboral, sexual.

No plano jurídico, há muito já se percebeu que a igualdade entre os gêneros não será conquistada com meras alterações legislativas. E vários são os fundamentos que sustentam esta assertiva. Em primeiro, pode ser elencado o distanciamento existente entre os conteúdos informadores da igualdade formal e da igualdade material. Esta proposição é intuitivamente perceptível: ricos e pobres são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), mas não o são na carga suportada no exploratório mercado de trabalho. Em segundo, merece apontamento a insuficiência do direito, que não é capaz de adentrar nas esferas de privacidade e intimidade do indivíduo, a ponto de aniquilar a apropriação gratuita do trabalho feminino dentro do lar. Basta-se aventar a hipótese de uma lei que estipule divisão das tarefas domésticas, como *homens lavam a louça às segundas, quartas e sextas-feiras e as mulheres nos demais dias*, para facilmente perceber-se a dificuldade de conferir-lhe eficácia. Norma deste conteúdo, se lograsse êxito em ser aprovada, seria inequivocamente foco de chacotas e tenderia a se tornar rapidamente *letra morta*. Em terceiro, nota-se um lado traiçoeiro no direito que, a pretexto de minimizar situações de desigualdade, acaba acarretando outro tipo de desnivelamento. Por exemplo, a previsão de licença maternidade, sem abertura da possibilidade de a licença ser parental, acaba por impor prioritariamente às mães a carga inerente aos cuidados com os filhos, desde a mais tenra idade, e isto se alonga por toda a infância.

[13] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença* – As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009. p. 41.

No plano moral, a existência da *moral dupla*, que implica julgamento moral diferenciado para os mesmos atos, conforme sejam praticados por homens ou mulheres, consiste em outro fator de opressão. Já, no plano comportamental, no desempenho dos papéis de gênero, das mulheres, espera-se a assunção de características eminentemente femininas, tais como a doçura, a passividade, a submissão, de tal sorte que serão mal vistas, e sarcasticamente adjetivadas, quando pretenderem assumir características tidas eminentemente como masculinas, tais como a firmeza, o poder de decisão, a energia. Adjetivos pejorativos são geralmente utilizados para mulheres que questionam os padrões comportamentais femininos, assumindo a liberdade de sua sexualidade ou firmeza em suas decisões. A todos esses, somam-se outros dois outros fatores: a violência doméstica e o abuso sexual de meninas.

Enfim, a *multiplicidade de fatores aqui descrita exige do Estado uma atuação conjunta, ou melhor, transversal, no sentido de articular suas diferentes esferas e competências*. Isso inegavelmente dificulta a adoção e a continuidade de políticas efetivas, sendo esse o segundo fator considerado na análise da problemática das políticas públicas de gênero. A título de ilustração, observa-se que políticas voltadas ao fim da violência doméstica perpassam pela necessidade de criação de abrigos que possam acolher mulheres vítima de violência, e prestar-lhe assistência de toda ordem, inclusive psicológica.

A esses dois primeiros, alia-se um terceiro obstáculo à adoção de uma política pública efetiva de gênero: *os intransponíveis abismos provocados pela burocracia estatal*. Como incorporar boas práticas criadas na iniciativa privada? Como os agentes políticos, especialmente do Executivo, deverão agir para aquilatar a pertinência dessas práticas, e qual procedimento deve ser observado para incorporação dessas mesmas práticas pelo Estado, especialmente as que advêm de movimentos sociais específicos?

Com vistas a propiciar a superação dos obstáculos identificados (questionamento inerente à própria condição de opressão e exploração, multiplicidade de fatores que a compõe e abismos provocados pela burocracia estatal), mostra-se pertinente sopesar as contribuições dadas, de um lado, pela teoria voltada à institucionalização das políticas públicas e, de outro lado, por teorias que conduzem à abertura do direito a novas formas e concepções, pois, consoante apontado por Cesar Luiz Pasold:

> A questão estratégica, hoje, é prosseguir buscando não apenas um, mas e sobretudo o modo mais seguro para garantir os Direitos do Homem, entre os quais estou incluindo, obviamente, os Novos Direitos. Isto implica, necessariamente, o conhecimento de suas origens, natureza e evolução, além do estudo de seus aspectos fundamentais, éticos e dos mecanismos efetivos de sua defesa e aplicação.[14]

É primordial, ademais, avaliar-se a capacidade estatal de efetuar boas escolhas na consecução de políticas públicas, com a identificação de parâmetros claros e objetivos capazes de nortear a Administração nesse processo. Não se pode olvidar, por fim, dos ganhos advindos da participação de novos atores sociais na consecução de práticas virtuosas passíveis de serem acolhidas por políticas públicas.

[14] PASOLD, Cesar Luiz. Contribuição para uma epistemologia dos "novos direitos". In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.). *Novos Direitos:* Conquistas e Desafios. Curitiba: Juruá, 2008. p. 68. A respeito da definição de novos direitos, o autor propõe, com amparo no pensamento de Norberto Bobbio em *A era dos Direitos*, que "se compreenda a Categoria dos 'Novos Direitos' como resultado de uma multiplicação de Direitos em consequência de três fatores de propulsão: o aumento da quantidade de Bens considerados merecedores de Tutela; a extensão da titularidade de certos Direitos típicos a outros sujeitos que não o Homem; e a consideração do Homem não mais como ente genérico ou 'em abstrato', mas sim na concretude das maneiras dele ser em Sociedade" (Ibidem, p. 69).

2 A Institucionalização das Políticas Públicas e Novos Direcionamentos para a Ação Governamental

A institucionalização da política pública, sob o prisma jurídico, é um grande e importante passo no sentido de conferir maior efetividade e durabilidade nas políticas públicas, na medida em que permitirá direcionar, ou até mesmo vincular a atuação do Administrador às finalidades supremas buscadas pelo Estado Democrático de Direito. A respeito da importância da institucionalização da política pública, do ponto de vista jurídico, bem aponta a professora Maria Paula Dallari Bucci:

> O reconhecimento de que há um espaço de criação do direito na sociedade, que, se bem apreendido e adequadamente formalizado, leva à evolução social, está presente na percepção de que a atuação estatal não ocorre de maneira centralizada e monolítica, mas fragmentadamente e em camadas. O pluralismo sugerido por um governo de políticas públicas visa responder, não como alternativa, mas como caminho de viabilidade, pelo enfrentamento, a fragmentação do Estado, tanto política como administrativa. As políticas públicas, como arranjos institucionalizados, são maneiras de viabilizar a participação da sociedade no governo, além da organização do próprio governo, democratizando as ações e processos governamentais, em compasso com o processo político em sentido estrito.[15]

A autora destaca, ainda, a importância que a *ideia sistemática* assume diante da necessidade de *articulação temporal* das políticas públicas, com vistas a enfrentar a descontinuidade administrativa que coloca em risco a execução dos programas de ação, especialmente nos casos de trocas de comando político, que, em seu dizer, podem estar associadas ou não ao processo eleitoral:

[15] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

> Essa questão, primordialmente política ou político-partidária, pode ser enfrentada, pelo menos em parte, se a estruturação jurídica da ação governamental considerar um 'regime de efeitos' no tempo, isto é, se for definida de modo a minimizar os riscos de inefetividade que terminam por esvaziar os objetivos finais previstos na norma. Isso é possível com base na construção programada de um encadeamento de normas e seus efeitos, que redundem na organização concreta e operacional da atuação dos agentes públicos envolvidos na política pública.[16]

Nesse sentir, o principal destinatário da sistematização é o próprio governo, haja vista que a sistematização tem por escopo minimizar os riscos de descontinuidade na execução de programas de ação, quando ocorrem trocas de comando político. Na visão da autora, isso se dá ao fato de a morte de uma política pública dita de Estado, na sucessão de governos, decorrer do esvaziamento de meios ou do deslocamento de competências, o que não necessariamente descaracterizaria aquela política como *de Estado*, mas apenas revelaria o seu baixo grau de institucionalização. Assim, à medida que se lhes fosse conferida a necessária dimensão jurídica, as políticas de governo passariam a ser devidamente estruturadas e institucionalizadas, logrando o alcance de *política de Estado*.

De outro modo, e sem perder de vista os benefícios advindos do processo de compreensão jurídica das políticas públicas, tem-se a possibilidade de abertura de novos caminhos seguros para serem trilhados na busca da concreção da igualdade material. A crise do Estado Social pós-moderno é incontestável e vem acarretando descrença geral na sua capacidade de pacificar os conflitos. Acaba, assim, por colocar em xeque a eficácia, e até mesmo a própria existência, dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, diante do sufocamento perpetrado pela ordem econômica. A respeito dessa questão, Marco Aurélio Romagnoli Tavares sustenta que:

[16] Ibidem, p. 40.

> Ao se analisar a sociedade atual que apresenta descrença na capacidade de mudanças das práticas de políticas públicas pelo Estado, em especial no atendimento de suas necessidades básicas, o que leva inevitavelmente ao acaso da civilidade, é imperioso se perguntar que tipo de Estado se quer instituir para a nação, tanto agora, como num futuro próximo. [...] É impossível negar que o Estado tem recorrentemente falhado na aplicação e implementação dos direitos sociais constitucionais. Inevitavelmente essa ausência traz à tona o que há de pior no ser humano, a sua desumanização, retirando de seu caráter a noção do cuidado com o próximo.[17]

O declínio do Estado Social de Direito, de acordo com Ricardo Lobo Torres "[...] tem as suas principais causas no endividamento exagerado dos países, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos".[18] De um lado, as normas protetivas dos direitos sociais são otimizadas por mandamentos constitucionais, como os princípios da progressividade dos direitos sociais e da vedação do retrocesso que impedem não só a reversibilidade dos direitos implementados no plano concreto, como também determinam que se caminhe sempre no sentido de se ampliar o conteúdo material subjetivo desses mesmos direitos. De outro lado, não se pode negar que "[...] o desenlace do sistema econômico, adotado no Brasil, ainda se apresenta como base precária à sustentação da democracia".[19] Para o mesmo autor, o Estado social brasileiro necessita posicionar-se no contexto econômico mundial, convertendo seus ganhos para a satisfação plena dos direitos fundamentais sociais necessários para estabilização da sociedade. Nesse passo, exsurge a necessidade de mudanças de

---

[17] TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas:* direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 84-85.

[18] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 163-164.

[19] TAVARES, op. cit., p. 86.

paradigmas, da concepção de novos caminhos e novas formas de elaboração e aplicação do direito. Nas precisas palavras de Tavares:

> Portanto, para a realidade brasileira, não basta apenas relacionar a ausência de condição econômica para a negação de direitos sociais fundamentais, já que epistemologicamente está o problema centrado exatamente no conceito e modelo desejável de aplicação do capitalismo neoliberal contemporâneo, que, através da criação de 'normas' sociais e jurídicas, anula o indivíduo em detrimento do sistema.[20]

Partindo-se do pressuposto de que a concepção do direito como norma proveniente unicamente do Estado Soberano não tem se mostrado capaz de dar conta das graves contradições em nossa sociedade, outro caminho melhor não se apresenta que não o enfrentamento dos riscos provenientes da abertura do direito a novas formas e concepções, como forma de maximizar os efeitos das ações que atualmente ainda se encontram amarradas pela soberania estatal e sua burocracia inerente. No dizer de Boaventura de Souza Santos, "[...] provavelmente as teorias que temos e os conceitos que utilizamos não são os mais adequados e eficazes para enfrentar os desafios e para buscar soluções para o futuro"[21]. E prossegue, com palavras marcantes:

> A sociedade capitalista moderna cria uma discrepância enorme entre experiências atuais e expectativas de futuro. Isto é, é a primeira vez que as experiências correntes da atualidade não coincidem com as experiências do futuro. Uma pessoa nasce pobre, mas pode morrer rica, uma pessoa nasce iletrada, mas pode morrer sendo pai e mãe de um médico; essa é a ideia de progresso, a ideia de que as expectativas superem as experiências e é isto o que chama a atenção

[20] Ibid., p. 89.

[21] SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009.

> entre a regulação e a emancipação. [...] Este conhecimento de regulação passou a dominar totalmente e ao dominar totalmente edificou, transformou, absorveu o conhecimento de emancipação, de forma que o conhecimento passou a ser a ignorância, a solidariedade passou a caos solidário entre cidadãos, o perigo da solidariedade entre cidadãos; a emancipação passou de ignorância no colonialismo a ser ordem e o é de uma boa maneira. Isto é o que temos hoje: o conhecimento da emancipação está completamente absorvido pelo conhecimento de regulação e por isso fica difícil pensar a emancipação. Por isso é necessário pensar em outros mecanismos e reinventar a emancipação social talvez nos obrigue a repensar toda a questão do conhecimento.[22]

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, referindo-se ao direito privado, apontam para a nova tendência das ciências jurídicas, que também é vista na órbita do direito público:

> A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos (*rectius*, aos entes dotados de personalidade como um todo, para que não se exclua parcela de interessados) perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. E reconheça-se que o *ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania*. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paragmáticas da Ciência Jurídica, será a ponte, o elo, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um Direito Civil mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um Direito mais real, humano e, por conseguinte, justo.[23]

---

[22] Ibidem.

[23] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 95 (grifo do autor).

Em realidade, a tendência contemporânea das ciências jurídicas consiste em *flexibilizar* o alcance das normas jurídicas, até então interpretadas de forma essencialmente positivista, a fim de que se adequem aos princípios maiores buscados pelo nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito, vale dizer, a fim de propiciar a realização, no plano concreto, dos princípios e objetivos que justificam a existência de todo o aparato estatal. Quanto maior for o apego à interpretação essencialmente positivista da norma, na qual a regra prepondera sobre a justiça do caso concreto, à ideia de que o direito somente será válido quando emanado do ente soberano estatal, mais difícil se tornará a correção das distorções sociais. Nessa mesma linha de raciocínio, o apontamento de José Matias Pereira:

> No processo das transformações que vêm ocorrendo no mundo, o Estado mantém um papel fundamental, que passa a demandar, entretanto, o desenvolvimento de novas capacidades e competências, para garantir maior efetividade nas suas ações. A mudança fundamental do planejamento pode ser descrita como a transição do planejamento normativo, tradicionalmente adotado pelas organizações estatais até recentemente, e o direcionamento para um planejamento estratégico, que começa a ser discutido e adotado por tais organizações.[24]

O desafio que se coloca está na proposição de caminhos plurais, seguros e justos, que se coadunem com a estrutura jurídica e estatal existentes, e que sejam eficazes no contínuo processo de superação de nossa grave desigualdade social, sem se desviar, no processo de formulação dos programas de ação, de premissas básicas que devem ser necessariamente respeitadas para que todo o programa tenha coerência e sustentação.

[24] MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de Gestão Pública Contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

3 A Escolha de quem Pode Escolher

As políticas públicas são conformadas a partir de escolhas efetuadas dentro de uma série de possibilidades, com amparo, em primeiro lugar, no interesse público. Primordialmente o interesse público deve nortear a escolha efetuada pela Administração. No dramático processo de definição de qual escolha melhor atenta ao interesse público, dentre o universo de possibilidades de sua satisfação, é possível que o agente público venha a se socorrer do critério do justo. A eleição de requisitos como *urgência* ou *risco de dano irreparável ou de difícil satisfação*, que norteiam decisões judiciais proferidas *initio litis* no processo interpretativo voltado à subsunção do caso concreto à norma legal, também serviriam para amparar o Executivo em suas escolhas. Entretanto, a proposição somente de tais requisitos é insuficiente, porquanto as políticas públicas trazem em si o propósito de satisfação de demandas sociais, na grande parte de caráter iminente, sendo absolutamente ingrata a atividade daquele que pretender classificar o nível de urgência.

Se a urgência não é suficiente para definir a escolha, nem tampouco sua justeza, então, como identificar uma justa escolha? Artur Sanchez Badin mostra, em breves palavras, a dura tarefa de responder a esse questionamento:

> [...] As políticas públicas são conformadas a partir de escolhas, muitas vezes dramáticas, sobre fins, meios e prioridades. A diversidade de escolhas possíveis em casos concretos reflete a existência de concepções conflitantes de interesse público e, no limite, de justiça. Para os adeptos de uma visão welfarista de justiça, por exemplo, a escolha deve ser tal que maximize a satisfação de todos ('Pareto-eficiente'). Já sob uma visão rawlsiana, justa será a escolha que promover uma distribuição igual da riqueza, respeitado o 'princípio da diferença'. Já para uma visão marxista, justa será a escolha que der

> 'a cada um de acordo com sua necessidade e de cada um conforme sua capacidade'. O cardápio de opções é extenso.[25]

Dúvidas não há quanto à imprescindibilidade de a política pública vir a concretizar fins institucionais estatais, no contínuo processo de construção de democracia e de cidadania. Dúvidas existem quanto ao alcance e à extensão que se pretenderá dar a esses dois preceitos, numa sociedade permeada por gritante desigualdade. Não obstante, os fins insculpidos na Constituição Federal são representativos das finalidades socialmente relevantes da ação do Estado. Embora a Constituição Federal não esclareça qual direito fundamental e/ou social deva ser priorizado, é certo que a identificação da política pública com a satisfação desses direitos é capaz de demonstrar, por si só, a razoabilidade dessa escolha. A dificuldade está em saber qual direito fundamental e, ou social, será mais fundamental do que os demais, a ponto de ser priorizado, quando o atendimento de dois ou mais desses direitos for algo conflitante diante da escassez de recursos. Nesse particular, observa Badin:

> Para determinar o resultado da ação estatal, não basta aos formuladores de políticas públicas discutir quais devem ser os fins socialmente relevantes e insculpi-los na Constituição. Conforme se pretendeu demonstrar anteriormente, a dogmática jurídica não lhes facilitou a vida para fazer escolhas. A aplicação dos princípios constitucionais, mediada por juízos de proporcionalidade e razoabilidade, para lembrar um exemplo, gera uma lista igualmente extensa de soluções possíveis que se candidatam à escolha em cada caso concreto.[26]

Lamentavelmente, o debate a respeito dos fins sociais e valores consagrados em nossa Constituição Federal nada diz

---

[25] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas:* contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93.

[26] Ibidem, p. 94.

acerca da viabilidade da implementação da política pública e dos resultados passíveis de serem atingidos pela Administração, cuja atividade deve guiar-se pela diretriz da efetividade: a presteza, a perfeição, o rendimento funcional e estatal. Assim, a escolha acerca da adoção de determinada política pública, em detrimento de outras, pressupõe um processo de valoração do interesse público, do valor justiça, dos fins sociais determinados pela Carta Magna, da existência de instrumentos necessários à sua implementação, à luz dos princípios da efetividade, da razoabilidade, da proporcionalidade. Recomendável, ainda, que a escolha não esteja focada tão somente na dogmática jurídica, em mero processo de argumentação jurídica a respeito de qual valor deve se sobrepor aos demais no contexto fático apresentado. A escolha de qual política pública adotar há que ser embasada também em considerações técnicas, prestadas por especialistas multidisciplinares e proveniente, sempre que possível, da articulação de grupos de interesses.

É certo que a dogmática jurídica pode fornecer respostas que deem conta do quadro de multiplicidade de escolhas e amplitude de critérios e fundamentos aptos para embasá-las. Em sentido contrário há quem sustente que existe uma lógica social estruturante que determina essa necessidade de se efetuar dramáticas escolhas com moldes tão variados. Nessa visão, as alterações legislativas e políticas públicas estão longe de propiciar a igualdade material. Em sua expressão mais cruel, os direitos fundamentais e sociais obedecem a uma ordem lógica, que consiste em minimizar os conflitos (mas sem aniquilá-los), pois isso permite a manutenção do Estado e a continuidade do processo de reprodução da vida social e econômica capitalista essencialmente conflituosa. Diz Hirsch:

> O conceito de cidadania liga-se estreitamente ao de nação. Em primeiro lugar, não existe nenhuma cidadania geral conhecida que seja válida para todos os indivíduos, e assim

> também nenhum direito humano universal e igual que de fato possa ser implantado. A representação sobre os direitos humanos básicos, gerais e iguais formou-se com o surgimento dos Estados nacionais modernos, com a instauração do capitalismo e por meio das lutas ligadas a ele, e dissolve-se juntamente com ele. Os direitos humanos são sempre, no máximo, eficazes enquanto direitos do cidadão. E essa cidadania baseia-se principalmente em múltiplas discriminações e exclusões: a separação entre 'público' e 'privado', a fundamentação de uma desigual relação de gênero ligada a ela, a exclusão do 'estrangeiro' dentro e fora das fronteiras nacionais, e a desigualdade de oportunidades e de direitos sociais.[27]

No mesmo sentir, a crítica de Celso Naoto Kashiura Júnior quanto às contradições do capitalismo, que vão sendo mitigadas, sem que desapareçam por completo, ao mesmo tempo em que novas contradições surgem e se aprofundam, visto que são a *vida* do capitalismo:

> O ciclo do capital exige, por exemplo, igualdade jurídica formal e desigualdade social material: nenhuma pode triunfar sobre a outra, sob pena de restar destruído o próprio modo de produção. A manutenção desta contradição demanda, portanto, que as desigualdades sociais sejam sempre, de algum modo, redutíveis à igualdade jurídica, isto é, as desigualdades sociais devem ser continuamente 'encurtadas' para que 'caibam' na igualdade jurídica, ou esta deve ser artificiosamente 'esticada' para que 'cubra' as desigualdades sociais.[28]

Segundo essa visão, políticas públicas e ações afirmativas são ferramentas que, em última análise, asseguram a manutenção do Estado capitalista patriarcal. Nesse passo, a superação da opressão e exploração de gênero demandaria muito mais do que reformas legislativas ou políticas públicas

---

[27] HIRSCH, op. cit., p. 86.

[28] KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica* – Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 193-194.

e ações afirmativas. Para essa visão, somente o conhecimento dos elementos estruturais de nossa sociedade permitirá o direcionamento das ações sociais na luta contra as verdadeiras causas da opressão e exploração, com vistas à construção de um mundo igualitário. Para outra direção, aponta Cruz:

> O marxismo clássico entende que a origem comum da discriminação é o elemento econômico da sociedade. [...] O reducionismo marxista é claramente insuficiente na atualidade. [...] A discriminação não deve, pois, ser enfocada apenas sob o prisma do dado econômico ignorando elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos essenciais ao tema. Tanto o marxismo quanto o neoliberalismo mostram-se incapazes de uma correta abordagem do problema.[29]

Acerca da capacidade dos instrumentos jurídicos tradicionais de promover uma amarração na atividade governamental, de forma a obstar a descontinuidade das políticas públicas, é possível questionar-se se a desarticulação governamental seria um problema passível de superação por intermédio dos instrumentos jurídicos, ou se estamos diante de um problema de maior gravidade, insanável por meios legislativos e jurídicos. Seria a desarticulação governamental e a descontinuidade das políticas públicas reflexos da própria sistemática apresentada por Hirsch, quando cuida dos direitos sociais? A par das conclusões que se possa atingir com a indagação colocada, mostra-se deveras relevante a ponderação acerca dos benefícios oriundos da utilização de instrumentos jurídicos para minimizar as distorções sociais, à míngua de processos e ferramentas mais adequados para fazê-lo, pois, se assim não o fosse, correr-se-ia o risco da reprodução de um discurso essencialmente revolucionário e cego a todo benefício conquistado e propiciado pelo Direito ao

[29] CRUZ, op. cit., p. 151-152.

longo dos anos. Propõe-se, nesse contexto, o reconhecimento dos benefícios alcançados por intermédio do Estado e do Direito, que são inegáveis, mas que a luta pela concreção da igualdade não se perca na conquista por normas jurídicas que, embora afirmativas da igualdade, estejam longe de se realizar em sua plenitude no campo material.

4 Uma Boa Escolha Sobrevive no Tempo

A respeito das ações afirmativas de gênero, o avanço das últimas décadas nessa seara é inegável, o que é visto na adoção de medidas como: a) criação das Delegacias da Mulher no Brasil, criadas em 1985 e especializadas no combate à violência contra as mulheres; b) criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006); c) previsão de cotas para mulheres nas candidaturas partidárias (Lei n. 9.504/1997); d) dotações orçamentárias provenientes da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e políticas de geração de renda; e) o Programa Promotoras Legais Populares; f) a existência de centros de referência especializados no combate à violência contra mulheres. Além dessas medidas, há os benefícios assegurados constitucionalmente, tais como licença-maternidade, estabilidade gestante, direito à creche, aposentadoria diferenciada para as mulheres, dispensa do serviço militar, sem embargo de se considerar as normas protetivas da mulher no âmbito do Direito do Trabalho. No campo do direito dos homossexuais, citam-se o Programa Brasil sem Homofobia, a articulação do movimento LGBTTs, a instituição do dia internacional do Orgulho Gay, comemorado no dia 28 de junho de cada ano, além do reconhecimento pelo Judiciário do direito de constituírem união estável (RE 477554/MG). Trata-se de inegável avanço,

sem que se perca de vista que meras alterações legislativas são insuficientes para a plena emancipação e libertação.[30]

Nesse panorama, políticas de ações afirmativas de gênero devem ser pautadas pela concretização de medidas eficazes para a superação das contradições de gênero, que vão além do mero cumprimento formal de direitos previstos no ordenamento jurídico. Porque as demandas sociais caminham à frente das alterações legislativas, as quais muitas vezes não vêm ou, quando advindas, são insuficientes, por refletirem interesses predominantemente econômicos, como é o caso da licença-maternidade, desacompanhada da possibilidade de opção, pelos pais, do gozo de licença parental. A adoção de medidas restritas à realização de um direito formalmente previsto nem sempre será tão eficaz e necessária quanto a adoção de medidas destinadas a minimizar contradições vistas onde a proteção normativa é inexistente ou insuficiente. É certo que estas últimas hão de se coadunar com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sob pena de se tornarem arbitrárias ou contrárias à lei. Trata-se da proposição de uma atuação nos espaços de omissão do Direito, mas não contra este. Sendo assim, uma forma de amarração das políticas públicas, visando à superação dos problemas da descontinuidade e desarticulação governamental, perpassa pela proposição de parâmetros jurídicos orientadores da Administração no momento de escolha e consecução da política pública, sem que isso implique

[30] A esse propósito, sustenta Siomara A. Marques: "Para o movimento feminista, no campo específico das relações de gênero, as ações afirmativas se constituíram em medidas que vão além do controle da aplicação de leis de igualdade, já que visam colocar em andamento programas que garantam às mulheres avanços concretos em suas vidas. Tais medidas se baseiam no pressuposto de que promover a igualdade de oportunidades é reconhecer que a mera formalização da igualdade entre dois sexos não basta para eliminar situações discriminatórias" (MARQUES, 2008). As políticas de ações afirmativas geradoras de novos direitos: a questão das mulheres e dos homossexuais. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Coord.). *Novos Direitos:* Conquistas e Desafios. Curitiba: Juruá, 2008. p. 94).

o enrijecimento das ações governamentais frente a novos delineamentos das demandas sociais. Os parâmetros são aqui propostos de forma a abarcar a complexidade das distorções sociais de gênero, mas a estas não se restringem. São eles:

1º Passo: *adequação normativa à Constituição Federal e aos Princípios Gerais de Direito*, pois, considerando-se que a política pública guarda estrita relação com princípios de ordem pública, não se pode pretender sua consecução de forma destoante do sistema normativo vigente, sob pena de se tornar arbitrária. A política há que se coadunar com os princípios específicos que regem a Administração Pública insertos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Políticas voltadas à promoção pessoal de agentes públicos, ou que visem a atender interesses particulares ou partidários, ou cuja execução afaste-se de características como presteza, perfeição e rendimento pessoal e de recursos, devem ser aniquiladas *ab initio*. Além disso, em atenção ao princípio da legalidade, a assunção de responsabilidades e obrigações pelos entes participantes da política há de se dar em conformidade com a lei. Não se trata de exigir lei que delimite a política e suas particularidades, o que é absolutamente inviável, por caminhar na contramão da democratização, além de esvaziar o conteúdo da política em si. Almeja-se, em realidade, reconhecer alguma medida de *autonomia* aos entes envolvidos, para que possam deliberar abertamente a respeito das obrigações e responsabilidades a serem assumidas por cada um deles em benefício da sociedade.

2º Passo: *preenchimento dos requisitos, necessidade e urgência*, tal como ocorre quando o Judiciário aprecia pedido de liminar ou tutela antecipada, em ações cautelares, mandamentais e propostas sob o rito comum ordinário. Quando se está diante de uma sociedade marcada por graves distorções sociais, é evidente a escassez de recursos para atender a todas as demandas.

No panorama em que recursos públicos sequer são suficientes para garantia do *mínimo existencial*, é imperioso que as políticas sejam implementadas de acordo com a sua *relevância* e *urgência*, evitando-se o direcionamento de recursos para demandas que, a rigor, poderiam aguardar momento mais apropriado, ou, aquelas que, embora urgentes, não sejam relevantes (quanto ao conteúdo e quanto à forma de consecução), ou, ainda, para medidas que são passíveis de serem executadas exclusivamente pela iniciativa privada, sem necessidade de deslocamento de recursos orçamentários.

3º Passo: *análise quanto à pertinência da proposta de política apresentada*, no que concerne à iniciativa, ao conteúdo, à formulação, enfim, à política em si e a forma de execução. Não basta que a política escolhida seja *urgente* e *relevante*, especialmente quanto ao seu conteúdo; é imprescindível que se valore a forma de consecução da política proposta, a fim de que sejam eleitas aquelas que propiciem o máximo aproveitamento da fórmula "custo x benefícios". A avaliação por uma comissão interdisciplinar, nesse ponto, é imprescindível.

4º Passo: *estudo acerca da viabilidade dos recursos exigidos para a sua consecução*: uma grande fórmula não será adequada se for excessivamente custosa ao Estado. O grande desafio que se coloca, nesse árduo contexto, consiste em elaborar políticas que, de um lado, exijam o mínimo de recursos e, de outro lado, propiciem o maior grau de satisfação. Quanto maior for o conhecimento acerca dos elementos estruturais e dos contornos assumidos pela demanda que se quer atender, maior será a capacidade de se propor mudanças e soluções eficazes, com o menor custo. Não se pode desprezar o conhecimento de quem convive, no dia a dia, com toda a problemática, criando e recriando continuamente mecanismos de superação. Acreditar que a superação de uma demanda sempre demandará a utilização de recursos públicos (dinheiro público) é desarrazoado.

Há mecanismos eficientes, elaborados na iniciativa privada, que são desconhecidos do estado, em razão da burocracia estatal, fazendo com que a atividade do Estado, ente detentor da política, venha passando ao largo desses mecanismos. Um exemplo dessa situação é a campanha adotada por sindicatos para promoção das relações compartilhadas, em que homens e mulheres dividem as responsabilidades pelos afazeres domésticos.[31] A ideia aqui retratada guarda relação com o *princípio da subsidiariedade* que, no dizer de Maria Sylvia Zanella de Pietro, traduz-se no dever do Estado de abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos. Nesse sentir, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, por meio do estabelecimento de uma parceria entre o público e o privado.

5º Passo: *possibilidade de descentralização da política para a sociedade*, com a participação de novos atores sociais, que não aquelas entidades tradicionalmente insertas no conceito de *terceiro setor*. Trata-se de conferir maior abertura quanto à legitimidade para consecução das políticas públicas, de modo que sua implementação e execução não fiquem restritas ao âmbito da própria Administração Direta e Indireta e aos entes que integram o *terceiro setor*. Nesse alargar de atribuições e competências, outras entidades, tais como *movimentos sociais*, *sindicatos*, *centrais sindicais*, *grandes empresas*, *escolas*, dentre tantas outras possibilidades, podem ser erigidas ao patamar de legitimidade e competência, com melhor aproveitamento de recursos advindos dos próprios participantes. O Estado assumirá importante papel como *partícipe* da política adotada, orientando e deflagrando a

[31] O Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e Região implementou a campanha denominada "Relações Compartilhadas", no ano de 2013, voltada à conscientização da categoria acerca da importância de participação dos homens na execução das tarefas domésticas e dos cuidados com os filhos.

sua implementação. À Administração competirá, nesse contexto, a definição da política e de seus elementos: a) *sujeito ou competência*: a quem caberá a implementação e execução da política e em que medida; b) *objeto*: qual demanda social será albergada, quais seus componentes e o que se busca com a política a ser implementada; c) *forma*: jurídica, com clara definição dos direitos, deveres, obrigações e impedimentos assumidos por cada participante; d) *motivo*: apontamento das razões de fato que ensejam a escolha dessa política, bem como dos fundamentos de direito que a amparam; e) *finalidade*: o fim público perseguido com a sua consecução.

6º Passo: *possibilidade de interlocução com outras políticas públicas existentes*: hodiernamente, tem sido trazida à discussão a possibilidade de *transversalidade* de políticas públicas. O conceito de *transversalidade* foi originariamente tratado no âmbito da educação. Por meio deste, propunha-se a modificação das grades curriculares escolares, especialmente do ensino fundamental, a fim de que os ensinamentos conferidos em sala de aula se aproximassem o máximo possível da realidade social contemporânea. Essa abertura de conteúdos pode-se dar, por exemplo, pela inserção de matérias como *afazeres domésticos e cuidados com os filhos*, tanto para meninas, quanto para meninos, *responsabilidade social e justiça*, *formas de acesso ao Poder Judiciário*, entre outras tantas no universo infinito do conhecimento. Já no âmbito da Administração Pública, a *transversalidade* vem sendo aplicada no sentido de estabelecer um diálogo mais eficaz entre os diversos órgãos e entes que integram a Administração Direta e Indireta. À guisa de ilustração, a Prefeitura do Município de São Paulo criou a Secretaria de Políticas para Mulheres, cujas atribuições demandam constante diálogo com outras Secretarias, tais como a Secretaria de Habitação, por exemplo, haja vista que o atendimento de demandas relacionadas à violência doméstica exige a busca de um lugar adequado para abrigar a vítima da agressão.

Em realidade, muitas formas de opressão e exploração experimentadas na sociedade contemporânea brasileira são fruto do obscurantismo provocado pela falta de esclarecimento. Se, por exemplo, os trabalhadores escravos tivessem conhecimento dos ardilosos métodos com que se dá a captação ilegal de mão de obra escrava, e de suas severas consequências (muitas vezes desaguando na morte do trabalhador), muitos não se submeteriam voluntariamente a esse tipo de trabalho. O Estado gasta recursos com a fiscalização de grandes áreas, identificadas como as mais propícias para o desenvolvimento desse modo de trabalho ilegal, sem que, no mais das vezes, consiga identificar precisamente os pontos e locais onde o trabalho escravo se desenvolve. Mais eficiente seria a utilização de escolas públicas e privadas e de organismos não necessariamente personificados existentes nos locais de captação, com vistas a desmotivá-la, por meio do esclarecimento. Isso conduz à conclusão de que a abertura para participação de novos atores sociais é capaz de conferir maior eficiência à política, diante do interesse da comunidade local na sua desenvoltura.

No que concerne às distorções de gênero, observa-se que, dentro do mercado de trabalho, as mulheres acabam se sujeitando a situações mais penosas, que são vistas, por exemplo, com a inexistência de paridade salarial entre homens e mulheres para o desempenho da mesma função. Fora do local de trabalho, as mulheres enfrentam a dupla jornada, concernente às tarefas desempenhadas dentro de casa, no mais das vezes, sem que haja participação igualitária de seu marido ou companheiro. Conforme já apontado, uma boa medida é a divulgação do conceito de *relações compartilhadas*, em que homem e mulher dividem, igualitariamente, os afazeres domésticos. A implementação dessa política pode-se dar com a participação dos sindicatos, centrais sindicais, das empresas, escolas, universidades, órgãos públicos. À Administração, cabe dispor

dos elementos necessários para sua concreção, tais como a criação de modelos de *cartilhas de esclarecimento*, padrões para desenvolvimento de *dinâmicas em grupo*, indicação de *palestras*, definição de moldes para criação de *cursos de afazeres domésticos para homens*, entre outros, com o escopo de modificar a visão patriarcal que ainda impera em nossa cultura. A ampliação do alcance do papel de gênero masculino, para abranger os afazeres domésticos de forma compartilhada, é capaz de propiciar, em médio prazo, um melhor desempenho feminino no mercado de trabalho. Sobre a Administração, recai a responsabilidade pela identificação da prática virtuosa e de delineamento da forma mais adequada de realiza-la, além de sua ampla divulgação em seus mais diversificados setores, como escolas públicas, hospitais, órgãos públicos, sem que isso represente necessariamente gastos para o Estado. A sua consecução competirá aos demais atores apontados. A nosso sentir, medidas como esta são capazes de propiciar ganhos para todos os envolvidos, inclusive aos empresários. Para tanto, é preciso que até eles chegue o conhecimento dos ganhos a serem obtidos com a adoção da prática virtuosa identificada, oriundos da melhoria do desempenho feminino no mercado de trabalho.

São mecanismos dessa ordem, semelhantes aos dois anteriormente apontados, que podem ser acolhidos pelo Estado como cerne de políticas públicas, a fim de corrigir os elementos que têm propiciado peculiares formas de exploração (como no caso do trabalhador escravo) e de opressão (como no caso das mulheres), sem que a eles se oponha necessariamente o insolúvel debate entre *mínimo existencial* e *reserva do possível*, entre *responsabilidade fiscal* e *responsabilidade social*.

Considerações Finais

No que se refere às demandas de gênero, a problemática da desarticulação governamental e descontinuidade das políticas públicas é oriunda de uma série de fatores que dizem respeito não só ao questionamento acerca da própria condição de opressão e exploração femininas, mas também à multiplicidade de elementos que dão causa a essa condição. A institucionalização das políticas públicas, do ponto de vista jurídico, aliada a um novo direcionamento da ação governamental perpetrado pela abertura de caminhos seguros e plurais, numa ótica de afastamento do positivismo jurídico, são capazes de enfrentar com clareza e objetividade os obstáculos impostos pela burocracia estatal. Com relação ao processo de escolha da política a ser adotada, dentro do universo de demandas sociais merecedoras da tutela estatal, é preciso que se atue, primordialmente, no combate às causas ensejadoras das peculiares formas de opressão e exploração, pois, assim não fazendo, a Administração se perderá com a adoção de medidas meramente paliativas, e não corretivas. À vista do embate existente entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, é imprescindível a observância de elementos norteadores do processo de escolha da política pública, apontados anteriormente, sem que isso implique o enrijecimento das ações governamentais frente a novos delineamentos das demandas sociais. Cuida-se de um caminho jurídico voltado à emancipação social, que vai além da mera regulação estatal, em que o Estado participa com papel orientador e divulgador de virtuosas práticas destinadas à correção dos elementos causadores de específicas formas de exploração e opressão, sendo esse o cerne da política pública a ser adotada.

Referências

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de Gênero e ações afirmativas:* desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas:* contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Marcos da. *Representatividade Feminina no Poder Judiciário.* Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2012/167/>. Acesso em: 11 abr. 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença* – As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

EHRLICH, Carol. The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: can it be saved. In: SARGENT, Lydia, et al. (Eds.). *Women & Revolution:* A discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism. Boston: South End Press, 1981. p. 109-133.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 11. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2013.

HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado:* processos de transformação do sistema capitalista de Estado. Tradução Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo:* desigualdade y discriminación salarial. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica* – Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARQUES, Siomara A. As políticas de ações afirmativas geradoras de novos direitos: a questão das mulheres e dos homossexuais. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.). *Novos Direitos:* Conquistas e Desafios. Curitiba: Juruá, 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de Gestão Pública Contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. Contribuição para uma epistemologia dos "novos direitos". In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.). *Novos Direitos:* Conquistas e Desafios. Curitiba: Juruá, 2008. p. 59-81.

ROCHA, Patrícia. *Mulheres Sob Todas as Luzes:* a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado. Belo Horizonte: Leitura, 2009.

ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas:* direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHERES na política. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/mulheres_na_politica/view>. Acesso em: 11 abr. 2014.

Submissão: 14/03/2014
Aceito para Publicação: 27/05/2014

Da Espera Excessiva em Fila de Banco: da Afronta ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

The Excessive Waiting in the Bank Queue: of the Affront to the Constitutional Principle of Human Dignity

Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga*
Marco Cesar de Carvalho**

Resumo: Este artigo procura demonstrar que a espera injustificada nas filas das agências bancárias fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. A espera pelo atendimento em filas revela o desrespeito e a falta de atenção ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor dispôs a respeito da proteção e dos direitos básicos do consumidor, à vida, saúde e segurança, educação, informação, contra a publicidade enganosa, à efetiva reparação dos danos advindos da relação de consumo, o direito de acesso à Justiça e órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor, o direito à facilitação da defesa de seus direitos e, por fim, o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Quando o assunto é o atendimento do cliente bancário, a atuação das instituições financeiras não corresponde às expectativas de seus consumidores

* Pós-graduanda pela Universidade Paulista.

** Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, campus de Bauru. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FAAP, campus Ribeirão Preto. Especialista em Jurisdição Constitucional pelo *Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti III Edizione*, ministrado na *Università di Pisa*, *Dipartimento di Giurisprudenza*. Professor de Direito do Trabalho, Previdenciário, Processual Civil e Prática Processual Civil na Libertas Faculdades Integradas de São Sebastião do Paraíso.

quando um cliente fica aguardando um tempo excessivo em fila para ser atendido, além do limite máximo permitido em lei, afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana, porque é angustiante, gera desgaste físico e mental, além do evidente cansaço e irritação, atingindo a pessoa em sua esfera íntima, ofendendo-lhe a honra e sua condição humana. A atuação das instituições financeiras deve ser repensada tanto na forma de sua estrutura física e instalações como no aspecto de um quadro de funcionários condizente com o número de clientes para atendê-los da melhor forma, com toda a devida consideração e respeito pelos consumidores.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito do Consumidor. Instituições Financeiras. Atendimento Bancário.

Abstract: This article seeks to demonstrate that the unjustified waiting in queues of bank branches directly offends the principle of human dignity. The waiting time in queues shows disrespect and lack of attention to the consumer. The Consumer Defense Code provided for the consumer protection and fundamental rights, such as life, health and safety, education, information, against misleading advertising, effective indemnification for damages derived from the consumption process, the right of access to Justice and administrative organs of consumer protection and defense, the right to a facilitated defense of its rights, and, finally, the right to adequate and effective provision of public services in general. When it comes to the banking customer service, the performance of financial institutions does not match the expectations of its customers when a customer waits for too long in queue to be served, beyond the maximum limit allowed by law, affronting the principle of human dignity because it is distressing, generates physical and mental exhaustion, beyond the obvious fatigue and irritation, impacting the person in its intimate sphere, offending its honor and its human condition. The role of financial institutions should be reconsidered both in its physical structure and installations aspect as in the aspect of a number of staff compatible with the number of customers in order to serve them in the best way, with all due consideration and respect for the consumers.

Keywords: Principle of Human Dignity. Consumer Law. Financial Institutions. Banking Services.

Introdução

O presente artigo tem como escopo identificar um problema vivido por muitos, se não pela maioria da população brasileira que utiliza os serviços prestados pelas instituições financeiras. Percebe-se que existe um gravíssimo problema quando o assunto é a atuação dessas instituições com relação ao tempo dos serviços prestados dentro da própria agência, havendo uma demora injustificada no atendimento do cliente.

Nos dias atuais e por conta de muitos compromissos e vida atribulada de todos, vive-se em constante movimento e produção, em que o tempo consumido ao longo do dia numa tarefa deve ser apto a permitir a realização de outras. Mas isso muda caso uma pessoa necessite utilizar-se de quaisquer serviços dentro de uma agência bancária, porque o tempo de espera, em dias comuns poderá ultrapassar em uma hora, isso em centros regionais e com população abaixo de cem mil habitantes, porque, em se tratando dos dias de maior fluxo (quinto dia útil, véspera e pós-feriado prolongado), o tempo de espera poderá ser superior.

Em Macapá/AP a Lei n. 1.456/05 estabelece que o tempo de espera em dias normais é de quinze minutos e véspera de feriados de 25 minutos, levando em consideração que a cidade possui em torno de 400 mil habitantes, recentemente o autor de uma ação chegou à instituição bancária às 11h24min, e foi atendido às 13h46min. Ou seja, o cliente esperou na fila de atendimento por mais de duas horas. Contrariado e bastante ofendido, ele moveu uma indenizatória por danos morais no Juizado Especial Cível e Criminal de Santana, e foi atendido em parte. O banco vai pagar R$ 3.000,00, mais juros e correção monetária, pelo transtorno, como muito bem fundamentou o

juiz Nilton Bianquini em sua decisão[1], a espera em fila de banco não constitui mero aborrecimento cotidiano, isso porque "[...] é capaz de causar impaciência, angústia, desgaste físico, sensação de descaso e irritação. Sensações estas que, indiscutivelmente, provocam um sofrimento íntimo, além dos dissabores e aborrecimentos próprios do cotidiano".

Nota-se um desestímulo ou falta de incentivo pelas instituições financeiras com relação ao atendimento físico dentro de suas agências. O cliente não consegue organizar seus compromissos num período razoável de tempo, em virtude de ter que aguardar seu atendimento numa fila, o que gera atraso na realização de seus outros compromissos, além do cansaço físico a que é submetido, extrapolando um mero aborrecimento, humilhando e afrontando qualquer pessoa que se sente indignada com tal demora injustificada.

Nosso ordenamento jurídico é responsável pela criação de parâmetros relativos, por exemplo, ao tempo de atendimento, a acomodações dignas e confortáveis para a espera, bem como a regras a serem seguidas, caso contrário, é evidente a falha na prestação do serviço bancário prestado, em que a instituição financeira responde objetivamente pelos danos daí advindos de sua ação/omissão. Dentro de uma linha de raciocínio lógico, consumidores e fornecedores deveriam conviver dentro de uma situação harmônica entre si.

[1] Disponível em: <http://www.tjap.gov.br/portal/publicacoes/noticias/1437-o-consumidor-que-ficou-tempo-excessivo-em-fila-baWnc%C3%A1ria-deve-ser-reparado-por-espera-no-atendimento.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

1 Nosso Ordenamento Jurídico

O artigo 24[2], inciso VIII e §§ 1º a 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios para legislarem a respeito da proteção do consumidor em caso de danos. Por sua vez, o artigo 30[3], inciso I, também da CF/88 estabelece a competência municipal para legislar a respeito de assuntos de interesse local, suplementando as legislações federal e estadual no que couber.

Em se tratando do exercício de atividades econômicas e financeiras, quem regulamenta a prática do ato ao interesse público é o Código Tributário Nacional (CTN), que em seu artigo 78[4] trata do Poder de Polícia da administração pública, regulando a prática de um ato.

[2] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
[...]
§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

[3] Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[4] Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do

De acordo com o texto do CDC, este sendo uma norma geral de consumo, acompanhada suplementarmente pela legislação estadual e pela municipal, com vistas ao interesse local, e, em consonância com as normas constitucionais e mais especificamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, há uma suficiente previsão normativa para a proteção do consumidor de qualquer prática abusiva por parte das instituições financeiras, mais ainda na chamada espera injustificada em fila de bancos.

Até porque as instituições financeiras estão sujeitas à aplicabilidade da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC), dispondo a respeito da proteção do consumidor, e dando outras providências, por força tanto do seu próprio texto como do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2591[5], em 07/06/2006, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2006, e, posteriormente, da edição Súmula n. 297[6] pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ratificando a sujeição dessas instituições ao CDC.

Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

[5] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990517>. Acesso em: 8 mar. 2014.

[6] Súmula nº 297 STJ - 12/05/2004 - DJ 09.09.2004 - Código de Defesa do Consumidor – Instituições Financeiras – Aplicação
O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

2 Os Princípios Constitucionais

2.1 A Juridicidade dos Princípios

Segundo Silva (2009, p. 18), princípios constitucionais são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. Tais princípios podem estar possivelmente incorporados, por serem à base das normas jurídicas, o que os transformaria em normas-princípios constituindo, dessa forma, os preceitos básicos da organização constitucional. Dentre os princípios constitucionais, destacam-se os princípios da dignidade humana, da legalidade, da igualdade, da isonomia de tratamento, da liberdade, do contraditório, da ampla defesa, e da proporcionalidade da lei.

Ferdinand Lassalle proferiu sua conferência a respeito da essência da Constituição (*Uber das Verfassungswesen*) numa associação liberal-progressista de Berlin. Segundo sua tese fundamental, a Constituição jurídica não passaria de um pedaço de papel (*ein Stuck Papier*), porém, percebemos que a Constituição é muito mais profunda que este conceito, ela está vinculada à realidade histórica concreta do seu tempo, bem como seus princípios que são voltados para se adaptar ao Direito que é vivo e a uma sociedade que não é estática. Tanto que, em caso de conflito, a Constituição não será considerada a parte mais fraca, sua autonomia está ligada diretamente aos pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*), que, mesmo em qualquer caso de confronto, permitem assegurar a sua força normativa. O Direito Constitucional não contradiz a natureza da Constituição. Ele deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, auxiliando no desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, como nos ensina Hesse (1991, p. 27).

Dessa forma, compete ao Direito Constitucional realçar e preservar a vontade pela Constituição (*Wille zur Verfassung*), que constitui a maior garantia de sua força normativa, impedindo o surgimento de ilusões relativas a questões fundamentais para a vida do Estado. O reconhecimento da autenticidade dos princípios dentro da Constituição e das normas jurídicas, num primeiro momento, causou entendimento negativo, pois os mesmos eram vistos com uma suposta natureza transcendente, em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como meras exortações de preceitos de ordem moral ou política, mas nunca reconhecidos como verdadeiros comandos de direito, conforme nos ensina Rothenburg (2003, p. 13).

No sentido do reconhecimento de juridicidade aos princípios, Mello (1981, p. 230) já os conceituava como:

> Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para o renomado jurista Reale (1991, p. 300): "[...] princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.". Enfim, todos funcionando como um mandamento fundamental, uma base de nosso Estado democrático de direito, ao qual o ordenamento jurídico deva se conformar em respeito ao princípio da integridade e coerência no próprio direito.

2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Barroso (2013, p. 61) ensina que:

> A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia, onde pensadores inovadores como Cícero, Pico della Mirandola e

> Immanuel Kant construíram ideias como antropocentrismo (uma visão de mundo que reserva ao ser humano um lugar e um papel centrais no universo), o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino.

O referido autor ainda explica que a dignidade humana tem suas raízes na ética, na filosofia moral e, num primeiro momento, o seu valor está diretamente ligado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. A proteção e promoção da dignidade humana foram consideradas tarefas exclusivas dos poderes políticos do Estado, ou seja, dos poderes Executivo e Legislativo (BARROSO, 2013, p. 61-62).

Num novo ambiente pós-positivista, no qual a Constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as Cortes necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente, favorecendo, assim, a ascensão da dignidade humana. E, nesse mesmo sentido, Barroso (2013, p. 63) deixa claro que "[...] a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito.". Existindo um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.

A CF/88, em seu artigo 1º, dispõe a respeito da dignidade humana em um regime democrático, republicano do tipo federalista, e enumera os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, baseados na soberania, na cidadania, na própria dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Com efeito, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê (artigo 1) que "[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito". E nesse sentido, Araújo

e Nunes Júnior (2012, p. 133), citando a lição do Padre Laércio Dias de Moura, para quem a noção de dignidade humana está atrelada à concepção de que:

> Cada ser humano tem, pois, um lugar na sociedade humana. Um lugar que lhe é garantido pelo direito, que é a força organizadora da sociedade. Como sujeito de direitos ele não pode ser excluído da sociedade e como sujeito de obrigações ele não pode prescindir de sua pertinência à sociedade, na qual é chamado a exercer um papel positivo.

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental e dessa forma ele independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo. Entende-se que o Direito não se faz resumir em texto legal, muito menos é caracterizado como um produto exclusivo de ação estatal. Até porque, e nos valendo das palavras do lusitano Ascensão (2005, p. 52): "O Direito é uma ordem da sociedade, e não uma secreção do Estado.". O conceito de dignidade humana é complexo. Em síntese refere-se ao fato de que a todos os homens deva haver respeito mútuo e consideração recíproca, já que todos igualmente têm a mesma dignidade.

A cerca da proteção dessa dignidade humana, assim entendida como um direito fundamental para a liberdade, a justiça e a paz mundial, assegurado e garantido na CF/88, mas, também protegido por um direito supranacional ou por decorrência de um Direito comunitário, decorrente dos pactos e tratados estabelecidos pelos países, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. I[7]), de 10 de dezembro de 1948[8], da qual o Brasil é signatário deste então, e a Convenção

[7] Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

[8] Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2014.

Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969[9], quando os Estados americanos reafirmaram no continente um regime de liberdade pessoal e de justiça social, em que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, não podendo ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada (art. 11[10]). E, de acordo com Andrade (2008 p. 1-2):

> No centro do direito encontra-se o ser humano. O fundamento e o fim de todo o direito é o homem, em qualquer de suas representações: homo sapiens ou, mesmo, homo sêmens; homo Faber ou homo ludens; homo socialis, politicus, œconomicus, tecnologicus, mediaticus. Vale dizer que todo o direito é feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico. Sujeito primário e indefectível do direito, ele é o destinatário final tanto da mais prosaica quanto da mais elevada norma jurídica. Constitui lugar comum a afirmação de que o interesse público ou social deve prevalecer sobre o individual. Mas isso é apenas pensar no homem de forma coletiva. Quando se prioriza um interesse público ou social em detrimento de um interesse individual, supõe-se estar a tutelar, ainda que de forma indireta, o interesse de um número maior de pessoas, ainda que não individualizadas. Assim, seja por que ângulo for o ser humano está no centro de toda e qualquer reflexão jus-filosófica. Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser. E, justamente por ser fundamento, o homem não constitui, em si, um princípio,

[9] Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969 - ratificada pelo Brasil com o depósito da carta de adesão à convenção em 25/09/1992, promulgada pelo Decreto n. 678, de 9/11/1992. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centro deestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 29 jan. 2014.

[10] Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade
1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

> pois o "fundamento não é um princípio, mas a justificação radical dos próprios princípios.".
> A humana condição não fundamenta e justifica o que é, mas o que deve ser, tanto no campo da moral como no do direito. No plano jurídico, como em tudo mais, "o homem é a medida de todas as coisas". A finalidade última do direito é a realização dos valores do ser humano. Pode-se, pois, dizer que o direito mais se aproxima de sua finalidade quanto mais considere o homem, em todas as suas dimensões, realizando os valores que lhe são mais caros.

Também nesse sentido, Canotilho (2003, p. 1.090) define os princípios jurídicos fundamentais como aqueles: "[...] historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.".

Alguns autores entendem que a isonomia é a principal garantia constitucional, e explicam a sua importância, contudo, diante do atual texto constitucional, Nunes (2009, p. 24-25) entende que "[...] o principal direito constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana e que a dignidade é o primeiro arcabouço da guarita dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional.".

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor preenchido *a priori*, ou seja, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa. Existe uma dificuldade de fixação semântica do sentido de dignidade, não implicando que a mesma possa ser violada. Ainda que não seja definida, é visível quando ocorre sua violação, finaliza Nunes (idem, p. 25-26).

A introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional é importante para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos de aplicação do Direito. Como observa Sarlet (2001, p. 71): "[...] a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que

este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção.".

Por isso, é favorável a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º[11], III, da CF/88, como um dos fundamentos do Estado democrático de direito e de nossa própria República, significativamente mesmo, diante da adoção de tal princípio, como símbolo do compromisso assumido pelo Estado brasileiro com os valores mais caros ao homem. E a expressão dignidade surge, ainda, em outros dispositivos constitucionais, como no artigo 226, § 7º, estabelecendo que o planejamento familiar seja fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; no artigo 227, *caput*, instituindo que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à "dignidade"; no artigo 230, *caput*, competindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, "defendendo sua dignidade".

O princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais, como no artigo 3º, inciso I, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" e a liberdade, a justiça e a solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, da dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação. O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, "[...] promover o

[11] DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV). Consagra-se, aqui, princípio ético já mencionado, qual seja o da igual consideração de interesses.

Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes. A dignidade não é algo a se buscar, pois a mesma está intrínseca na própria condição humana, já faz parte de cada um de nós. Não se faz necessário invocar o princípio da dignidade, que o mesmo venha acompanhado de um direito fundamental específico violado por alguma norma infraconstitucional (SARLET, 2001). Nesse caso, ele tem duas funções: a primeira defensiva e uma segunda prestacional, ou seja, encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade) e a outra, o princípio impõe condutas positivas, no sentido de proteger e promover a dignidade.

Dentro deste estudo, o que se vê e se demonstrará adiante, é quão grande é o descaso das instituições financeiras ao prestarem serviços aos consumidores, afrontando a dignidade humana de seus próprios clientes.

3 O Código de Defesa do Consumidor

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (DOU 12/9/1990, ret. DOU 10/1/2007) instituiu o Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção e defesa do consumidor em juízo ou fora dele.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi instituído pelo artigo 5º da CF/88, que dispõe a respeito de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente em seu inciso XXXII[12] que estabeleceu a promoção da defesa do consumidor

[12] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

pelo Estado. Tal sua importância, que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o CDC.

Anteriormente a esse dispositivo, a relação de consumo estava inserida dentro do Código Comercial, isso por volta da metade do século XIX. Porém, existiam muitas lacunas e o consumidor, tido sempre como a parte mais fraca desta relação, não estava protegido de forma coerente e adequada, conforme sua necessidade. Dessa forma, com uma ascensão consumista e o dinamismo da sociedade de uma forma geral, viu-se necessária a criação de uma lei que tratasse desse tema com exclusividade, garantindo de forma disciplinar, a proteção na relação entre consumidor e fornecedor.

Diante dessa necessidade, o Ministério da Justiça criou uma comissão de juristas, com notório saber jurídico e conduta ilibada, para a criação do tão esperado CDC. Tal comissão era presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover e integrada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. No dia 11 de setembro de 1990, entrou em vigor a Lei n. 8.078/90, estabelecendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que dispôs a respeito da proteção do consumidor e deu outras providências, dentre elas, a obrigatoriedade do cumprimento da referida lei, caso contrário, o fornecedor poderia até mesmo ser preso ou pagar uma prestação pecuniária (multa no valor mínimo de R$ 12 mil reais).

"A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, no mundo todo, um dos temas mais atuais do Direito".

---

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma relação equilibrada, agora é o fornecedor que assume a posição de força na relação de consumo e o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. Por consequência dessa vulnerabilidade do consumidor, por diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a algumas facetas do mercado, ou seja, não se busca uma tutela manca do consumidor, o objetivo é buscar uma proteção integral, sistemática e dinâmica, explica Ada Pellegrini Grinover et al. (CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2007, p. 6-7).

Já Bittar Filho (2007, p. 344), ensina que, por força do CDC, varreram-se das relações de consumo a má-fé, a malícia e o abuso, que passam a ser substituídos pela lisura, pela boa-fé e pela transparência.

Por conta dessas normas e outras também estabelecidas dentro do CDC, a promulgação dessa lei não foi aceita de forma pacífica por parte de seus destinatários, especialmente as instituições financeiras brasileiras, num exemplo claro deste descontentamento. Essas instituições não concordavam com seu enquadramento pela referida lei no conceito de fornecedoras e prestadoras de serviços bancários. Durante algum tempo, essas instituições debatiam-se em juízo, alegando que não estavam enquadradas ao artigo 3º do CDC, e que o cliente não poderia invocar a proteção do Código consumerista quando o litígio versasse a respeito de operações financeiras, como ensina Collossal (2007, p. 81).

Tanto que a Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CONSIF) ajuizou uma ADI de número 2591, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 26/12/2001, questionando a inserção e a inconstitucionalidade do artigo 3º [13], § 2º do CDC,

[13] Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de

referindo-se aos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária prestados por essas instituições financeiras.

Passadas as primeiras divergências, partindo da premissa de que as instituições financeiras prestam serviços (administram depósitos, efetuam cobrança, aplicam recursos de clientes, prestam atendimento etc.) e vendem produtos (seguros, ações, previdência privada), enquadram-se inafastavelmente das regras do Código de Defesa do Consumidor (COLLOSSAL, 2007, p. 81).

Dessa forma, o Pleno do STF, por maioria, julgou improcedente a ADI[14], quando saiu vencido parcialmente o Ministro Carlos Velloso (Relator), e, logo após, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base em seus julgados precedentes[15], uniformizou sua jurisprudência, editando a já citada Súmula n. 297, enquadrando de vez as instituições financeiras na aplicabilidade do CDC.

Mas o que importa para o presente artigo é que, de fato e de direito, há uma relação de consumo entre as instituições financeiras e seus clientes, até porque o conceito adotado de "serviços" é o de: "[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo

---

produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
[...]
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[14] Foi declarada a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, do CDC e, de conseguinte, concluiu-se pela sujeição de todas as instituições financeiras à aplicabilidade do CDC. ADI 2591 (julgamento em: 07/06/2006). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 10 mar. 2014

[15] RESP 298369 (DJU 25/8/2003); RESP 387805 (DJU 9/9/2002); RESP 106888 (DJU 5/8/2002) - RSTJ Vol. 161 P. 226; RESP 175795 (DJU 10/5/1999); RESP 57974 (DJU 29/5/1995) - JTARS Vol. 97 P. 403

as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (§2º do art. 3º do CDC). Concluindo que as instituições financeiras efetivamente se sujeitam ao CDC exatamente por haver essa relação de consumo.

3.1 Os Princípios que Norteiam o Código de Defesa do Consumidor

O CDC estabeleceu uma Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º), objetivando o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, elencando alguns princípios a serem observados e aplicados, dentre eles que o consumidor é a parte vulnerável no mercado de consumo, impôs a ação do Estado nessa proteção.

Esses princípios visavam à transparência e à harmonia das relações de consumo, de acordo com os demais princípios que norteiam o CDC, ao qual nenhum fornecedor poderá se furtar, sob pena de configurar tanto a falha na prestação do serviço como o descumprimento da própria Política Nacional das Relações de Consumo, especificamente na racionalização e melhoria dos serviços públicos quando há demora nas filas das instituições financeiras.

3.2 Dos Direitos do Consumidor

O CDC é um conjunto de normas com o objetivo de dar proteção aos direitos do consumidor, bem como instruir, regulamentar as relações e as responsabilidades entre o fornecedor (fabricante de produtos ou prestador de serviços) e o

consumidor final ao cabo dessa relação, fixando assim alguns parâmetros de conduta, como o cumprimento de prazos e o estabelecimento de penalidades. O CDC, em seu artigo 1º, estabeleceu as normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, e, estabeleceu, no artigo 6º [16], os direitos básicos do consumidor.

O CDC tem por finalidade proteger o consumidor, promover o equilíbrio contratual, buscando soluções justas e harmônicas. Por isso é que o Código de Defesa do Consumidor apresenta marcadamente protecionista, já que as suas normas se destinam à proteção da parte tida como a mais vulnerável na relação de consumo, ou seja, por óbvio o próprio consumidor (GARCIA, 2008, p. 36-37).

[16] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos assegurados à proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
IX - (Vetado);
X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

De acordo com o seu artigo 7º, esses mesmos direitos não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem de princípios gerais do direito, analogia, costume e equidade.

Dessa forma, essa proteção se faz necessária para evitar desigualdades no âmbito da relação de consumo, e, conforme ensina o ex-presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Ferreira (2013, p. 20):

> Têm de existir vários caminhos para a Justiça, conforme as tipologias dos casos concretos, em ordem a dar resposta aos anseios cívicos de quem se considere ofendido. E nesses caminhos – a que podemos chamar jurisdições ou meios jurisdicionais – todos devem respeitar os cidadãos que, de todos, são a razão de ser, e todos devem respeitar-se e harmonizar-se entre si.

E pela busca por caminhos distintos, diante do controle judicial (podendo ainda haver meios extrajudiciais como a mediação ou a conciliação e a arbitragem), o direito de ação é um direito público subjetivo, e pode ser exercido até mesmo contra o Estado, que, por sua vez, não pode recusar a prestação jurisdicional. Porém, o Estado-juiz não está obrigado a decidir a demanda a favor do autor, devendo aplicar o direito ao caso concreto (BONATTO, 2013, p. 98).

Não resolvido o vício do produto ou da prestação de serviço pelo prestador, deve o consumidor buscar todos os meios para a proteção do seu direito de consumidor, sendo assim, e na busca de caminhos por Justiça, o direito de ação se apresenta, e, conforme Bonatto (2013, p. 98): "Deste modo, verificamos que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, ou seja, é um direito subjetivo à sentença judicial, de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que se encontrem preenchidas as condições da ação."

3.3 A Relação entre o Consumidor e Fornecedor

Para compreender essa relação de consumo, foi necessário estabelecer conceitos aos termos consumidor, fornecedor, serviços e produto, para o quê o CDC[17] assim o fez. Em complemento, o parágrafo único do art. 2º esclarece que se equiparam aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Além disso, existe também a Política Nacional de Relações de Consumo que objetiva o atendimento das necessidades dos consumidores bem como o respeito à sua dignidade, a saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia dessas mesmas relações, com os instrumentos que o artigo 5º do CDC lhe forneceu, sempre com vistas à melhor e efetiva proteção de todo consumidor.

3.4 Da Qualidade dos Serviços Bancários Prestados

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis, em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em

[17] Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indeterminíveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito, conforme descrito no artigo 8º do CDC. Por sua vez, o fornecedor de serviços responde independentemente da existência da culpa, assim, sua responsabilidade é objetiva e a ocorrência de sua culpa é irrelevante, sendo tal verificação desnecessária, pois há interferência na responsabilização civil, e para a reparação de danos, ao particular, basta a demonstração do evento danoso, do nexo causal, do dano a ser indenizado e sua extensão (ALMEIDA, 2008, p. 88).

É um vício da qualidade do serviço bancário não atender as normas regulamentares de prestabilidade, no caso, as leis municipais e estaduais fixadoras do tempo máximo de espera por atendimento em uma fila, sendo assim, o prestador de serviço responde objetivamente pelos danos daí advindos (§ 2º do artigo 20, do CDC). Nesse caso, em se tratando também de órgãos públicos, empresas, concessionárias, permissionárias, ou de qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos. E, no caso de descumprimento, total ou parcial, dessas obrigações, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, objetivamente, na forma prevista no CDC.

A jurisprudência pátria até já caminhou para o entendimento aqui defendido, de lesão à dignidade da pessoa humana quando uma instituição financeira não cumpre o tempo regulamentar de espera em uma fila, tanto que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE[18]) já sumulou este entendimento: "Súmula nº 4. A espera em fila de agência bancária, por tempo excessivo, caracteriza falha na prestação do serviço e poderá ensejar reparação por danos morais. (DJ 30.11.2011).".

[18] Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/documentos/publicacoes/sumulas/sumula-004-IUJ-002-2011.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Com a evolução jurisprudencial, com vistas ao princípio da dignidade da pessoa humana, cujo papel da doutrina é importante, em sede de reparação de danos, o dano moral é evidente e incontestável, decorrendo *in re ipsa*, ou seja, quando uma pessoa passa horas em instituições financeiras, em uma ou mais filas, suplicando por um atendimento digno, sofre dano moral por causa das modificações negativas à sua pessoa em seu estado de bem-estar, em seu íntimo, o que prescinde de comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito e do nexo causal, os quais restaram evidenciados na hipótese, até porque contrariam as normas regulamentares deste serviço bancário, praticando um ato ilícito, que se enquadra nos artigos 186[19], 187 e 927 do Código Civil Brasileiro.

E o dano praticado pelas instituições financeiras pode também ser de ordem patrimonial, quando advém de ato que lesiona o patrimônio material de uma pessoa que, por exemplo, perde o horário para o pagamento de uma obrigação em outro banco e é penalizado com os ônus de sua mora (juros, multa e correções).

[19] DOS ATOS ILÍCITOS
Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

4 A Atuação das Instituições Financeiras

Na crescente evolução consumista, faz-se necessária cada vez mais a utilização dos serviços oferecidos pelas instituições financeiras, mas, infelizmente, essa relação de "dependência" não é tão simples e tão cômoda assim. Ocorre que as instituições financeiras estão cada vez mais sólidas e acumulando lucros exorbitantes num mercado econômico financeiro extremamente promissor, em face da diferença – *spread bancário* – entre os juros que pagam aos clientes/aplicadores e os que cobram nas suas operações[20].

No caso específico deste artigo, nota-se o descaso dessas instituições quando o assunto é o atendimento ao cliente dentro de suas agências bancárias, isso porque o tempo de espera em uma fila para qualquer tipo de movimentação não é menor que uma hora em dias normais. O descaso aumenta quando o cliente se dirige às agências em dias de maior movimento, como o 5º dia útil ou em caso de feriado prolongado. Para agravar a situação, o sistema virtual não admite toda e qualquer movimentação bancária, sem contar que muitos preferem ir às agências para cumprir seus compromissos.

O que se percebe claramente é que o número de empregados no setor bancário brasileiro diminui enquanto o faturamento cresceu, conforme afirma[21] o presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF), já que os 508 mil empregos no setor em 2012 representam apenas 69,4% do total que o setor tinha em 1990 (732 mil bancários), portanto, o número de bancários nas agências bancárias vem

[20] Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/acervo-digital/economia/em-dia-por-que-os-bancos-tem-lucros-tao-grandes-no-brasil/>. Acesso em: 12 mar. 2014

[21] Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-07-22/dieese-mesmo-crescendo-nos-ultimos-dez-anos-emprego-no-setor-bancario-e-70-do-total-ha-duas-decadas>. Acesso em: 12 mar. 2014

diminuindo, enquanto as instituições financeiras registraram lucro líquido acima de R$ 5 bilhões em 2013[22]. Mas, diante da retração do nível de emprego do setor bancário, portanto, daqueles que lidam diretamente com os clientes, o dado inverso é o do crescimento populacional, que, segundo a informação demográfica do IBGE (BRASIL, 2008, p. 19 e 28), a população que em 1991 era de mais de 146 milhões brasileiros, para 2014, a projeção é de que atinja os 200 milhões.

O consumidor tem o direito à proteção contra essa prática abusiva, mas os fornecedores, e nesse caso são as instituições financeiras, vêm sendo recordistas na violação desse direito, expondo os consumidores a situações desumanas, fazendo-o esperar por várias horas em filas intermináveis, sem disponibilizar assentos em número suficiente, sem fornecer água e sanitários, o que é humilhante, cansativo e estressante, gerando angústias e ansiedades, porque também impede o consumidor de cumprir outros compromissos, podendo, inclusive, gerar-lhe danos materiais.

É inaceitável que clientes aguardem mais de uma hora, estando de pé ou não, sofrendo total desconforto, sem sequer alguma previsão de quando será atendido. Nota-se claramente o investimento dentro das instituições financeiras no atendimento virtual, e até mesmo na extensão dos chamados correspondentes bancários (lotéricas, supermercados, drogarias), porém a falha do serviço no atendimento físico é um defeito e um flagrante abuso na prestação desses serviços.

O Poder Judiciário tem sido utilizado pela população para punir e responsabilizar, material e moralmente, essa demora injustificada nas filas de agências bancárias, sendo motivo de pagamento de indenizações para aqueles que infringirem a legislação que estipula um determinado tempo para que o

[22] Disponível em: <http://www.feebpr.org.br/lucroban.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

atendimento bancário seja efetuado. Vários Estados já possuem legislação a respeito deste tema, e, especificamente em Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.235 [23], de 26/4/2002, disciplina o atendimento aos consumidores por parte das instituições financeiras do Estado, norma que se tornou conhecida como Lei dos 15 minutos, estabelecendo além de tempo máximo para o cliente bancário ser atendido (art. 1º [24]), normas para conforto, saúde e higiene dos consumidores (art. 4º).

De *lege ferenda*, o Projeto de Lei n. 991/2011 da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), na forma do seu Substitutivo n. 1 [25], buscou evoluir a legislação estadual já existente, tendo constatado que a delimitação do tempo de espera para atendimento por parte das instituições financeiras tornou-se lei em diversos outros Estados e também em centenas de Municípios do País. Em razão do que, visa a melhorar o atendimento dos clientes com a distribuição de senhas com hora da entrada do consumidor na instituição financeira e a hora do atendimento no caixa, facilitando a fiscalização pelos órgãos de defesa do consumidor, em que essa senha: "[...] torna-se instrumento hábil para que os órgãos de proteção e defesa do consumidor possam obter uma prova documental e penalizar a instituição financeira que descumprir a lei no que tange ao tempo de espera para atendimento.".

Neste mesmo sentido, uma onda de leis municipais passou a ser editada para regulamentar o tempo de espera em fila de

[23] Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14235&comp=&ano=2002>. Acesso em: 11 mar. 2014.

[24] Art. 1º - Fica o estabelecimento bancário obrigado a atender o cliente no prazo de quinze minutos contados do momento em que ele entrar na fila de atendimento. [...]
Art. 4º - O estabelecimento bancário é obrigado a instalar banheiro e bebedouro para os clientes.

[25] Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2011&n=991&t=PL&doc=1>. Acesso em: 11 mar. 2014.

bancos, e daí algumas instituições financeiras foram em busca do mesmo Poder Judiciário para o questionamento quanto à competência do Município em legislar a respeito do tema. De acordo com o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 610.221/SC[26] a respeito da matéria, decidiu-se que o Município tem sim competência para legislar a respeito do tempo de espera de clientes na fila de banco. E nesse mesmo foi decidido pela 1ª Turma do STF quando julgou o Recurso Extraordinário n. 432789/SC[27].

[26] RECURSO EXTRAORDINÁRIO 610.221 SANTA CATARINA RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE RECTE. (S): CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF ADV. (A/S): KARINE VOLPATO GALVANI E OUTRO(A/S) RECDO. (A/S): MUNICÍPIO DE CHAPECÓ PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ 1. A hipótese dos autos versa sobre a validade de lei municipal que dispõe sobre o tempo de espera de clientes em filas de bancos. O acórdão entendeu pela constitucionalidade da Lei 3.975/99 do Município de Chapecó. 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 610.221, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Nesse sentido: AC 1.124-MC, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 04.08.2006; AI 491.420-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 24.03.2006; AI 709.974-AgR, rel. Min. Cármen Lucia, 1ª Turma, DJe 26.11.2009; RE 432.789, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 07.10.2005; AI 347.717-AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 05.08.2005; AI 747.245-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 06.08.2009; AI 574.296, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 16.06.2006; RE 559.650, rel. Min. Carlos Britto, DJe 02.12.2009. O acórdão recorrido não divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Com base nessa decisão, julgo prejudicados os pedidos de ingresso como amici curiae formulado pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro (Petição STF 31.299/2010 – fls. 133-135) e pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (Petição STF 40.545/2010 – fls. 155-163). Publique-se. Brasília, 27 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+610221%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/dygdckw>. Acesso em: 3 mar. 2014.

[27] EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEI MUNICIPAL. NORMA DE INTERESSE LOCAL. LEGITIMIDADE. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência

As referidas legislações municipais, com base justamente nesse interesse loção, na sua maioria limitam um determinado tempo para o atendimento, prevendo a responsabilização (advertência, multa, cassação de alvará de funcionamento) em caso de exceder esse limite, levando a uma nova discussão se haveria o cabimento ou não dos danos morais (REsp 1218497/MT[28] julgado pela 3ª Turma do STJ em 11/09/2012).

Mas, quando do julgamento do REsp 608918/RS[29], em 21/6/2004, o Ministro José Delgado, da 1ª Turma do STJ, já deixava claro que naquele Tribunal da Cidadania:

---

legislativa do Município. Recurso extraordinário conhecido e provido. Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo recorrido a Dra. Magda Montenegro. 1ª. Turma, 14.06.2005. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+432789%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+432789%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b2m7qdq>. Acesso em: 3 mar. 2014.

[28] AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRESSAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ). INDENIZAÇÃO DE R$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). 1. - A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2. - A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 3. - Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 4. - Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas. 5. - Recurso Especial improvido. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1218497&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 mar. 2014.

[29] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1248479&num_registro=200302071291&data=20040621&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 27 jun. 2014.

> Deve ser banida da cultura nacional a ideia de que ser mal atendido faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão comum, principalmente quando tal comportamento provém das entidades administrativas. O cidadão não pode ser compelido a suportar as consequências da má organização, abuso e falta de eficiência daqueles que devem, com toda boa vontade, solicitude e cortesia, atender ao público.

Portanto, nem tanto somente pela existência de legislação reguladora, mas, principalmente, pela espera excessiva ou outros constrangimentos, pode haver a responsabilização dessas instituições financeiras pelos danos morais causados pelo sofrimento experimentado pelo cliente, inclusive por eventuais danos materiais, também. Mas, ao que parece, essas instituições não se preocuparam com estas decisões aqui e acolá, até porque parte dos seus altos lucros já se destina ao pagamento dessas indenizações, as quais, em virtude da baixa demanda judiciária pelos consumidores dos serviços bancários, mostram-se ínfimas, exatamente porque continua custando muito mais barato descumprir a legislação e afrontar a dignidade das pessoas.

Considerações Finais

Com o desenvolvimento tecnológico e digital, as instituições financeiras aderiram aos sistemas informatizados e meios telemáticos, com investimentos em novos softwares desenvolvidos, única e exclusivamente, para o atendimento virtual, com o objetivo de expandir esse mesmo atendimento, virtualmente, para tentar solucionar a demanda dentro das agências bancárias.

Entretanto, mesmo com esse tipo de serviço, em uma rede invisível, dentro dos padrões de segurança garantidos pelas instituições financeiras, muitos clientes não aderiram a tal prática, ou, então, ainda não dispõem de tal meio para

determinado serviço bancário, quando os clientes são obrigados a se dirigirem às agências para um atendimento personalizado ou mais seguro.

A partir da constatação do grande investimento por parte dessas mesmas instituições, objetivando um melhor e mais completo atendimento virtual, tal atendimento passou a ser sua prioridade. Porém, e com relação ao atendimento físico dentro das próprias agências, não se fez o investimento com o mesmo cuidado ou com o mesmo zelo para com seus clientes, que ainda buscam ou são obrigados a um atendimento pessoal (cliente físico) para a concretização do seu serviço bancário no dia a dia, pelos mais diversos motivos (analfabetos, sem conhecimentos de informática, os chamados *excluídos da era digital* etc.).

E nesse caso, os clientes são consumidores porque, na relação existente entre instituição financeira (sujeito ativo e prestador de serviço), esta não se exime dos critérios e das submissões que o nosso ordenamento jurídico lhes impõe com o objetivo de resguardar os direitos da outra parte, ou seja, do consumidor, portanto, do sujeito passivo dessa relação consumerista.

O consumidor tem direito a um serviço de qualidade, que seja eficaz, adequado às suas necessidades e conforme as normas regulamentares. O fornecedor, por sua vez, no caso, as instituições financeiras, deverão proporcionar este serviço, e caso não consigam êxito, caracterizados estão um vício na qualidade do serviço prestado bem como uma prática abusiva, consequentemente, deverão ser responsabilizadas administrativamente, e, ainda, judicialmente, condenadas provavelmente em ações que demandam pedidos de indenizações de danos morais, sem prejuízo, inclusive, de causarem também danos materiais.

Aguardar mais de uma hora numa fila de banco para conseguir findar qualquer serviço é algo degradante, desonroso, insultuoso, ofensivo à dignidade da pessoa humana, chegando

a ser vergonhoso, por conta da ausência de estrutura física e de pessoal para atender a demanda de serviços. Percebe-se que o investimento dessas instituições financeiras na quantidade de funcionários dentro de suas agências é algo constrangedor. É notória a despreocupação com relação à prestação de um serviço/atendimento satisfatório aos clientes e consumidores de seus serviços, mesmo havendo legislação que estabeleça limites temporais a esse atendimento.

Concluímos que a demora injustificada na fila de banco nada mais é que uma prática abusiva que desrespeita normas regulamentadoras causando prejuízos (morais e materiais) notórios aos clientes/consumidores, principalmente no sentido emocional, pelo descaso na qualidade do serviço prestado, bem como avilta um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento jurídico, violando a dignidade da pessoa humana.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, André Gustavo Correa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 18 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Verbetem, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 13. ed. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor:* dano moral e cláusulas abusivas. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

BONATTO, Claudio. O controle das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. III, n. 10, p. 87-110, jun. 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Informação Demográfica e Socioeconômica número 24. *Projeção da população do Brasil por sexo e idade 1980-2050*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2008/projecao.pdf >. Acesso em: 13 mar. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover et. al. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

COLLOSSAL, Jane de Araújo. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Dicionário Jurídico, 2007.

FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Julgados de paz e justiça. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, v. III, n. 10, p. 13-32, jun. 2013.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 4. ed. Niterói: Ímpetos, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Augusto Fabris Editor, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor:* com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de defesa do consumidor:* doutrina, jurisprudência e legislação complementar. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Augusto Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

UNESCO. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2014.

Submissão: 14/03/2014
Aceito para Publicação: 01/07/2014

A Tributação do Expatriado Estrangeiro à Luz do Direito Internacional Tributário do Brasil

The Taxation of Foreign Expatriates in Accordance with Brazilian International Tax Law

Ana Carolina Assumpção Stoffel*

Resumo: É indiscutível que o Direito Internacional Privado vem ganhando cada vez mais destaque, dada a sua crescente aplicação no presente cenário mundial, especialmente diante da globalização que promove a incessante interação entre pessoas jurídicas e físicas de diferentes nacionalidades. Como uma das resultantes desse fenômeno, inúmeros profissionais são transferidos de seu país de origem, a fim de fixar residência na localidade em que a empresa para a qual trabalha possui filial, matriz ou subsidiária. Ou seja, a expatriação vem se tornando um acontecimento frequente em empresas multinacionais, e dada a complexidade envolvida no processo de transferência de um funcionário de um país para o outro, a temática precisa ser considerada de diferentes ângulos: jurídico, cultural, político, econômico, entre outros. Nessa direção, o presente trabalho dedica-se a análise das principais questões ligadas à tributação de estrangeiros que se encontram no Brasil, por questões laborais, o que significa apontar para a tributação de rendas e proventos de qualquer natureza, além de abordar critérios de conexão e residência fiscal no Direito Internacional Tributário e, por fim, abordar a relação dos principais vistos com a tributação e a política de equalização fiscal.

* Especialização em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Especialização em Direito Internacional no Centro de Direito Internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional Tributário. Expatriado-Estrangeiro. Residência Fiscal. Tratados Internacionais Tributários.

Abstract: There is no doubt that Private International Law is gaining more and more prominence due to its growing application in the present world scenario, especially in face of the globalization that promotes the non-stopping interaction between companies and individuals of different nationalities. As a result of this phenomenon, many professionals are transferred from their country of origin, in order to take up residence in the place which the company for which they work for has an affiliate, matrix, or subsidiary. I.e., expatriation is a commonplace event in multinational companies and given the complexity of the process of transferring an employee from one country to another, the issue needs to be considered from different angles: legal, cultural, political, economic, etc. Thus, this paper focuses on the analysis of the main issues regarding the taxation of foreigners that are in Brazil for labor issues, which means pointing at the taxation of their income and earnings of any nature, as well as to approach the criteria of connection and tax residence under the International Tax Law, and, finally, to approach the relationship of the main types of visa with taxation and the policy of fiscal equalization.

Keywords: International Tax Law. Foreigner Expatriates. Tax Residence. International Tax Trade.

Introdução

Os estudos sobre os impactos da globalização, em distintas sociedades, têm ressaltado, entre outros aspectos, a maior interação promovida entre os países e, de igual modo, a aproximação entre pessoas de diferentes nacionalidades. Em decorrência desse novo panorama, percebe-se, gradativamente, a consolidação do "jusprivatismo internacional" (BASSO, 2009), que se reflete diretamente na seara tributária, conforme será ora explanado.

Esse fenômeno já é reconhecido pela doutrina que assevera:

> O direito internacional privado representa, na atualidade, um dos ramos do ordenamento jurídico que mais crescem em importância e significado. Essa afirmação se baseia no fato de que os povos do mundo a cada dia interagem de modo mais evidente, e as relações individuais de caráter privado se acentuam no plano das relações jurídicas, cada vez mais mescladas de "elementos estrangeiros" (BASSO, 2009, p. 3).

A partir da afirmação de Basso (2009), parece interessante pensar em como a troca de experiências entre indivíduos de distintas nacionalidades se torna latente e ganhou espaço em diversas áreas: acadêmica, familiar, política, desportiva, profissional, cultural etc[1]. No ramo empresarial, esse movimento também é notável: não raramente, há empresas brasileiras que se internacionalizam e, por vezes, enviam empregados brasileiros para suas filiais estrangeiras; empresas com sedes fora do Brasil buscam ampliar suas atividades no mercado brasileiro, enviando seus funcionários em designação internacional.

Sabe-se que o envio de um empregado, a trabalho, para outro país, envolve questões de âmbito legal, econômico, político, familiar, sociocultural, entre outros. Por esse motivo, o presente estudo objetiva contribuir na discussão dessa temática, focalizando alguns dos principais aspectos jurídicos atinentes à situação fiscal do expatriado durante a sua designação para outro país que não aquele do qual é oriundo, sobretudo, no tocante à taxação das rendas e dos proventos de qualquer natureza.

---

[1] Nesse sentido, oportunas são as palavras de Basso (2009): "Se levarmos em conta somente o Brasil, veremos o afluxo de pessoas de todas as nacionalidades que aqui aportam e aqui estabelecem relações individuais de ordem privada. Bem como, por outro lado, o elevado número de brasileiros que deixam o país rumo à União Europeia ou aos Estados Unidos da América, para apenas excursionar ou com a intenção de estudar, submeter-se a tratamento médico-cirúrgico ou, mesmo, com o espírito de lá permanecer" (BASSO, 2009, p. 4).

Considerando que ainda há uma zona cinzenta que permeia a tributação das rendas e dos proventos do expatriado estrangeiro, a despeito de a expatriação mostrar-se cada vez mais frequente, este trabalho tece importantes considerações a respeito dos tributos incidentes sobre a renda do expatriado que venha adquirir residência fiscal no Brasil, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como os casos em que, ainda que não se perpetre tal aquisição, há exação brasileira e se verifique a legalidade de o Brasil tributar rendas e proventos de expatriados estrangeiros.

1 Definições Preliminares: Estrangeiro, Expatriado e Expatriação

Ao propor-se uma pesquisa que dispõe acerca da tributação internacional brasileira para expatriados, primordial se faz, ainda que de forma breve, conceituar os destinatários do *fisco internacional*.

Corriqueiramente, observa-se uma confusão entre *estrangeiro* e *expatriado* e, por vezes, tais predicativos são utilizados como sinônimos, embora isso seja feito erroneamente.

Estrangeiros são todas as pessoas que, por algum motivo, encontram-se em um país diferente do qual ostentam nacionalidade. Já o expatriado tem seu significado vinculado à carreira profissional. O expatriado é aquele que é convidado pela empresa em que trabalha a exercer suas atividades na sede, filial ou matriz no exterior, por um tempo determinado (GADEX, 2008).

Desse conceito de expatriado[2], parece razoável aceitar que o fenômeno da expatriação corresponde ao "[...] ato ou efeito

[2] Para uma leitura mais aprofundada acerca do conceito de expatriado e respectivas características e modalidades, recomendamos Tung (1981).

de expatriar-se ou ir residir em país estrangeiro" (FERREIRA apud RAMPI, 2009, p. 19).

A expatriação comporta inúmeras peculiaridades importantes, como as elencadas por Barbosa (2010):

> Trata-se de um processo caro, pois implica em uma série de custos para atrair os melhores candidatos; é um processo demorado, uma vez que apreender um novo código cultural e construir uma nova forma de vida não se faz de um dia o outro; é um processo ariscado, pois ainda não foi inventado um método de seleção infalível e que considere o ser humano na sua complexidade, de forma a se controlar antecipadamente e/ou posteriormente as variáveis subjetivas que afetarão ou que afetam o seu desempenho. Apesar destas restrições, estas alternativas têm sido utilizadas em larga medida pelas empresas (BARBOSA, 2010, p. 17).

O expatriado, sujeito principal desse processo, por sua vez, é entendido como o "[...] estrangeiro-profissional que sai do seu país para viver em outro país" (RAMPI, 2009, p. 20), estando, portanto, a expatriação intimamente vinculada à transferência física de um profissional para território estrangeiro com fins profissionais, tal qual se verifica na própria legislação pátria que determina as diretrizes básicas sobre a contração de expatriados (estrangeiros ou brasileiros), isto é, no caput do artigo primeiro da Lei nº 7.064/82: "esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores *para prestar serviço* no exterior" (grifo nosso).

Na mesma direção acima mencionada, converge também a doutrina:

> A contestação a estes questionamentos e temas jurídicos aos mesmos vinculados é no que consiste o objeto do presente estudo, que parte do princípio que devemos considerar como sinônimos os termos "transferido" e "expatriado". Vamos utilizar o segundo conceito de forma mais frequente, tendo em vista que o mesmo sintetiza a idéia (sic) de transferência internacional, assim como é o termo mais utilizado no moderno âmbito empresarial-trabalhista.

> Assim, o trabalhador que realiza uma transferência internacional temporária por um período superior de 12 meses, mesmo porquê (sic), conforme o parágrafo único do art. 1, da Lei 7064/82, não são considerados expatriados aqueles empregados designados para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 dias (MORAES, 2009, p. 97).

Isso posto, é possível afirmar que todo expatriado é um estrangeiro, mas o inverso nem sempre é verdadeiro, razão pela qual, neste estudo, não se utiliza *expatriado* e *estrangeiros* como sinônimos. Além disso, para fins de maior precisão, far-se-á uso da expressão *expatriado brasileiro* para referir-se ao indivíduo brasileiro em designação no exterior e *expatriado estrangeiro* quando o alvo se dirigir ao profissional que ostente outra nacionalidade que não a brasileira e que se encontra no Brasil por questões profissionais.

2 A Residência Fiscal sob a Ótica do Direito Tributário Internacional do Brasil

2.1 Da Aplicação do Direito Internacional Privado do Brasil e dos Elementos de Conexão na Seara Tributária

No direito interno brasileiro, residência ou domicilio fiscal é regulado pelo Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual o contribuinte pode eleger o seu domicílio tributário – localidade onde exercerá as suas obrigações e seus direitos fiscais[3] –, exceto em situações previstas na referida lei complementar[4].

---

[3] O Código Tributário Nacional (CTN) é, originalmente, uma lei ordinária. Contudo, quando foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, alçou *status* de lei complementar.

[4] A escolha do domicílio fiscal pelo contribuinte e suas exceções encontram-se reguladas no artigo 127 do Código Tributário Nacional.

Observe-se que o CTN é uma lei complementar de normais gerais, aplicadas ao direito interno brasileiro. No caso dos expatriados, as regras atinentes ao domicílio fiscal não são regidas por tal Código, mas sim pelas normas de direito internacional privado brasileiro. Essa diferenciação se deve ao fato de que a expatriação não envolve somente indivíduos subordinados a um único ordenamento jurídico, mas sim a, pelo menos, dois sistemas legais distintos. Assim, a expatriação, enquanto relação privada que o é, envolve elementos de conexão, tais como, mas não apenas, nacionalidade e território nacional, que reclamam, consequentemente, a aplicação do direito internacional privado na esfera tributária[5].

Ao tratar-se de uma questão que envolve elementos de estraneidade, está-se, inicialmente, diante um conflito que acaba se estendendo para a esfera da tributação internacional. Nesse quadro, emerge, pelo menos, uma questão significativa: um indivíduo nacional e residente de um país *A* que é transferido pela empresa que trabalha para um país *B*, será tributado por qual Fisco? Será eleito o Fisco do país que é nacional (e até então de sua residência) ou o do país para o qual está se mudando?

O impasse acima não resiste a uma análise mais criteriosa e revela se tratar de um mero e aparente conflito de normas tributárias de Fazendas Públicas de distintos Estados. Ao lançar-se mão do Direito Internacional Privado, verifica-se que a dificuldade logo cessa ao aplicar tal ramo do direito para

[5] A esse respeito, as palavras de Basso (2009) são importantes: "Está definido, portanto, o âmbito de atuação da disciplina: o estudo dos casos de direito privado que contenham elementos estrangeiros, como, por exemplo, o domicílio, a nacionalidade, o país sede das empresas, o local onde a obrigação se constituiu, o local onde o imóvel se encontra etc. Não entram no âmbito de estudo do DIPr questões relativas ao direito público (e nenhum de seus ramos). Daí porque nossa disciplina também poderia ser chamada de 'Direito Privado Especial', isto é, aquela que estuda e busca soluções para os 'conflitos e leis no espaço' em matéria privada" (BASSO, 2009, p. 6).

a órbita fiscal. Tão somente observa-se um choque de interesses de arrecadações[6], concurso de pretensão impositiva situada na esfera da política-fiscal e não no campo normativo[7], como defende Santiago (2006):

> Em suma, em nenhum dos casos há um conflito a exigir solução sob pena de impasse e perplexidade para o aplicador. O que se tem é um cúmulo (positivo ou negativo) de pretensões a reclamar tratamento por razões puramente econômicas – o que não significa, evidentemente, que sejam de menor importância ou que, em casos mais graves, não requeiram mesmo a pronta intervenção do(s) Estado(s), sob pena de grave lesão ao contribuinte (SANTIAGO, 2006, p. 64).

[6] Desse mesmo posicionamento, partilha Nunes (2010): "Pelo fato de, no que tange a normas de Direito Público, a orientação ser em sentido absolutamente oposto, em nosso pensar, não há espaço para conflitos de normas nessa seara. O que existe é tão somente a verificação de que um fato guarda conexão com um único ordenamento e, portanto, somente por este pode ser regulado; ou não, que guarda com mais de um e, portanto, por mais de um assim pode ser. Em matéria tributária é fácil a percepção desse espírito, mormente em sede de Direito Internacional Tributário. Os acordos de vontades para evitar a dupla tributação não resolvem conflitos de normas, tão somente indicam a que ordenamento deve se submeter um dado fato dotado de elemento de estraneidade que guarde conexão com mais de um dos Estados contratantes. Nem de longe cuida-se essa situação de produção de efeitos de norma (constituição e exigência do crédito tributário mediante a constituição de uma norma jurídica individual e concreta) de um Estado no domínio territorial do outro. Concurso de pretensões impositivas, sim. Conflitos de normas, jamais" (NUNES, 2010, p. 61).

[7] Com maestria, Heleno Taveira Tôrres explica sobre a diferença entre concurso de normas e concurso de pretensões na seara da tributação internacional: "Não prestigia o bom rigor metodológico quem trata o concurso de pretensões impositivas como espécie de 'conflito de normas'. O concurso de pretensões fiscais, plasmado em normas individuais e concretas, não cria qualquer 'conflito' de normas. O concurso de pretensões sobre uma matéria sujeita à tributação, para, ulteriormente, a atividade tributária interna (de cada um dos Estados) constituir os respectivos créditos tributários, não gera nenhum conflito impositivo, de dúvida sobre qual disciplina adotar ou sobre qual norma deva ser aplicável, ser decidida pelos critérios tributários de uma dada 'norma de conflito'. Por todas essas razões, concluímos não existir, para o Direito Tributário Internacional ou para o Direito Internacional Tributário, qualquer hipótese de aplicação de norma estrangeira que venha a ser decidida por uma norma de conflito, para a resolução de concursos de pretensões impositivas" (TÔRRES apud NUNES, 2010, p. 61).

A resolução de suposto conflito é possível porque o Direito Internacional Privado determina as regras para eleger qual fisco, em se tratando de Direito Tributário Internacional, é legítimo para promover a exação das rendas e dos proventos do expatriado, por meio do que se denomina de *elementos de conexão*.

No âmbito do direito internacional tributário, quando presentes, os elementos de conexão garantem legitimidade ao Brasil de tributar os expatriados estrangeiros, como pode-se depreender da asserção do ilustre doutrinador Alberto Xavier (1995), ao expressar o conceito de tais elementos:

> Os elementos de conexão consistem nas relações ou ligações existentes, os objetos e os fatos com os ordenamentos tributários, distinguindo-se em subjetivos, se se reportam às pessoas (como a nacionalidade ou a residência), ou objetivos, se se reportam às coisas e aos fatos (como a fonte de produção ou pagamento da renda, o lugar do exercício da atividade, do lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar de celebração de um contrato) (XAVIER, 1995, p. 218).

Com a conceituação anteriormente explicitada, entende-se que os elementos de conexão relativos à tributação da renda, tocante o Direito Tributário Internacional, são, o critério pessoal e o critério objetivo/material.

Neste ponto, cabe observar que a Lei nº 9.249/95, ao determinar a tributação da renda em bases universais, utilizou o elemento de conexão relacionado à pessoa do contribuinte (critério subjetivo). Isso significa que, se o contribuinte é qualificado como residente fiscal do Brasil, sua renda deverá ser tributada neste país, independentemente do Estado de origem das rendas e proventos a serem tributados.

A esse respeito, encontra-se eco nas palavras de Renato Nunes (2010):

> Nos fatos ocorridos fora dos limites territoriais do Estado brasileiro, estes só ganham sentido se conotados com certas qualidades das pessoas. É o caso da tributação da renda

> em bases universais, em que isso somente se faz possível mediante a qualificação do sujeito que a aufere. Sendo o contribuinte qualificado como residente neste País, tem-se a possibilidade de suas rendas auferidas ultraterritorialmente serem tributadas no Brasil (NUNES, 2010, p. 67).

Lado outro, o critério material ou objetivo considera o local de ocorrência do fato gerador como determinante de qual Estado detém o direito de tributar a renda auferida em seu território. Novamente, Nunes (2010) acrescenta dados relevantes a este estudo:

> Cuidando-se de uma conexão objetiva, material, a verificação em concreto das notas configurará a ocorrência do fato no território, autorizando o ordenamento que lhe corresponda a regulá-lo (fato). Nesse caso, a nota da hipótese que permite a localização do fato equivale ao critério de conexão, a qual se acomoda no critério espacial da regra-matriz. É porque o fato ocorreu no território do ordenamento que há relação entre eles (NUNES, 2010, p. 69).

Pelo exposto, infere-se que o elemento de conexão material respalda a tributação pelo fisco brasileiro quanto aos fatos geradores ocorridos em seu território nacional, ainda que a renda auferida seja de um não residente. É o que ocorre, por exemplo, com o pagamento de um serviço técnico realizado por não residente fiscal do Brasil que sofre retenção de Imposto de Renda na fonte pagadora, ou seja, pela pessoa física ou jurídica que realizou a importação do serviço. Também são tributados, de acordo com a conexão material, coadunando com o princípio da tributação em bases universais (princípio da residência ou conexão subjetiva), os fatos geradores de obtenção de renda e proventos, de qualquer natureza, dentro do território brasileiro, por residentes fiscais do Brasil.

Outro importante estudioso do tema, Teixeira (2008), também destaca os elementos de conexão material e subjetivo, no entanto, nomeia-os de *princípio da fonte* e *princípio da residência*, respectivamente:

> O Direito Tributário Internacional se desenvolveu, no que tange à tributação da renda, por meio da adoção de dois modelos impositivos, que se concretizaram através do princípio da fonte (*source-based taxation principle*) e do princípio da residência (*Worldwide income principle*).
> O ordenamento que adota exclusivamente o princípio da fonte tributa os rendimentos dos residentes e dos não residentes, somente se produzidos ou existentes no interior do seu território. Caso a opção seja pelo princípio da residência, opera-se uma distinção entre residentes e não residentes, sendo que esse último é tributado, na grande maioria dos casos, pelos rendimentos produzidos no interior do País – ou seja, com relação aos não residentes aplica-se o princípio da fonte. Mas, no que se refere aos residentes há uma tributação dos rendimentos globais, não interessando o lugar onde os mesmos são produzidos. Os residentes são tributados pelos rendimentos auferidos internamente, bem como por aqueles oriundos do exterior (TEIXEIRA, 2008, p. 178).

Feitas tais considerações, assume-se que o elemento de conexão pessoal ou subjetivo, primeiramente analisado, é válido e utilizado não apenas pelo Brasil, mas por vários outros países, como aponta Teixeira (2008):

> O Brasil, visando adotar regras padrões de tributação internacional, introduziu o princípio da renda mundial ou residência, no que se refere à tributação das pessoas jurídicas residentes no País, através do disposto no art. 25, da Lei n. 9.249 de 1995.
> Em virtude desse diploma legal, as empresas residentes no Brasil passaram a ser tributadas em bases universais, ou seja, os rendimentos auferidos internamente e no exterior sofrem a incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. Assim, todos os rendimentos, de fonte interna e externa, devem ser somados e oferecidos à tributação, com base nas leis brasileiras (TEIXEIRA, 2008, p. 178)[8].

Pelo até aqui exposto, parece razoável afirmar que o elemento de conexão subjetivo, amparado pelo princípio da

[8] Em que pese a análise da doutrinadora ser voltada às pessoas jurídicas, o mesmo fundamento é válido e aplicável para as pessoas físicas.

universalidade, é válido e amplamente praticado no âmbito internacional, permitindo a tributação do contribuinte que tenha auferido renda ou proventos, independentemente do local de ocorrência do fato gerador (art. 43 do CTN), conquanto haja residência fiscal no país que pretende tributar[9]. Isso significa dizer, por exemplo, que um estadunidense, residente fiscal no Brasil, terá todas as rendas tributadas pelo fisco brasileiro, ainda que auferidas em fontes pagadoras não brasileiras, em razão de sua residência fiscal ser no Brasil.

É ainda de se atentar para o fato de que o artigo 153 da Constituição Federal dispõe, em seu inciso primeiro do parágrafo segundo, que a exação sobre as rendas e os proventos será realizada em bases universais, explicitando, novamente, tal princípio que legitima o critério de conexão sob comento. Assim, tem-se que o critério de conexão subjetivo é válido e aplicado no direito internacional tributário, sendo seus elementos: a tributação – em bases universais –, a pessoa do contribuinte e a residência fiscal.

Em consonância com os argumentos ora apresentados, fica evidente que, uma vez presentes os elementos de conexão que atraiam a exação para o fisco brasileiro, em razão de constituição de residência fiscal, a legislação aplicável à expatriação, de acordo com o direito internacional privado brasileiro, será, principalmente, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99 ou Decreto n. 3.000/1.999), a Instrução Normativa nº 208, bem como

[9] O elemento de conexão material, conforme demonstrado nas linhas anteriores, também é válido e aplicável pelo Brasil. Contudo, tal elemento possui dois vieses: a tributação pode recair tanto sobre as rendas e proventos de não residentes quanto nos rendimentos de residentes. Como o presente trabalho trata-se de tributação das rendas e dos proventos de qualquer natureza de expatriados, que adquiriram residência fiscal no Brasil, o critério de conexão material coaduna com o critério subjetivo, também conhecido como princípio da tributação em bases universais ou princípio da residência, razão pela qual será abordado com maior profundidade o elemento de conexão pessoal.

o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1.980), sendo, portanto, o estrangeiro tributado, tão logo adquira residência fiscal no Brasil, em igualdade de condição com os contribuintes nacionais. Em outras palavras, existentes os elementos de conexão, no caso, fixada a residência fiscal no Brasil, o expatriado estrangeiro está sujeito à tributação sobre suas rendas e seus proventos em bases universais, de acordo com as alíquotas progressivas, determinadas pela legislação tributária brasileira.

Nesse diapasão, verifica-se ser de suma importância identificar qual é o elemento de conexão presente na situação concreta, a fim de se verificar a qual fisco o expatriado se torna contribuinte e qual será a base de cálculo da sua exação: as rendas universalmente consideradas ou apenas as rendas auferidas do fato gerador ocorrido em um determinado território nacional. Corroborando com o exposto, Teixeira (2008) tece considerações relevantes quanto à pessoa jurídica, igualmente aplicáveis à pessoa física:

> Dessa forma, mostra-se de suma importância determinar se uma empresa é ou não residente no Brasil, porque uma vez sendo residente ela será tributada pela totalidade dos rendimentos auferidos, ainda que eles não tenham sido produzidos em nosso território (TEIXEIRA, 2008, p. 178).

2.2 Residência Fiscal de acordo com a Legislação Brasileira e sua Relação com o Tipo de Visto Ostentado pelo Expatriado Estrangeiro

A legislação brasileira, consoante à pessoa física, considera sujeito à taxação sobre rendas e proventos auferidos aqueles que, por determinação legal, são enquadrados como residentes fiscais do Brasil. O tipo de residência encontra-se intimamente relacionado com o visto ostentado pelo expatriado: a) pessoas que residam no Brasil em caráter permanente; b) indivíduos

que sejam detentores de visto permanente ou temporário (após o transcurso de 183 dias em um período de doze meses, neste último caso); c) brasileiros que, após terem atingido o *status* de não residentes fiscais, retornem ao território nacional com ânimo definitivo; d) brasileiros que tenham se ausentado do Brasil em caráter temporário ou se retirem, em caráter permanente, do território nacional, sem entregar a Declaração de Saída Definitiva do País.

Dados os limites deste artigo, analisar-se-ão somente as situações de residência fiscal atinentes ao expatriado estrangeiro quanto aos principais tipos de vistos e suas respectivas características, desde que guardem relação com a matéria tributária em estudo, sendo omitidos os detalhes atinentes aos vistos que não influenciam na taxação, por se inserirem em matéria de direito migratório.

2.2.1 Visto Temporário com e sem Contrato de Trabalho

O visto de trabalho – que encontra fundamento legal no artigo 13, inciso V, da Lei nº 6.815/80[10] –, pode ser pleiteado, quando há formalização, por meio de contrato de trabalho, da relação empregatícia entre a empresa brasileira e o expatriado-estrangeiro. A partir da celebração de tal acordo de vontades, a empresa contratante deverá observar a legislação trabalhista e previdenciária brasileira, bem como arcar com os encargos trabalhistas e previdenciários, em razão do vínculo empregatício formado.

[10] Transcreve-se aqui o artigo 13, inciso V, da Lei nº 6.815/80: "Art. 13. O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil: [...] V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; [...]".

Considerando que o expatriado entre no Brasil com contrato de trabalho previamente acordado, será o mesmo considerado residente fiscal a partir de sua entrada física em território brasileiro, conforme determina o artigo 19, inciso primeiro, do Decreto 3.000/1999, *in verbis*:

> Art. 19. Sujeitar-se-á à tributação pelo imposto de renda, como residente, a pessoa física proveniente do exterior que ingressar no Brasil, com visto temporário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 12):
> I - para trabalhar, com vínculo empregatício, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da data de sua chegada;
> [...]

Diferente é a situação do estrangeiro que entra em território brasileiro sem possuir contrato de trabalho com pessoa jurídica brasileira. Nesse caso, o funcionário expatriado será considerado contribuinte do imposto de renda no Brasil, em caso de permanência por período igual ou superior a cento e oitenta e quatro dias, consecutivos ou não, em um lapso temporal de até doze meses, devendo observar as obrigações fiscais para com leão brasileiro, a partir da configuração de seu *status* como residente fiscal, conforme também determina o Decreto nº 3.000/99:

> Art. 19. Sujeitar-se-á à tributação pelo imposto de renda, como residente, a pessoa física proveniente do exterior que ingressar no Brasil, com visto temporário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 12):
> [...]
> II - por qualquer outro motivo, e aqui permanecer por período superior a cento e oitenta e três dias, consecutivos ou não, contado, dentro de um intervalo de doze meses, da data de qualquer chegada, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir do dia subseqüente àquele em que se completar referido período de permanência.
> [...]

Diferentemente disso, caso o estrangeiro entre com visto temporário, sem contrato de trabalho, e durante sua estada seja celebrado um acordo de trabalho com empresa brasileira, o mesmo será considerado sujeito à taxação do leão brasileiro, a partir da formalização do vínculo de trabalho, ainda que não tenha gozado do benefício da *carência* de cento e oitenta e três dias – previstos para aqueles que possuem visto temporário sem contrato de trabalho –, já que houve uma mudança em seu perfil, ou seja, de estrangeiro passa à condição de expatriado.

2.2.2 Visto Temporário para Assistência Técnica e Cooperação Técnica

A situação do visto temporário – previsto no artigo 13, inciso V da Lei nº 6.815/80 e regulamentado pela Resolução Normativa nº 61 do Conselho Nacional de Imigração –, dispõe a respeito da transferência de tecnologia e prestação de assistência técnica. O que determinará a condição de residência fiscal do expatriado que preste assistência ou cooperação técnica será sua permanência igual ou superior a 184 (cento e oitenta e quatro) dias, ainda que o seu visto seja válido por maior lapso temporal. O prazo inicial do visto sob comento é de doze meses, mas, caso o expatriado deixe o território brasileiro nos 183 (cento e oitenta e três) dias subsequentes ao da sua entrada, não retornando durante os doze meses subsequentes, não configurará a residência para fins de tributação de imposto de renda no Brasil, sendo aplicável a determinação do artigo 19, inciso segundo, do Decreto 3.000/1999.

2.2.3 Visto Permanente

O visto anunciado na Resolução Normativa nº 95, de 2011, chamado de *visto permanente*, é destinado aos funcionários que exercem cargos de gerência e direção, ou seja, cargos de confiança de uma empresa. Tais expatriados são enviados ao Brasil com a finalidade de representarem legalmente a filial brasileira e devem ser ter seus vistos solicitados pela subsidiária brasileira junto ao Ministério do Trabalho e Emprego.

O principal requisito a ser observado para pleitear a concessão do visto brasileiro é o investimento, por parte da empresa estrangeira, do montante equivalente a, no mínimo, seiscentos mil dólares americanos por executivo expatriado que necessite de tal documento, o que se faz por meio de investimento em moeda estrangeira junto ao Banco Central do Brasil. Entretanto, pode-se também solicitar a permissão de permanência após serem investidos cento e cinquenta mil dólares americanos no Brasil e um plano sólido e tangível para gerar, ao menos, dez novos postos de empregos, durante os dois anos subsequentes à abertura da filial brasileira ou da entrada física do executivo expatriado.

Vale ressaltar que o visto permanente também pode ser requerido em benefício de expatriado convidado por empresa nacional, para exercer função executiva no território nacional. Nesse caso, obviamente, não há que se falar em apresentação de comprovante de investimento de moeda estrangeira no Brasil, tendo em vista se tratar de empresa nacional importando mão de obra qualificada.

Ainda um último caso de visto permanente, regulado pela Resolução Normativa nº 84, de 2009, merece atenção: o de estrangeiro, pessoa física, interessado em investir o montante mínimo de cento e cinquenta mil dólares estadunidenses no setor produtivo brasileiro, quer seja por meio de empresa já

existente, quer seja por meio de constituição de uma nova pessoa jurídica de direito privado brasileira.

Pela análise dos critérios estabelecidos para a concessão do visto permanente e os perfis traçados dos beneficiários de tal documento, pode-se afirmar que dificilmente o expatriado executivo não será residente fiscal do Brasil. Isso porque uma empresa, em situações normais, não introduzirá um montante vultoso de capital para adquirir um visto permanente para um alto funcionário se este possuir uma designação de curta duração, em que não seja possível o retorno de considerável lucro, após os altos dispêndios realizados para a alocação do expatriado em território diverso do de sua origem.

É digno de nota que, uma vez sob a condição de residente permanente, o expatriado passará a ter todos os direitos e as obrigações para com o fisco brasileiro, assim como todos os nacionais do território em que se encontra.

3 Tratados Internacionais Tributários

Diante da situação de expatriação, pode ocorrer que algum funcionário em designação internacional não perca a condição de residente fiscal do seu país de origem, mas, concomitantemente, adquira a residência fiscal no Brasil. Assim, torna-se imprescindível a análise dos tratados para evitar a dupla tributação em um contexto de dupla residência fiscal pelo mesmo contribuinte.

De acordo com a Convenção de Viena, datada de 1969, o tratado é "[...] um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexões, qualquer que seja sua denominação particular" (art. 2º, Convenção de Viena).

Além disso, considera-se que o tratado

> [...] é o meio pelo qual os sujeitos da comunidade jurídica internacional regulam a sua conduta recíproca, vale dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos em relação aos órgãos e súditos dos outros. É o acordo de vontades através do qual são criadas normas que impõem deveres e conferem direitos aos Estados contratantes (KELSEN, 1984, p. 431).

Assim, lançando mão da teoria geral dos tratados, pode-se construir o conceito de tratado internacional tributário como sendo o acordo de vontades entre dois ou mais Estados, estabelecendo condutas, direitos e obrigações mútuas em matéria de fiscalização, arrecadação e competência tributária, a fim de que os nacionais dos Estados envolvidos não incorram em excesso de exação.

Os tratados em matéria de direito tributário, no Brasil, são tão importantes[11] e valorizados que o próprio Código Tributário Nacional, desde sua promulgação, dispõe em seu artigo 98 que "[...] os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha"[12]. Na verdade o que se tem não é a

[11] Exaltando a importância dos tratados em matéria internacional, Xavier (1995) afirma que "Dentro das fontes internacionais do Direito Tributário, os tratados ocupam lugar de primordial relevo. De há muito, com efeito, se celebram convenções internacionais que, versando embora essencialmente matérias de outra natureza, contemplam, acidental ou acessoriamente, disposições tributárias: basta pensar nos acordos de comércio, nos que visam a formação de uniões aduaneiras ou zonas de comércio livre, nos que regulam os portos marítimos, os aeroportos, a viação rodoviária, a navegação aérea, o trânsito e baldeação, o serviço postal, a emigração, a proteção de investimentos, a cooperação cultura, científica ou militar, ou as convenções relativas às imunidades diplomáticas e consulares ou ao regime fiscal das organizações internacionais e seus empregados" (XAVIER, 1995, p. 87).

[12] A esse respeito, cabe destaque o que afirma Sacha Coêlho (2004): "E dispõe, assim, exatamente para dar credibilidade e garantia aos terceiros países acordantes. Seria inútil o Estado brasileiro celebrar acordos sem um *minimum* de estabilidade jurídica" (COÊLHO, 2004, p. 578).

revogação nem a modificação da legislação interna, mas sim a suspensão de aplicabilidade da norma nacional, em favor da norma internacional, nos casos de conflito entre ambas.

Em face disso, ressaltando a importância do artigo 98 do CTN, Tôrres (2004) explicita:

> Em particular, quanto às convenções de Direito Internacional Tributário, temos a legislação infraconstitucional um dispositivo específico predisposto para definir a relação entre aquelas e o ordenamento interno. Trata-se do art. 98 do CTN que dispõe: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária, e serão observados pela que lhes sobrevenha".
> Este enunciado, enquanto parte integrante do Código Tributário Nacional – norma geral em matéria de legislação tributária –, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal como Lei Complementar, Lei Nacional, dispõe sobre a relação entre o direito interno e as normas convencionais de Direito Internacional Tributário.
> A natureza da mencionada regra é de declaração da recepção normativa, quanto à incorporação das disposições contidas nos textos dos tratados ao sistema tributário brasileiro. Segundo sua dicção, após o procedimento de incorporação, estes passam, de imediato, a ter aplicabilidade infra-sistêmica, não com a força normativa do Decreto Legislativo que autoriza as respectivas ratificações, mas, pela conexão com a norma geral que o recepciona, o art. 98 do CTN, com a validade inerente aos próprios tratados, haja vista a natureza específica das normas internacionais e seus critérios de existência.
> Assim, são demarcadas as duas funções do art. 98 do CTN: recepção sistêmica das normas convencionais e, quanto à execução destas, um comando comportamental – modalizado deonticamente como "proibido" – destinado ao legislador ordinário, de veto a qualquer pretensão de alteração in fieri, por via unilateral, do que fora pactuado, nos termos do princípio pacta sunt servanda *intra pars* – o que confirma o princípio da prevalência de aplicabilidade das normas internacionais sobre o direito interno, como decorrência da aplicação do art. 4º da CF. Mas se ele (art. 98) não existisse, pelas características do sistema brasileiro, *supradescritas* (sic), em nada se alteraria o mecanismo de recepção (TÔRRES, 2001, p. 578-579).

Somada a essa valorização, esse mesmo estudioso do tema, analisando a questão do tratado internacional em matéria tributária frente à legislação nacional, corrobora com o posicionamento esposado no preâmbulo do presente capítulo e completa:

> Neste quadro, a expressão "revogam ou modificam a legislação tributária interna" deve ser compreendida sob augustos limites, no âmbito das respectivas relações concretas entre os Estados contratantes, porque as convenções funcionam para disciplinar tais relações tributárias específicas, que envolvem, apenas, os residentes dos países signatários. Para os demais (não residentes originários de países diversos), os sistemas se mantêm em vigor nas mesmas condições anteriores à assinatura de tal convenção. Assim, conforme o princípio da prevalência da aplicabilidade das normas internacionais, estas, compondo a organização semântica das ulteriores normas individuais e concretas, aplicar-se-ão aos casos concretos com as alterações e derrogações de específicos critérios da regra-matriz de incidência do imposto cobrado. Mesmo nos parecendo desnecessário, é preciso dizer que não existe, neste procedimento supramencionado, uma revogação stricto sensu das normas que compõem o ordenamento interno em vigor. Tal revogação opera-se apenas de modo funcional, para os fatos com elementos de estraneidade provocados por sujeitos residentes dos países signatários da respectiva convenção. Temos, na verdade, uma limitação da eficácia normativa, uma vez que tais normas internas se tornam relativamente inaplicáveis, como diz Alberto Xavier, com relação a certas pessoas, coisas ou situações, fáticas ou jurídicas (TÔRRES, 2001, p. 580)[13].

[13] De modo semelhante, posiciona-se Alberto Xavier (1995) a respeito do art. 98 do Código Tributário Nacional: "Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à 'revogação' da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno abrogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da derrogação e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis" (XAVIER, 1995, p. 116).

Disso decorre que o tratado, para evitar dupla tributação, conforme pode-se depreender do próprio *nome* da espécie do tratado, apenas tem aplicação em situações em que um contribuinte, pessoa física ou jurídica, guarde elementos de conexão com dois Estados distintos, estando sujeito à tributação por ambos, concomitantemente, sobre o mesmo fato gerador, fazendo com que o sujeito passivo da obrigação tributária arque com uma exação total excessivamente onerosa. Na existência de um tratado para evitar a dupla tributação, um país deixa de tributar um fato gerador que, nos termos de seu ordenamento jurídico, deveria ser tributado, em detrimento do fisco de outro país. Há também a possibilidade de ambos os fiscos tributarem concomitantemente o mesmo fato gerador, contudo, o segundo país a tributar permite a compensação do valor da exação paga no primeiro Estado, limitada a compensação ao limite do valor a ser pago no segundo país.

Em termos práticos, é possível pensar na seguinte ilustração: uma pessoa é tributada no país *A* por ter auferido ganho de capital e paga, por esse motivo, o valor correspondente a R$ 100,00 (cem reais) para o fisco correspondente. Contudo, guarda elementos de conexão com o país *B*, que legitima este a também tributar o mesmo contribuinte, sendo que pelo mesmo ganho de capital o montante a ser pago, a título de Imposto de Renda, é o equivalente a R$ 60,00 (sessenta reais). Supondo que entre o país *A* e o país *B* tenha sido celebrado um tratado para evitar dupla tributação – permitindo a ambos tributar o contribuinte em questão, podendo haver a compensação no segundo país tributante até o limite do valor já pago de Imposto de Renda no primeiro Estado –, o sujeito passivo da obrigação tributária poderia compensar o valor já pago no país *A* perante o fisco do país *B*, não havendo nada a pagar, uma vez que o valor a compensar é maior do que o valor efetivamente devido ao país *B*. Caso fosse devido o montante R$ 120,00 (cento e vinte reais)

ao fisco *B*, o contribuinte poderia compensar o montante já recolhido pela Fazenda Pública *A* e pagaria apenas o valor da diferença, ou seja, R$ 20,00 (vinte reais).

No Brasil, os Tribunais já têm começado a aplicar, em lides que envolvem a dupla tributação, os dispositivos dos tratados internacionais. Nessa direção, há decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, diante de uma lide envolvendo elementos de conexão que permitia a exação, concomitante, no Brasil e na Espanha:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IR. CONVENÇÃO ENTRE O BRASIL E A ESPANHA PARA EVITAR BITRIBUTAÇÃO. DECRETO Nº 76.975/76. EXPLORAÇÃO DE TRÁFEGO INTERNACIONAL. RETENÇÃO SOBRE DEPÓSITO JUDICIAL. INTERPRETAÇÃO. INCIDÊNCIA. 1 - A Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação, assinada entre o Governo do Reino da Espanha e a República Federativa do Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 76.975/76, a Portaria MF nº 45/76 dispôs sobre os Métodos de aplicação dessa Convenção específica e os Atos Declaratórios Interpretativos - ADI SRF nº 06/2002 e 04/2006 dispuseram sobre o tratamento tributário aplicável aos lucros e dividendos oriundos de investimentos na Espanha. 2 - Essa Convenção destina-se a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e, em nenhuma de suas cláusulas, isenta todos os rendimentos auferidos pela Impetrante. Assegura-se que não ocorra bitributação, o que não quer dizer que não ocorra tributação. 3 - O Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/99, no art. 176, delimita que as companhias estrangeiras de navegação aérea estão isentas de imposto, observada a reciprocidade de tratamento tributário, no que toca aos rendimentos auferidos no tráfego internacional. O caso tratado nos autos, rendimentos auferidos em depósito judicial, não se enquadra como lucro proveniente da exploração de tráfego internacional, tampouco como ganho de capital a ele vinculado. 4 - Como os arts. 729 e 730, IV do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99) preveem que se sujeita à alíquota de 20% o rendimento auferido em depósitos judiciais quando o seu levantamento se der em favor do depositante, por ser

> equivalente a rendimento de aplicação financeira, ainda que auferido por pessoa jurídica imune ou isenta, não se afigura qualquer ato abusivo atribuído a quaisquer da Autoridades indigitadas como Coatoras. Os rendimentos produzidos por depósitos judiciais somente não estariam sujeitos ao imposto de renda se não fossem levantados em favor do depositante, a teor do art. 777, XIII do Decreto nº 3.000/99, o que não é a hipótese vertente nos autos. 5 - *A tributação havida no Brasil não acarreta nenhum prejuízo à Impetrante, porquanto, caso a Espanha entenda que o valor que se encontrava depositado judicialmente se enquadre como rendimentos passíveis de tributação naquele país, há permissão do Brasil para que seja deduzido o montante igual ao imposto sobre a renda pago, eventualmente, na Espanha, de acordo com o art. 23, da Convenção firmada, e que trata dos métodos para eliminar a dupla tributação.* 6 - Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada. Ordem de segurança denegada. (RIO DE JANEIRO, TRF2, AMS 200550010055076, Rel. Des. Federal Geraldine Pinto Vital de Castro, 2012, grifo nosso).

Entretanto, o Poder Judiciário ainda encontra obstáculos na aplicação dos tratados, existindo, no presente momento, decisões que afrontam o direito destes, sobretudo quando a temática envolve a aplicação dos tratados em detrimento da legislação nacional, a exemplo da ementa a seguir colacionada:

> REMESSA DE RECURSOS A EMPRESA NO EXTERIOR, COMO REMUNERAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. CONVENÇÃO CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO. NORMA DA LEGISLAÇÃO INTERNA QUE SE MOSTRA POSTERIOR E MAIS ESPECÍFICA. 1. Pretensão cabível em sede de mandado de segurança, pois visa a afastar os efeitos concretos decorrentes de ato normativo. Legitimidade da impetrante, que figura como responsável tributário pelo recolhimento do tributo e, portanto, possui relação tributária com o Fisco. 2. De acordo com a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, os tratados, no Brasil, quando adentram o ordenamento jurídico, o fazem com o mesmo status hierárquico das leis ordinárias (RE 80.004/SE). Assim, qualquer conflito que se dê entre um tratado internacional e uma lei interna, de fato, será resolvido de acordo com os critérios de especialidade e de cronologia, por tratarem de normas de

> igual hierarquia. 3. No caso, temos o disposto no art. 7o da Convenção contra a dupla tributação, celebrada entre o Brasil e os Países Baixos (internalizada em nosso ordenamento pelo Decreto nº 355, de 2 de dezembro de 1991), em confronto com o art. 7o da Lei nº 9.779/99. 4. Pelo critério temporal, a norma da Lei nº 9.779/99 prevalece sobre o tratado, pois é posterior. 5. Também pelo critério da especialidade deverá ser aplicada a regra da lei interna (art. 7o da Lei nº 9.779/99), pois, no caso em tela, os valores que estão sendo remetidos ao exterior decorrem de contrato que respeita a serviços de consultoria em informática, situação que se subsume à norma daquela lei. 6. Inexiste violação ao art. 98 do CTN que, afinal, estabelece a prevalência dos tratados nacionais sobre a legislação interna justamente pelo fato de estes possuírem disposições específicas com relação àquela. *Porém, além de a legislação interna ser mais específica que o tratado internacional, a própria aplicação da Convenção ao caso concreto resta discutível, o que importa a não-aplicação do art. 98 do CTN.7.* Em se tratando, nestes autos, de prestação de serviços constante e duradoura, em razão da necessidade de não-interrupção do trabalho de manutenção realizado pela empresa, constata-se a existência de estabelecimento permanente da empresa estrangeira em nosso território, corroborando a inexistência de bitributação. 8. Apelação improvida. (RIO DE JANEIRO, TRF2, AMS 200151010224788, Rel. Des. Federal Luiz Antônio Soares, 2009, grifo nosso).

Diante do impasse gerado, cabe a retomada de uma questão frisada anteriormente: o Código Tributário Nacional, lei maior de regulamentação em matéria fiscal no Brasil, depois da Constituição Federal, reconhece a supremacia dos tratados em detrimento da legislação interna em caso de aparente conflito. Assim, se a lei que regulamenta a sistemática tributária no País determina qual é o critério de aplicação ante um conflito entre legislação nacional e tratado internacional, não há que se falar em utilização de critérios genéricos para antinomias, como a especialidade, hierarquia e cronologia[14]. Ademais, a Convenção

[14] Para Luciano Amaro, "[...] o conflito entre a lei interna e o tratado, resolve-se, pois, a favor da norma especial (do tratado), que excepciona a norma geral (da lei

de Viena de 1969, que prevê as diretrizes genéricas de aplicação e utilização dos tratados, dispõe, em seu artigo 27, que "[...] uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]".

Considerando que o Brasil é signatário da referida convenção, percebe-se que, na decisão colacionada no parágrafo anterior, houve um flagrante descumprimento tanto à Convenção de Viena quanto ao Tratado com os Países Baixos, bem como infringência ao *pacta sunt servanda*[15], de forma injustificada.

Situação que, em termos práticos, assemelha-se ao efeito alcançado por meio dos tratados, mas que com estes não se confundem, diz respeito à reciprocidade de tratamento em matéria fiscal. O Brasil reconhece o direito do expatriado estrangeiro que se encontra em situação de dupla tributação, permitindo que o montante pago ao fisco estrangeiro seja compensando do valor a ser pago ao fisco brasileiro, desde que o mesmo fisco internacional permita tal compensação,

interna), tornando-se indiferente que a norma interna seja anterior ou posterior ao tratado. Este pondera em ambos os casos (abstraída a discussão sobre se ele é ou não superior a lei interna) porque traduz preceito especial, harmonizável com a norma interna" (AMARO apud TÔRRES, 2001, p. 576-577). Nessa toada, Xavier (1995) dispõe: "[...] ora, se os tratados são recebidos na ordem interna como tratados e não como leis internas, ao abrigo de uma cláusula geral de recepção plena, isso significa que só podem ser celebrados, revogados ou denunciados pelos mecanismos que lhes são próprios e não pelos mecanismos que valem para as leis internas. É precisamente nesta impossibilidade de a lei ordinária interna revogar ou denunciar um tratado internacional que consiste a supremacia hierárquica deste último" (XAVIER, 1995, p. 110).

[15] A esse respeito, Torres (2004) esclarece: "Em homenagem ao princípio do *pacta sunt servanda*, uma convenção internacional vincula os Estados que a tenham celebrado, internacionalmente, no limite temporal fixado para sua vigência, ou *sine die*, caso não se decrete sua inaplicabilidade (denúncia); motivo pelo qual este princípio deve ser aceito como o pressuposto essencial para a prevalência de aplicabilidade dos acordos internacionais, haja vista a sua carga semântica fazer supor que, uma vez incorporado um acordo ao ordenamento jurídico, nenhuma norma interna poderá decidir signatários são mantidas em forma de reciprocidade, põe-se como inconcebível qualquer desrespeito unilateral" (TÔRRES, 2001, p. 582).

em igualdade de tratamento e condições, ao expatriado brasileiro que já tenha sido tributado no Brasil e que também deve recolher exação aos cofres públicos do país em que se encontra residindo. É o que ocorre, atualmente, entre o Brasil e a Alemanha, os Estados Unidos e o Reino Unido, pois se reconhece a reciprocidade de tratamento. Caso o contribuinte queira avocar, no Brasil, a reciprocidade existente com outro país, deve apresentar à representação diplomática brasileira uma cópia autenticada da publicação oficial da legislação estrangeira que preveja expressamente esse benefício, acompanhada de tradução juramentada.

Quanto à importância dos tratados em matéria fiscal, oportuna mostra-se a transcrição das palavras de Heleno Tôrres (2004):

> Entre as normas de Direito Internacional Tributário, encontram-se as normas convencionais que introduzem conceitos próprios e específicos (como exemplo, o de estabelecimento permanente), certos critérios típicos para o tratamento das categorias de rendimentos e impostos previstos, o princípio da não discriminação, as prescrições que regulam o procedimento amigável e assistência administrativa, os métodos adequados para eliminar a bitributação internacional etc. De fato, é um grupo muito restrito de normas, as que são exclusivamente de Direito Internacional Tributário, porque a maioria das normas convencionais é, necessariamente, dependente dos respectivos sistemas internos.
> Como diz Garbarino, o Direito Internacional Tributário, em sua acepção mais correta, é o que se poderia chamar de direito dos tratados internacionais em matéria tributária.
> Mas bem entendido: não são normas internacionais porque dotadas de uma hipótese de incidência impositiva, cujo critério material possibilite o surgimento in concreto de um fato-evento gerador de tributos que, formando uma "obrigação tributária internacional", possa vir a ser cobrado internacionalmente, onde quer que ocorra; mas, outrossim, porque dizem respeito às relações entre Estados em matéria tributária, particularmente para o tratamento coordenado

> das atividades impositivas, distribuição harmônica do Poder de Tributar entre si e resolução dos concursos impositivos e dos problemas de fraudes internacionais.
> Somente estas normas, presentes nas convenções de Direito Internacional Tributário, em seu ambiente de princípios e normas de Direito Internacional, em matéria fiscal, possuem o condão de resolver tais concursos, porque ofertam critérios de decisão que não pertencem ao direito interno de certos Estados, limitadamente, à medida que são oriundas de relações bilaterais que estabelecem em parte limitando, em parte modificando as normas de direito interno de ambos, em função dos elementos de estraneidade que as normas disciplinam (TÔRRES apud COÊLHO, 2004, p. 92-93).

4 A *Equidade Fiscal*: a Política de Equalização Fiscal

Uma questão que não se pode deixar de abordar, ainda que resumidamente, diz respeito à diferença de ônus tributário que um expatriado frequentemente se depara quando deixa o seu país para trabalhar em outro.

Ao encarar a realidade da residência fiscal no Brasil, muitos colocam em xeque a aceitação da designação internacional ofertada, já que a tributação brasileira é considerada elevada. Para que tal diferença de exação não seja empecilho para o aceite, muitas empresas têm implantado uma política de equalização fiscal.

Por meio da equalização, busca-se praticar ações que visam a igualar algo ou alguém semelhante, por determinado motivo, a outrem. É nessa esteira que se insere a equalização fiscal: a tentativa de, por meio de uma política fiscal de iniciativa privada, tornar iguais as cargas tributárias de pessoas sujeitas a taxações diferentes, pelos fiscos a que se submetem, em razão de expatriação, de modo a não haver diferenciação de ônus tributário em relação àquele originalmente suportado pelo trabalhador em seu país de origem.

Cabe assinalar o que afirma Ponte (2011) a respeito do processo de equalização, ainda que se dirija ao expatriado brasileiro, pois se entende que as considerações feitas também se aplicam ao expatriado estrangeiro:

> Com esse cenário, um bom planejamento fiscal é essencial para toda e qualquer transferência internacional. A boa notícia é que a maioria das empresas está atenta ao tema e oferece, em suas políticas, algum tipo de apoio. Entre os amparos fiscais concedidos, destacam-se dois tipos. Na "proteção fiscal", a companhia arca com o ônus de tributação do expatriado durante o período de transferência, somando à remuneração o valor dos impostos.
> Já a "equalização fiscal", prática mais utilizada, é a garantia, por parte da empresa, de que o expatriado pagará o mesmo nível de impostos, no país de destino, que pagaria caso permanecesse no Brasil. A diferença entre o imposto real e o hipotético é reembolsada pela empresa ao expatriado. Ou, se o expatriado for pagar menos imposto fora, ocorre o inverso. Isso anula os prejuízos ou vantagens fiscais decorrentes da transferência. Diante de uma expatriação, vale a pena conferir qual é a política adotada pela companhia em que trabalha e sempre levar em consideração o tema dos impostos. Assim, evitam-se frustrações e cresce a chance de sucesso para você e para a empresa (PONTE, 2011).

Pelo exposto, verifica-se que a equalização é arquitetada para que não haja enriquecimento às custas de carga tributária menos onerosa no país de destino, tampouco prejuízo sobre o rendimento devido à maior taxação no país para o qual o funcionário é transferido. Assim, caso o empregado enfrente tributação superior do que àquela do seu país originário, as empresas que adotam a política de equalização fiscal reembolsam ao seu expatriado a onerosidade excessiva suportada por este. Sendo a realidade oposta, havendo uma tributação mais branda no país receptor, o empregado será o responsável por reembolsar à empresa o suposto *lucro* que auferiu em razão de menor taxação.

Essa forma de compreender a equalização fiscal também encontra abrigo nos estudos de Marta Álvarez-Novoa e por ela é valorizada:

> [...] a equalização fiscal é um sistema de compensação cujo objetivo é garantir ao trabalhador a mesma carga fiscal que teria caso não tivesse sido enviado ao exterior. Em outras palavras, o que se pretende é assegurar ao empregado, enviado ao exterior, o mesmo volume de impostos, nem mais nem menos, que teria se estivesse em seu país de origem. Portanto, a questão fiscal não deveria ser argumento a favor e nem contra a decisão de aceitar um trabalho fora do país (ÁLVAREZ-NOVOA apud TÃO, 2009).

Ou seja, independentemente do regime tributário que recaia sobre rendimentos e proventos, o expatriado não sentirá diferença no seu rendimento líquido, já que a retenção a ser sofrida será a mesma que arcaria se permanecesse em sua pátria, havendo uma verdadeira neutralização de eventuais diferenças de tributação que poderiam existir. Por isso, pode-se positivar a ideia de que a equalização fiscal não se trata de um benefício fiscal oriundo da iniciativa privada, tampouco um meio mais gravoso sob a ótica fiscal, mas sim de um meio de se praticar uma *equidade fiscal*.

Para que a equalização seja levada a cabo, a empresa retém um "imposto hipotético", calculado na taxação que o expatriado estaria sujeito em caso de permanência em seu país, havendo o pagamento pela empresa dos impostos incidentes pela renda do expatriado no país em que o mesmo se encontra a trabalho. Após o fim do ano fiscal, é feito um "encontro de contas" em que são apurados os valores efetivamente pagos pela empresa, em nome do expatriado, ao fisco do país da designação internacional, e verifica-se o valor dos impostos federais pagos pelo expatriado, em seu país de origem, durante o mesmo período, a fim de proceder-se às compensações. Feito isso, caso o saldo remanescente seja maior do que o imposto

hipotético, a empresa reembolsará o seu funcionário – pois suportou uma exação maior do que estaria sujeito, se tivesse permanecido no seu país de origem – ou, em situação oposta, o empregador será credor do montante correspondente à diferença dos valores sob comento.

Considerações Finais

A argumentação ora tecida torna legítima a ação de tributação, por parte da Fazenda Pública brasileira, em bases universais, dos rendimentos de estrangeiros que adquiram residência fiscal em seu território nacional. Em situação de existência de elemento de estraneidade, utilizam-se os princípios do Direito Internacional Privado que, em matéria tributária, exsurgem inseridos no Direito Tributário Internacional, segundo o qual há critérios de conexão que levam em consideração a pessoa do contribuinte (critério subjetivo).

Soma-se a isso o fato de que a tributação dos expatriados estrangeiros, no Brasil, está estreitamente relacionada ao período de presença (ou ausência) física no território brasileiro, bem como ao tipo de visto ostentado pelo mesmo.

Evidenciada a relação lapso-temporal e o tipo de visto, além da presença dos elementos de conexão, compreende-se é de suma importância verificar a configuração da condição de residente (ou não) fiscal do Brasil, com vistas à definição do momento a partir do qual um expatriado estrangeiro estará sujeito à taxação brasileira e seus consectários (obrigações acessórias).

Merece atenção especial a situação do expatriado estrangeiro que adquire residência fiscal no Brasil, sem ter perdido a condição de contribuinte tributário em seu país de origem, pois fica configurada a dupla tributação sobre o mesmo fato

gerador (auferir renda ou proventos de qualquer natureza). Para essa circunstância, o Brasil possui, em vigência, trinta acordos com outros Estados em que se visa a, via de regra, compensar o imposto pago entre os países signatários ou a regulamentar situações em que um fisco deixará de tributar em benefício do outro e *vice versa*. Há também os contextos de reciprocidade de tratamento nos quais o Brasil permite a compensação de tributos sobre a renda, pagos no exterior, desde que o país estrangeiro permita o mesmo tratamento, em seu território nacional, aos brasileiros ali expatriados.

Diante do exposto, pode-se concluir que a expatriação está ligada a uma transferência pautada em um lapso temporal significativo e, não a uma estada transitória e curta para uma mera prestação de serviço. Ao revés, percebe-se que a legislação considera expatriado aquele funcionário estrangeiro que é transferido para o Brasil, com *animus* de longa permanência, conforme se depreende da Lei nº 7.064, cujo parágrafo único do artigo primeiro dispõe que "fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias [...]".

Por essa configuração, percebe-se a importância da conceituação de expatriação para o campo tributário. Se o expatriado é um estrangeiro que se muda para o Brasil, a fim de desenvolver um trabalho importante e do "alto escalão" corporativo, por exemplo, passa a ter a tutela trabalhista em igualdade de condições em relação aos trabalhadores brasileiros, razão pela qual usufrui dos serviços públicos brasileiros. Dentre eles, pode-se destacar a fiscalização das empresas empregadoras, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, evitando abusos contra os trabalhadores, protegendo os direitos dos empregados nacionais e expatriados, indistintamente. Ou seja, com a expatriação, há o efetivo desfrute dos serviços públicos que são prestados pelo Estado e que, portanto, devem ser suportados por todos aqueles

que deles se beneficiam. Assim, é legítimo ao Fisco brasileiro tributar as rendas e os proventos, de qualquer natureza, dos expatriados estrangeiros que adquirem residência fiscal no Brasil, em igualdade de tratamento dispensado aos cidadãos brasileiros, e que se valem igualmente dos mesmos serviços estatais. Portanto, uma vez configurada a residência fiscal, há a atração do Fisco brasileiro, respaldado pelos elementos de conexão de Direito Tributário Internacional.

Considerando que o Estado se sustenta por meio da arrecadação tributária, é legítimo que todos aqueles que sejam residentes fiscais arquem, na medida de sua capacidade contributiva, sem distinção de nacionalidade (aplicação do princípio da isonomia na esfera tributária), com os gastos estatais, que são utilizados em prol da coletividade, para a execução dos serviços públicos, típicos da Administração Pública.

Referências

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Código *Tributário Nacional*. 16. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 ago. 1980.

_____. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviço no exterior. *Diário Oficial da União*. Brasília, 7 dez. 1982.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 jun. 1999.

BRASIL. Instrução Normativa nº 208 da Secretaria da Receita Federal, de 27 de setembro de 2002. Dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior e dos ganhos de capital apurados na alienação de bens e direitos situados no exterior por pessoa física residente no Brasil e dos rendimentos recebidos e dos ganhos de capital apurados no País por pessoa física não residente no Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 1 out. 2002.

_____. Resolução Normativa nº 61, de 8 de dezembro de 2004. Disciplina a concessão de autorização de trabalho e de visto a estrangeiro sob contrato de transferência de tecnologia e/ou de prestação de serviço de assistência técnica, de acordo de cooperação ou convênio, sem vínculo empregatício ou em situação de emergência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 2004.

_____. Resolução Normativa nº 95, de 10 de agosto de 2011. Altera dispositivos das Resoluções Normativas nº 45, de 14 de março de 2000, e nº 62, de 8 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 19 ago. 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Os tratados internacionais em matéria fiscal em face dos acordos comerciais internacionais, regionais, bilaterias ou multilaterais – uma visão jurídica da questão. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

GADEX. *Grupo de Administração de Expatriados*. 2008. Disponível em: <http://www. gadex.com.br/ab_publicacoes.php>. Acesso em: 4 fev. 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MORAES, Luis Felipe do Nascimento. A transferência internacional de trabalhadores e sua tutela jurídica. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Coruña, n. 13, p. 95-113, 2009. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/755 3/1/AD_13_art_6.pdf>. Acesso em: 15 set. 2012.

NUNES, Renato. *Imposto sobre a Renda Devido por Não Residentes no Brasil:* Regime Analítico e Critérios de Conexão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PONTE, Tatiana da. A equalização fiscal. *Você S/A*, São Paulo, n. 162, 2011 [on-line]. Disponível em: <http://vocesa.abril.com.br/desenvolva--sua-carreira/materia/artigos-tatiane-ponte-equalizacao-fiscal-664999.shtml>. Acesso em: 23 ago. 2012.

RAMPI, Nádia de Menezes. *Fatores individuais e institucionais no processo de adaptação de profissionais estrangeiros:* um estudo na Fundação Dom Cabral. 2009. 117f. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Empresariais, Belo Horizonte.

SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito Tributário Internacional:* métodos de solução de conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TÃO perto e tão longe: os expatriados também sentem a crise. 21 set. 2009. Disponível em: <http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=printArticle&ID=1791&language=Portuguese>. Acesso em: 10 set. 2011.

TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. A residência das pessoas jurídicas no Direito Tributário Brasileiro: art. 75 do Código Civil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. v. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TUNG, Rosalie. Selecting and training of personnel for overseas assignments. *Columbia Journal of World Business*, v. 16, n. 2, p. 68-78, 1981.

TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Submissão: 13/03/2014
Aceito para Publicação: 20/05/2014

Economia Política Constitucional: Programa de Pesquisa James Buchanan e as Tecnologias Civis

Constitutional Political Economy: James Buchanan Research Program and the Civil Law Technologies

Andrei Cesário de Lima Albuquerque*
Heraldo Elias Montarroyos**

Resumo: O objetivo deste artigo é identificar os custos e os benefícios projetados pelas tecnologias jurídicas do Código Civil, aplicando o programa de pesquisa da Economia Política Constitucional do economista James Buchanan (1975) que funciona como instrumento heurístico decisivo neste estudo para compreender a dinâmica institucional da Lei a partir da lógica utilitarista-maximizadora do homem racional. Esse programa de pesquisa apresenta uma ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e um contexto social das ideias. Com essas categorias, é realizada a releitura instrumental do Código Civil que aponta como resultado a existência de quatro tecnologias contratuais (negociação, centralização, descentralização e coalizão) apresentando seus respectivos custos e benefícios institucionais. Também, procurando maximizar o programa de pesquisa buchaniano, acrescentamos o programa de pesquisa da ação coletiva do economista Mancur Olson, igualmente estruturado em categorias diversas, com o intuito de visualizar a interferência do indivíduo *free rider* no desempenho das tecnologias jurídicas. Como contribuição, esta pesquisa metodológica mostra que existe uma microeconomia política no Código Civil brasileiro.

* Graduando em Direito na Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA).

** Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal do Pará.

Palavras-chave: Racionalidade Econômica. Tecnologia Jurídica. Bem Público. James Buchanan.

Abstract: This paper seeks to identify the costs and benefits designed by the legal technologies of the Civil Code, applying the research program of Constitutional Political Economy as defined by James Buchanan (1975) which is a fundamental heuristic tool in this study to understand the institutional dynamics of Law from the rational man's utilitarian-maximizing logic. This research program presents an ontology, a methodology, an axiology, a theory, a praxis, and a social context of ideas. With these categories, it is performed the instrumental reinterpretation of the Civil Code which points as a result to the existence of four contractual technologies (trading, centralization, decentralization, and coalition) and their respective costs and institutional benefits. Also, in order to maximize the Buchanan-esque research program, it was introduced the research program of the collective action as defined by Mancur Olson, equally structured into several categories, in order to see the interference of the free rider individual in legal technologies' performance. As a contribution, this article shows that there is a political microeconomics in the Brazilian Civil Code.

Keywords: Economic Rationality. Legal Technology. Public Good. James Buchanan.

Introdução

O objetivo deste estudo é aplicar no Código Civil brasileiro o programa de pesquisa da Economia Política Constitucional, do economista James Buchanan, auxiliado pelo programa da ação coletiva do autor Mancur Olson, visando a conhecer especialmente os custos e benefícios institucionais projetados pelos contratos civis decorrentes da interação da racionalidade privada com as leis do ordenamento jurídico que nesse caso representam a racionalidade pública.

O contrato civil para a jurista Maria Helena Diniz "[...] é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial" (DINIZ, 2008, p. 30 apud MIRANDA, 2008, p. 2). Para outros comentaristas, semelhantemente, como Orlando Gomes, o "[...] contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam". Na concepção contemporânea em geral o "contrato é um negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, que convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando-se, dessa forma, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial" (GOMES, 2007, p. 10 apud MIRANDA, 2008, p. 2).

Complementando essas definições dogmáticas a respeito do conceito de contrato civil, o programa de pesquisa de Economia Política Constitucional desenvolvido neste estudo pretende contribuir demonstrando por que as pessoas aceitam voluntariamente as obrigações contratuais e descreve consequentemente a origem, o funcionamento, a mudança e a finalização do contrato civil levando em consideração o pressuposto ontológico de que o agente racional maximiza os resultados de suas escolhas, buscando o melhor benefício com o mínimo de esforço, por isso mesmo, seleciona e adapta os meios jurídicos mais eficientes visando a atender suas demandas contratuais particulares.

Inserido na sociedade, a previsão é que o homem racional vai precisar conviver com os interesses coletivos e públicos que algumas vezes tendem a ser divergentes em relação aos interesses privados. Do mesmo modo, a comunidade também acumula a sua própria racionalidade e define o que seria o bem

comum, necessitando, idealmente, do sacrifício e da obediência de seus membros. Diante dessa realidade, o desafio institucional será compatibilizar as vontades racionais e egoístas do homem econômico com relação ao clamor da coletividade que têm pretensões políticas visando supostamente à realização do bem comum. Nesse caso, o Direito positivo assume a tarefa de limitar a ação do homem econômico, especialmente freando o egoísmo.

O Direito representa a racionalidade pública em maior ou menor intensidade e procura domesticar a seu modo a enorme complexidade de interesses, preferências e convicções individuais. Especialmente localizado no sistema democrático, o Direito é um meio racional para o homem econômico efetivar seus projetos pessoais nos limites da ordem pública e dos bons costumes. Nesse quadro teórico, portanto, a informação jurídica disponibilizada gratuitamente pelas normas públicas possibilita ao homem racional a oportunidade de agir dentro da legalidade ajustando ou adaptando a tecnologia civil que poderá otimizar os seus interesses nos limites da racionalidade social.

1 Programa de Pesquisa James Buchanan

Empiricamente, o homem racional comporta-se desenvolvendo o princípio utilitarista-maximizador. Ou seja, ele sempre vai realizar as suas escolhas virtualmente numa escala de transitividade (colocando as opções em termos de primeiro, segundo e terceiro lugar) e assim espera escolher o melhor produto e obter o lucro, internalizando, nesse caso, o mínimo de custos sociais e econômicos. Dentro desse contexto, é essencial admitir-se o fato de que os indivíduos se comportam de maneira racional, procurando satisfazer suas demandas institucionais quando usam regras públicas, o que justifica a

aplicação da analogia econômica como recurso metodológico bem sucedido, nesse caso, a fim de sistematizar e compreender a dinâmica dos fatos jurídicos pelo prisma da racionalidade (MONTARROYOS, 2009).

Visando frear o ímpeto egoísta e privatizador do homem racional são necessárias regras, princípios e critérios que se traduzem na prática em custos institucionais da legalidade. Os custos material e psicológico dessa legalidade (também conhecido esse último como custo de oportunidade) se impõem especificamente ao homem racional de modo a influenciar as suas escolhas, limitando os seus desejos até então ilimitados no mundo natural.

Devem ser considerados especialmente os custos na formulação da escala de transitividade, principalmente os custos de oportunidade que se referem às alternativas sacrificadas ou trocadas quando se escolhe um produto ou serviço que extrapola o poder aquisitivo da pessoa em determinado momento. Todavia, ao lado dos custos, comportar-se dentro da Lei também traz benefícios, que teoricamente são estímulos positivos, como segurança, estabilidade das relações, previdência em caso de sinistro etc. Todos esses benefícios são prometidos contratualmente ao homem racional no instante da escolha pública, ao se ingressar ou não no domínio de determinada Lei, ao lado dos custos materiais e subjetivos das escolhas.

Empiricamente, é importante reconhecer o fato de que existem alternativas civis teoricamente extremas e que cada uma delas possui uma estrutura objetiva de custos e benefícios institucionais; porém, a escolha desse ou daquele modelo de ação contratual dependerá do contexto influenciado pelos riscos, pelas incertezas e instabilidades do ambiente (MONTARROYOS, 2009). Neste contexto programático, ficar sozinho é uma opção inicial, porém, quando o indivíduo avalia os custos de oportunidade entre a liberdade natural e a liberdade vigiada ou

civil, os benefícios disponibilizados pela segunda alternativa deverão satisfazer necessariamente aos interesses do homem racional, garantindo-lhe, por exemplo, o poder de pesquisar preços, de negociar, e de realizar trocas positivas com seus pares aceitando a fiscalização coletiva do grupo ou pública do Estado.

Na verdade, o estado ideal para o homem econômico seria a anarquia, mas ele reconhece estrategicamente que para fazer as suas transações é necessário o mínimo de previsibilidade e de estabilidade no mercado. Existe, portanto, um paradoxo no homem racional, o paradoxo do governado, segundo o economista James Buchanan (1975). Ou seja, ao mesmo tempo em que o indivíduo racional quer ser livre, admite ser limitado pelo Estado.

A fundação de grupos como firmas e condomínios acarreta igualmente custos institucionais que serão maiores ou menores a depender das regras instituídas. Por exemplo, podem ser fixadas regras de maioria ou regras de unanimidade. Nas regras de maioria, a decisão é alcançada quando a maior parte do grupo se posiciona em um sentido consensual notoriamente quantitativo. Existem, nesse modelo de regras, os custos de transação que serão maiores ou menores dependendo do tamanho do grupo e de sua composição social. Por outro lado, com as regras de maioria, corre-se o risco de um mesmo segmento majoritário ter perpetuada *ad eternum* a sua vontade quando a minoria se mantiver desarticulada ou dominada pelo sistema. As regras de unanimidade, por seu turno, garantem que a opinião de todos os participantes será ouvida integralmente, entretanto, os custos de transação podem se tornar altíssimos em grupos maiores, nesse caso, gastando-se mais tempo e energia para que se chegue a um entendimento unânime, principalmente em grupos com grande número de pessoas de diferentes culturas ou perfis sociais.

Para minimizar custos de transação social ou de barganhas, o homem racional pode, então, concentrar o poder político-administrativo nas mãos de alguns líderes, considerando que não existiriam custos de transação relevantes nessa escolha extrema, porém, é importante ressaltar que essa alternativa autoritária aumenta o risco de as decisões do ditador serem conflitantes no futuro em relação à opinião dos indivíduos insatisfeitos ou alijados do poder.

Por fim, pode-se dizer que o homem racional evoluiu ao longo dos séculos, desde Adam Smith (1988), em sua obra *A riqueza das nações*, no século XVIII. Antes, o homem econômico realizava somente operações matemáticas, refletindo o modelo mecânico e numérico de contabilidade dos valores econômicos; depois, com a crítica de Buchanan, na década de 60, no livro *Custo e escolha...*, o homem econômico absorveu o bem-estar psicológico nas decisões instrumentais da racionalidade privada (BUCHANAN, 1993).

Atualmente, a subjetividade do homem econômico é visualizada não apenas levando-se em consideração o valor monetário dos produtos e serviços pagos, mas também avaliando-se a repercussão psicológica das transações que decorre da aquisição de certas mercadorias que geram impacto positivo no foro íntimo de cada consumidor. Esse progresso teórico buchaniano contribuiu, finalmente, para deixar o homem racional *smithiano* um pouco mais humanizado!

Resumidamente, o programa de pesquisa buchaniano apresenta as seguintes recomendações:

a) Do ponto de vista ontológico, existe uma relação institucional de interdependência entre a estrutura pública e os interesses individuais do homem econômico.

b) Do ponto de vista metodológico, o homem racional calcula custos e benefícios; além disso, em relação às normas, adapta, altera e flexibiliza os comandos de acordo com suas conveniências utilitarista-maximizadoras.

c) Do ponto de vista axiológico, são valores essenciais para o homem econômico que deseja ficar dentro da ordem pública a liberdade, igualdade, responsabilidade, fraternidade e a democracia.

d) Do ponto de vista teórico ou conceitual, os custos podem ser materiais ou subjetivos. Os custos são desestímulos ao consumo de determinada mercadoria ou tecnologia. Os benefícios, ao contrário, são atrativos que aumentam o consumo. Além dessas duas categorias básicas, o contexto pesa no processo decisório apontando expectativas e riscos paralelos, influenciando, assim, o conteúdo da escala transitiva em que são feitas as escolhas individuais; entretanto, na teoria da racionalidade buchaniana, o homem econômico não se confunde com o *ratinho branco de laboratório*, visto que seu comportamento será sempre operante ou estratégico, conforme sugere a teoria psicológica de Skinner (1977); consequentemente, devemos admitir a presença de três sujeitos atuando simultaneamente no mundo social: primeiro, o ambiente, com seu poder condicionante e racionalidade pública; segundo, o homem racional, com seu individualismo possessivo e racionalidade privada; e finalmente, o analista político, com sua racionalidade científica dotada de classificações, diagnósticos e previsões que demonstram metodologicamente a existência de

uma lógica utilitarista nas respostas individuais em relação ao ambiente social, variando, nesse caso, entre a total submissão ao sistema jurídico até a completa rejeição ou indiferença dos parâmetros oficiais da vida pública. Em todas essas respostas (obediência perfeita à desobediência completa) predomina o instrumentalismo, em que a eventual obediência à Lei é um meio para se obter vantagens institucionais diversas, e não um fim em si mesmo.

e) Do ponto de vista prático, existem modelos e tentativas de solução de problemas. Para cooperar, por exemplo, o homem racional poderá empregar regras de maioria ou de unanimidade. Para resolver conflitos, por outro lado, poderá escolher o modelo da anarquia hobbesiana e lockiana, ou o modelo extremo do *Leviatã* repressor-policial, ou, então, o meio-termo, que, segundo James Buchanan (1975), seria uma anarquia ordenada positivada, nesse caso, conforme sugeriu oportunamente Montarroyos (2010), seria representada pela Lei de arbitragem que funciona como instrumento apaziguador e democrático dos conflitos com pouca ou nenhuma intervenção do Poder Judiciário.

f) Do ponto de vista contextual, por último, existem incentivos positivos e negativos que afetam o consumo e o desempenho das tecnologias contratuais. Entre os incentivos positivos, transparece a expectativa de se obter benefícios institucionais. Entre os negativos, estão a incerteza, a desordem política, o autoritarismo estatal, entre outras externalidades negativas.

2 Programa de Pesquisa Complementar

Esse programa de pesquisa serve neste estudo para descrever o entrosamento da racionalidade privada com a racionalidade do grupo mediada pelo líder e problematizada pelo indivíduo oportunista dentro do condomínio e de outras possíveis organizações de interesses.

No modelo proposto por Mancur Olson (1999), no livro *A lógica da ação coletiva*, os incentivos paralelos ou seletivos são usados nesse contexto de dois modos: positivos e negativos, sendo distribuídos pelo líder com a finalidade de fazer com que alguns membros do grupo resgatem seu interesse prático pelas assembleias e despertem o seu espírito coletivo.

Os incentivos positivos incluem mecanismos de atração coletiva em forma de condecorações, correspondências, convites especiais, menção honrosa, publicações elogiosas e outras formas de bens coletivos personalizados com a intenção de capturar ou despertar o sentimento coletivo do membro do grupo que anda meio adormecido ou desmotivado. Os incentivos negativos, por outro lado, podem considerar piquetes nas fábricas, taxações compulsórias, difamações públicas e toda sorte de constrangimentos institucionais que visem a atingir e despertar a consciência coletiva do indivíduo.

Nesse modelo, os grupos são considerados como organização de interesses individuais. Se a organização apresentar um grande número de pessoas, corre-se, no entanto, o risco de alguns membros terem a sensação de que sua participação efetiva não causará grande influência para a realização dos objetivos gerais da coletividade.

Nos grupos grandes acontece a redução intrínseca da taxa de sacrifício individual, em que o membro será tentado a não contribuir com a expectativa de que sua ausência será

preenchida de qualquer modo pelo esforço dos outros, o que muitas vezes acaba ocorrendo de fato, mas gera incertezas e crise de legitimidade nas decisões coletivas.

Por outro lado, os grupos menores têm uma relativa vantagem institucional com relação aos grandes, pois suas técnicas e métodos decisórios são mais eficientes devido à relação direta, ou, cara a cara, entre seus associados. Aqui, cada membro sentirá o peso de sua importância para a manutenção do grupo e isso, por si só, já seria um enorme incentivo, além da visibilidade individual que é expressiva nesse contexto minoritário.

Seja nos grupos pequenos ou nos grandes, para Olson, portanto, a figura do líder é fundamental, pois ele será responsável pela aplicação dos incentivos mais adequados ao desenvolvimento do grupo como um todo.

O líder deve possuir expressiva habilidade para perceber quais estratégias serão mais eficientes para cumprir os objetivos do grupo. Entretanto, enfrenta riscos de decisão, pois dependendo da dinâmica do grupo pode se transformar num agente centralizador e autoritário, aplicando unilateralmente, estratégias coercitivas; ou então, felizmente, pode se transformar num agente negociador que busca a opinião da comunidade para definir as estratégias políticas visando a atrair a participação de todos.

Ainda a respeito do papel do líder, pode-se dizer que, além de se preocupar com as adversidades externas ao grupo, fazendo *lobby* sobre o Governo, há fatores internos que demandam igual (ou maior) atenção e energia, nesse caso, praticando-se o *lobby* sobre os próprios associados!

Representa muito bem essa problemática coletiva o *carona*, ou *free rider*, que busca de maneira oportunista apenas se aproveitar dos benefícios do grupo, sem oferecer em troca qualquer contrapartida. Tais indivíduos têm vida mais fácil

nos grandes grupos onde a relação cara a cara desaparece e consequentemente a taxa de sacrifício individual é atenuada devido ao montante coletivo de energia social reunida.

Em certa medida, pode-se afirmar que o *carona* age racionalmente, pois pretende obter o máximo de ganhos com o mínimo de custos, sabendo nesse contexto que dificilmente será excluído do grupo e do consumo normal do bem coletivo. É o caso do funcionário público que não participa da greve de seu sindicato, mas no final consome todas as conquistas salariais obtidas junto ao Governo da mesma forma que os ativistas.

Resumidamente, o programa de pesquisa olsoniano estabelece as seguintes proposições:

a) Do ponto de vista ontológico, existe um paradoxo do grupo, ou seja, ao mesmo tempo que o indivíduo racional entra no grupo voluntariamente sabendo da sua utilidade, esse mesmo indivíduo não gasta sua energia para aumentar a produtividade social.

b) Do ponto de vista metodológico, os grupos funcionam como se fossem empresas, portanto, são organizações de interesses que precisam de novos modelos gerenciais e devem ser eficientes com a ajuda do líder que é um empreendedor social que incentiva a participação de todos oferecendo atrativos inteligentes, democráticos e humanistas.

c) Do ponto de vista axiológico, Mancur Olson acredita que os grupos menores são mais eficientes até certo ponto, pois a constituição de grupos pequenos pode sofrer cisões internas muito mais graves que os grandes grupos formados por pessoas com o mesmo perfil social.

d) Do ponto de vista teórico, Olson acredita no esquema comportamentalista em termos de estímulo-resposta. Grandes grupos estimulam naturalmente o desinteresse e o oportunismo, fazendo com que certas pessoas se escondam por trás da multidão. Nesse sentido, o líder deve ser estratégico e ofertar incentivos paralelos que possam atrair a participação do homem econômico. Nesse aspecto, Olson introduz mais uma novidade na psicologia do homem econômico, ou seja, além de ser calculista, sensível, ético, especulativo etc., é socialmente *irracional* e retorna à racionalidade social apenas e tão somente se ganhar algo especial a mais que os outros no grupo, ou seja, os incentivos paralelos.

e) Do ponto de vista prático, existe uma tecnologia democrática sendo amplamente usada pelo líder empreendedor, o *lobby*, que funciona a partir da persuasão e sedução sobre determinados membros do grupo.

f) Do ponto de vista contextual, a questão imediata é como produzir bem público ou coletivo com tantos interesses, preferências e convicções díspares? A resposta é participar de organizações de interesses que disputam com intensidade os favorecimentos públicos do governo dentro de um modelo darwiniano de luta pela sobrevivência.

3 Tecnologia da Negociação Jurídica

No Brasil, a celebração de um negócio jurídico envolve a observância de inúmeras cautelas, muitas vezes incompreensíveis para o *usuário-padrão*, visto que o cidadão comum não recebe uma educação de base para entender minimamente a lógica da Lei.

Para celebrar um negócio jurídico, o usuário deve ser uma pessoa capaz, ou seja, ser maior de idade e estar em pleno uso e gozo de suas faculdades mentais. Além disso, o objeto do negócio jurídico, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável em Lei, conforme estabelece o Código Civil (art. 104 em diante).

O negócio jurídico inclui também alguns princípios basilares. As partes que o celebram devem estar informadas ou direcionadas pela boa-fé; e o instrumento contratual deverá prezar pelo equilíbrio da relação entre as partes de modo que o negócio não fique oneroso demais, indevidamente. Nos termos do artigo 113 do Código Civil, por exemplo: "[...] os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

Sendo estruturas pensantes, os princípios da boa-fé e do equilíbrio devem ser observados em todas as etapas da negociação jurídica. Os princípios servem, por exemplo, para estabelecer uma relação mutuamente positiva, em que as partes ganharão na exata proporção de seus interesses que estão sendo pactuados virtuosamente nesse momento. É a racionalidade pública produzindo, nesse caso, um ambiente estratégico informacional em benefício do direito privado!

O Código Civil estabelece ainda alguns critérios para o usuário avaliar se o negócio jurídico será ou não reconhecido como válido. A Lei não aceita, por exemplo, um negócio jurídico em que haja dolo, coação, fraude contra credores, erro etc.

Nesse momento, o Estado informa ao usuário, por meio dos critérios oficiais, que o poder público não vai anuir ou ordenar o cumprimento/a execução de um instrumento eivado de vícios. Em verdade, diante de algum desses defeitos, o Juiz poderá efetivamente declarar nulo o negócio tendo em vista que os efeitos contratuais causariam enormes custos negativos ao homem racional.

Conclusivamente, a fiscalização e a intervenção do Estado vêm no sentido de garantir que o mínimo ético seja observado e o bem público efetivamente surja, reprimindo as surpresas egoístas ao mesmo que tempo que humaniza a conduta do cidadão com a utilização racional e efetiva de suas leis oficiais.

Pelo Código civil, a tecnologia da negociação poderá se configurar na prática por meio do contrato de locação, empreitada, compra e venda, doação ou prestação de serviços. É fundamental considerar no uso de todas essas tecnologias que o usuário será um agente racional preenchendo determinados prerrequisitos, por exemplo, buscando um meio eficiente para produzir e consumir determinados bens instrumentais como ordem, previsibilidade, informação e segurança pública ou jurídica. Desse modo, os contratantes reconhecem estrategicamente a necessidade de autolimitar seus egoísmos no sentido de produzir um espaço coletivo de trocas e de comercializações.

Ao celebrar um contrato escrito, portanto, os indivíduos trocam o modelo da anarquia moral lícita baseada na informalidade e entram racionalmente no império da lei positiva. Essa troca gera automaticamente custos de oportunidade, sobretudo relacionados com a supressão do poder unilateral de decisão e com a redução da autonomia individualista. Simultaneamente, as partes devem ganhar autonomia coletiva nesse processo para, por exemplo, inventar formalmente contratos atípicos, observando os bons costumes e a ordem pública.

Nesse quadro, os custos de oportunidade serão positivos na medida em que forem compensados por uma série de benefícios públicos, dentre eles a objetividade e previsibilidade do processo interativo dos contratantes. Entretanto, o aspecto nodal para a racionalidade jurídica dos contratantes será sempre evitar o estado de natureza hobbesiano, estado de guerra de todos contra todos, em que se destacam a animalidade e o individualismo possessivo. Nesse caso, felizmente, os indivíduos encontram à sua disposição informações públicas e gratuitas no Código Civil que estipula o caminho oficial que nos afasta da anarquia imoral, desordenada e ilícita.

No contrato de compra e venda, por exemplo, a Lei deixa claro o lugar da fronteira que separa o estado de natureza hobessiano do estado civil. Nesse sentido, se o contrato tiver cláusulas ambíguas e contraditórias receberá uma interpretação mais favorável ao aderente. Também se a negociação foi realizada a partir de protótipos, modelos e amostras, garante-se por Lei que o vendedor vai entregar o produto ao cliente com as mesmas qualidades amostradas (art. 488). O contrato também será nulo se apenas uma das partes definiu o preço do produto.

No contrato de doação, encontramos essa mesma preocupação de separar o estado de natureza hobbesiano do estado civil. Considera-se, por exemplo, que a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, por inexecução do encargo, ou quando o donatário atentar contra a vida do doador ou cometer crime ou ofensa física, se injuriar gravemente ou caluniar contra o doador ou se recusar a fornecer ao doador alimentos que este necessitava e tinha meios de atendê-lo (art. 555-57).

No contrato de empreitada, por sua vez, a obra pode ser suspensa se as modificações exigidas pelo dono da obra por seu vulto e natureza forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo do preço (ver art. 248).

Basicamente, a tecnologia da negociação jurídica implica a seguinte economia institucional:

a) oferece custos e benefícios objetivados em Lei, em que o jogo civil determina como ponto de partida que os contratantes abdiquem da anarquia moral e prefiram o modelo da legalidade.

b) no desenvolvimento dessa troca, surgem custos de oportunidade ou psicológicos relacionados com a diminuição do poder individualista e com a restrição do egoísmo, em compensação, a seguir, os contratantes ganham bens civis como ordem, previsibilidade, informação e segurança ou menor incerteza jurídica e social dos contratos.

4 Tecnologia da Centralização Civil

Possuindo informações públicas para realizar transações e celebrar negócios, o homem racional pode avaliar custos e benefícios dentro da legalidade. Sendo assim, ele será capaz de sacrificar a sua liberdade individualista e suprimir, ou mesmo abandonar, o poder unilateral de julgar as coisas, guiado apenas pelo seu interesse egoísta.

Talvez pelo medo do retorno ao estado de natureza hobbesiano, em que não seria possível se garantir uma racionalidade social voltada para o bem público, o indivíduo racional transfere o poder absoluto para um centro produtor de tecnologias jurídicas para resolver conflitos, objetivamente, o *Leviatã*.

Entretanto, aqui, a centralização civil é fruto de uma escolha racional em que o indivíduo avalia custos e benefícios entre ficar fora da Lei (estado de natureza) ou dentro da Lei (estado civil). No final, entretanto, a sua decisão vai depender do contexto, e, nesse caso, idealmente, o Estado promete garantir a ordem.

Mas, paradoxalmente, quando o Estado transforma-se no maior produtor de males públicos, dentre eles, desordem, impunidade, injustiça e burocratismo, pode ser um bom negócio para o indivíduo racional praticar a criminalidade. De qualquer modo, haverá sempre o risco de eventualmente ser reprimida a criminalidade – de surpresa – pelo Estado em algumas operações especiais de fiscalização.

Historicamente, fato é que a centralização do poder ficou restrita ao poder burocrático do Estado, entretanto, nos dias atuais, o Estado tem sido ineficiente para alcançar os resultados democráticos e humanitários prometidos à sociedade civil. A morosidade do Poder Judiciário para julgar processos, por exemplo, gera um custo altíssimo para o homem racional, pois ele se vê pressionado pelas circunstâncias tecnológicas, econômicas e sociais a mudar conforme o ritmo do mundo globalizado e, no caso brasileiro, é ameaçado pelos juros astronômicos a resolver, o mais breve possível, os conflitos envolvendo débitos e créditos.

Neste contexto histórico, o homem racional invoca ao Estado Democrático de Direito novas tecnologias contratuais que sejam mais eficientes para chancelar ou consolidar os negócios jurídicos particulares com mais liberdade, igualdade, fraternidade, responsabilidade e democracia.

Como resposta, o Estado tem dividido uma fração do seu poder soberano tradicional e instituiu, por exemplo, a tecnologia da arbitragem com natureza democrática dotada de especificidades para a resolução célere do litígio contratual na área dos direitos patrimoniais disponíveis.

Segundo a Lei da arbitragem brasileira, podem ser criadas câmaras de arbitragem especializadas para atuar em determinadas áreas do direito econômico (comercial, trabalhista, intelectual, civil, escolar etc.), visando a complementar o trabalho da Justiça comum. Conforme declara a Lei 9.307

de 1996, a arbitragem é uma tecnologia jurídica colocada à disposição do homem racional e pode ser teoricamente posicionada entre o *Leviatã* e a anarquia moral, segundo analisou Montarroyos (2010) com o auxílio do programa de pesquisa do autor James Buchanan.

Os custos materiais envolvidos nessa tecnologia correspondem aos gastos monetários com os emolumentos dos árbitros, honorários de peritos, taxas da câmara de arbitragem etc. Vale lembrar, no entanto, que, no Poder Judiciário, eventualmente, quando não há o benefício da justiça gratuita, todos os custos do processo são assumidos pelas partes (normalmente a vencida) de modo que nesse aspecto a lógica da justiça arbitral e da justiça comum se assemelham.

Já com relação aos benefícios institucionais, a arbitragem destaca-se largamente no quesito celeridade e privacidade ou sigilo do procedimento que é uma cláusula pétrea. De acordo com o artigo 23 dessa Lei, toda causa a ela submetida deverá ser resolvida em até seis meses. Depois disso, busca-se um consenso para alargar um pouco mais o prazo ou encerra-se legalmente o procedimento. Além disso, a cláusula pétrea da confidencialidade dos procedimentos arbitrais é um importante atrativo para o empresário racional, principalmente para as empresas que não querem ver os detalhes de suas operações devassados pela publicidade de um processo judicial comum (ALVIM, 2002).

Importante ressaltar que a arbitragem garante maior liberdade e multivocalidade às partes, que assim poderão escolher os árbitros; as regras de julgamento (se de direito ou equidade); bem como a forma de produção das provas. Enfim, os clientes da arbitragem poderão compor uma escala de transitividade própria, conjuntamente, e assim realizam os seus *trade offs* pacificamente, até atingirem o ponto de equilíbrio da balança, ou seja, a justiça de natureza privado-pública.

Como as demais tecnologias civis, a arbitragem possui também regras, princípios e critérios que definem a sua dinâmica contratual. As regras informam como o procedimento irá se desenrolar do começo ao fim, tratando da formalização do compromisso arbitral; do prazo de seis meses, para que toda a questão seja resolvida; das obrigações e competências dos árbitros na condução do procedimento; da irrecorribilidade da sentença; da espontaneidade da execução, dentre outras prerrogativas.

Os princípios da arbitragem informam, por sua vez, os valores a serem observados e defendidos pelas partes, pelo árbitro e pelos demais participantes do procedimento, destacando-se os princípios da racionalidade, eficiência, honestidade, boa-fé e dignidade da pessoa humana.

Já os critérios definirão, por sua vez, como a questão deverá ser analisada ou julgada pelo árbitro: se com a utilização de regras de equidade ou de direito. Pelas primeiras, o julgador apreciará a causa desenvolvendo o seu prudente arbítrio, pautado no sentimento subjetivo da equidade do juiz arbitral. Na segunda categoria, a sentença arbitral reproduzirá tecnicamente as regras convencionais do Direito.

Consideramos basicamente que a arbitragem é uma tecnologia da centralização na medida em que deposita na figura do árbitro o poder de julgar a causa, embora seja um centralismo democrático. Ressalte-se, apesar de tudo, que qualquer critério estabelecido será sempre fruto do comum acordo entre as partes:

> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.
> § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
> § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

5 Tecnologia da Descentralização Civil

A descentralização civil é mais outra tecnologia pública disponível ao cidadão racional para otimizar os seus interesses no mundo capitalista, democrático e pluralista, e se fundamenta no princípio utilitarista-maximizador.

Usando essa tecnologia civil, o homem racional vai optar por transferir algumas de suas atribuições para uma pessoa física ou jurídica, especializada em determinada tarefa, por exemplo, administração de condomínios, com a expectativa de aumentar a eficiência dos serviços coletivos, configurando-se, portanto, a terceirização.

Mais uma vez, pode-se falar em regras, princípios e critérios durante a utilização dessa tecnologia, além dos custos, riscos e benefícios inerentes. As regras delimitam a forma de atuação da administradora terceirizada; o que compete a ela fazer; e o que permanece sob a responsabilidade do terceirizante.

No caso do condomínio edilício, em que é obrigatória a figura do síndico, essa figura pode terceirizar algumas de suas funções, a exemplo do que dispõe o Código Civil:

> Art. 1.348. Compete ao síndico:
> V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;
> VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;
> § 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção.

Tendo em vista que o objetivo de um condomínio é a produção do bem-estar social do grupo, a descentralização deve estar pautada necessariamente nos princípios da responsabilidade coletiva e probidade. Entretanto, o principal critério

utilizado para se avaliar a pertinência ou não da terceirização, bem como a atuação do síndico, será utilitarista-maximizador, ou seja, fundamentado na identificação da eficiência dos processos por meio do qual se buscará o melhor desempenho político, social e econômico. A eficiência é tão necessária nesse tipo de organização que os condôminos, segundo o que dispõe o Código Civil, poderão destituir o síndico caso ele não administre convenientemente o condomínio:

> Art. 1.349. A assembleia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2 do artigo antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.

A descentralização garante a ordem patrimonial do condomínio e traz uma rápida metodologia de solução de problemas cotidianos, pois as administradoras especializadas contam com assessoria jurídica e contábil permanente e dispõem, também, de uma rede eficaz de outros prestadores de serviços.

Os custos materiais dessa tecnologia envolvem gastos com os honorários da administradora e todas as despesas que decorrem da realização de benesses para o condomínio. Além disso, existe o custo de oportunidade internalizado pelo síndico, pois eventualmente será necessário tomar alguma decisão política contra um de seus vizinhos, como autorizar a abertura de um processo judicial de cobrança de taxas condominiais atrasadas, o que, de certo modo, tem o poder de acirrar a animosidade pelos corredores do prédio.

O custo de oportunidade ou psicológico pode ser nesse caso a abdicação da amizade, simpatia e dos procedimentos éticos em favor do processo civil ou procedimento arbitral envolvendo os vizinhos. Também, a descentralização civil traz o risco do esvaziamento da vida política do condomínio, pois a concentração das decisões nas mãos da administradora conspira

contra o sentimento de pertença da comunidade, com os condôminos deixando de perceber o todo como parte integrante de seu patrimônio pessoal-coletivo, passando infelizmente a encará-lo como se fosse uma colônia ou província governada por uma distante metrópole, a matriz administradora.

6 Tecnologia da Coalizão

O cidadão racional percebe que formar uma comunidade com pessoas que almejam objetivos em comum constitui um meio eficiente para aumentar benefícios e reduzir custos institucionais. Para tanto, há diversas tecnologias de coalizão previstas em Lei à disposição do cidadão e todas pressupõem a celebração de um contrato social, contendo regras, critérios e princípios para orientar a utilização do seu sistema operacional. Existem associações, empresas, união matrimonial e condomínios como exemplos desse tipo de tecnologia. No caso específico do condomínio, a escala de transitividade do indivíduo racional contém basicamente duas possibilidades de escolha: ou ele fica sozinho em uma casa isolada, e aí consome plenamente o seu direito de propriedade privada, livre de custos sociais expressivos; ou, então, resolve integrar um condomínio, assumindo benefícios de um ambiente possivelmente mais seguro, melhor equipado e com mais conforto, pagando o custo subjetivo de ter a sua liberdade individual tolhida ou reduzida em detrimento do bem comum, que nesse caso é um bem coletivo instrumental.

O *trade off*, por essa ou aquela opção, vai depender do cálculo racional contextualizado, entretanto, é importante ressaltar que a operação economicista em torno dos custos monetários não é mais determinante para se prever a escolha final do homem racional, pois está em jogo também o prazer

de se viver no condomínio; e esse prazer pode ultrapassar o valor das mensalidades. Ou seja, elementos humanos como liberdade, status social, bem-estar e sensação de segurança afetarão incisivamente a decisão do homem racional!

As regras para a criação, funcionamento e extinção de um condomínio estão em linhas gerais definidas pelo Código Civil. Acerca da criação de um condomínio edilício, deverá acontecer, por exemplo, uma convenção entre os condôminos para se definir ou repactuar-se as normas específicas que regulam obrigatoriamente as condutas e os procedimentos nessa comunidade. O Código Civil confere obrigatoriedade à convenção nos seguintes termos:

> Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.
> Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
> Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:
> I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;
> II - sua forma de administração;
> III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;
> IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;
> V - o regimento interno.

No condomínio, o homem racional pode ajustar essa tecnologia jurídica de forma que atenda melhor às suas preferências. Talvez seja essa a maior vantagem desse tipo de tecnologia jurídica, pois tudo que o homem racional deseja é ser

livre dentro da Lei. Concretamente, a convenção do condomínio oferece critérios, ou seja, estruturas praticantes a respeito de autorização ao síndico para terceirizar ou não a administração; a respeito da melhor data para se pagar a mensalidade condominial; a respeito do quórum de deliberação das assembleias, dentre outras situações cotidianas.

Os princípios que fazem parte do sistema operacional dessa tecnologia serão aqueles que norteiam os grupos de um modo geral, tais como o princípio da solidariedade, da probidade, da humanidade, do respeito mútuo etc.

No condomínio, encontramos especialmente o problema do *free rider* ou *carona*. Sendo o próprio condomínio residencial um bem coletivo puro, ou seja, não excludente e indivisível onde seus bens, serviços e equipamentos são de direito pertencentes a todos os condôminos proprietários e residentes, não há como expulsar ou promover constrangimentos no uso da piscina, do salão de festas, dos corredores, da água, do estacionamento, da portaria etc., que pertencem a todos, sem distinção. Por isso, legalmente, o mal pagador e o inadimplente serão tratados em pé de igualdade com o bom pagador.

Entretanto, o maior problema não é a igualdade de tratamento obrigatório no edifício, mas a falta de dinheiro para pagar os empregados, manter a limpeza e a segurança do prédio, prover benfeitorias necessárias e atender às novas demandas da comunidade. É nesse momento crucial da economia, portanto, que o líder, ou seja, o síndico se vê diante de uma crise de legitimidade. Afinal, o que se coloca em xeque nesse caso é até onde vai o seu poder político e até onde vai a regra de eficiência do mercado.

Surge, aqui, um dilema institucional entre ser democrático e ser autoritário. Ser flexível nos prazos de pagamento mensal ou radicalizar o sistema de cobrança.

O agravante nisso tudo é que o *free rider* que é um membro oportunista avalia que o pagamento em datas irregulares ou o atraso de vários meses não afetam o livre uso dos espaços no condomínio. Mas, por outro lado, infelizmente, esse fato prejudica a sua comunidade, criando males públicos diversos dentre eles a desordem administrativo-financeira. Como solução, se o líder for racional vai se comportar como empreendedor e distribuirá uma série de incentivos paralelos de atração e de convencimento dos condôminos que perderam de vista a sua responsabilidade e a sua importância social no prédio.

Deixando de lado o autoritarismo, promovendo calúnias, assédios morais ou retaliações diversas, o síndico poderá preferir alternativas democráticas e modernas como perdoando os devedores, reduzindo o impacto das multas nos meses atrasados, ou ainda promovendo jantares e festas dentro e fora do prédio, a fim de angariar recursos extras para garantir a boa administração do condomínio.

Nesse processo de escolha das estratégias, existe, no entanto, o risco de o síndico ficar impopular junto à maioria dos bons pagadores que podem cobrar dele a implantação de um modelo mais repressivo de correção das dívidas, que tecnicamente é um mal público nesse contexto.

Antevendo essa possibilidade de não agradar *gregos nem troianos* o síndico racional poderá preferir não expor sua reputação às críticas e contrata por isso uma administradora de condomínios, terceirizando serviços, evitando desgastar a sua imagem pessoal e administrativa; adotando, portanto, um modelo impessoal e tecnicista de gerenciamento do bem comum. Como resultado institucional, o condomínio deixa de ser uma comunidade moral ou política e se transforma numa máquina de calcular custos e benefícios monetários, um *autômato*.

7 Discussão

Para o cidadão racional, a informação é um meio que deve otimizar o seu desempenho econômico na realidade. Estrategicamente, ele calcula custos e providencia meios adequados para concretizar seus projetos com menos riscos e prejuízos; porém, às vezes, recorre a pessoas especializadas, visando a otimizar a utilização das complexas tecnologias informacionais do Código Civil.

Considerando a ideia de que a lei é usada para reduzir incertezas, o professor Heraldo Montarroyos (2010) argumentou que o contexto público dos contratos é inicialmente caracterizado pela incerteza social. Completando essa afirmação, Anthony Downs (1999) considerou em sua *Teoria econômica da democracia* que os indivíduos e o pesquisador raramente possuem dados completos para eliminar toda a incerteza do ambiente. Entretanto, no contexto da incerteza, os interesses, as preferências e as convicções individuais não constituem necessariamente um obstáculo definitivo para os interesses contratuais, tendo em vista que existem regras, princípios, critérios e instituições disponíveis por Lei que restringem a ameaça da anarquia ilícita ou hobbesiana e instrumentalizam os interesses das partes que pretendem celebrar os acordos democráticos.

Apesar de serem a generalidade e a publicidade requisitos fundamentais de qualquer Lei, o homem racional percebe que deve procurar ajuda de um especialista jurídico. Ou seja, o usuário das tecnologias civis até pode ler o *manual* público que é o Código Civil, mas não entende plenamente a sua linguagem jurídica operacional, daí surge a necessidade de um advogado, de um juiz arbitral, de um defensor público etc.

Curiosamente, Hobbes (2002) também justificou a existência do Estado a partir da necessidade das tecnologias ou

máquinas jurídicas. No estado de natureza, segundo ele, não existiriam tecnologias civis da ordem pública, justificando, portanto, a construção coletiva pactuada do estado civil para se produzir informações civis necessárias que ajudariam as pessoas a não caírem novamente no estado de violência de todos contra todos.

É importante ressaltar que a postura do indivíduo e do Estado diante da Lei mudou ao longo dos tempos, e o homem racional especificamente busca uma tecnologia jurídica mais leve, democrática, inteligente e com a possibilidade oficial de graduar as regras. Além disso, considerando os limites da Lei como sendo a ordem pública e os bons costumes, a racionalidade do indivíduo pretende atuar nesse intervalo selecionando e graduando as tecnologias que melhor otimizariam as estratégias, invocando-se politicamente os princípios da autonomia e da responsabilidade dos contratantes. Nesse quadro teórico, conforme sugeriu Buchanan (1975), o *Leviatã* domesticado pela Constituição Democrática deveria proporcionar ao homem racional um variado e completo cardápio de regras, critérios e princípios, para que ele possa direcionar seus negócios livremente dentro da Lei, induzindo consequentemente a racionalidade privada dos indivíduos e das empresas a produzirem civilizadamente o bem público de maneira eficiente e equilibrada.

Evitando regressar ao estado quase caótico da ilegalidade, o cidadão racional procura saber quais são o caminho e os procedimentos corretos que devem ser adotados nos contratos civis. Por isso, ele busca informações, especificamente aquelas disponibilizadas pelas tecnologias jurídicas que são mais confiáveis do ponto de vista público.

O estado de natureza hobbessiano é o reino das ilicitudes e ilegalidades. Nessa direção, prescreve o artigo 186 do Código Civil que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Consequentemente, em decorrência dos atos ilícitos praticados a pessoa poderá sofrer diversas penalidades: pagar multas e indenizações; anular seus contratos; ou, até, em casos extremos, incorrer na pena de prisão.

No estado de natureza hobbesiano, como já definiu Buchanan (1975), o indivíduo leva uma vida *pobre, curta e miserável*. Entretanto, conforme destacou Montarroyos (2009), o estado de natureza não é consequência apenas da maldade humana, como faz crer uma leitura superficial da teoria de Hobbes (2002). De fato, o homem racional deseja a glória, a fama, o poder e o dinheiro e tende a privatizar tudo que lhe agrada usando meios abusivos que atentam contra a dignidade da pessoa humana por meio daquilo que se convencionou chamar de individualismo possesivo. Mas a falta de informações públicas é um grande mal nessa sociedade hipotética, o estado de natureza, provocando nos indivíduos a incapacidade de fazer qualquer previsão técnica relativa ao funcionamento dos acordos celebrados, visto que não existe um padrão ou régua oficial para medir a extensão dos direitos e deveres de cada um e que seja ao mesmo tempo acompanhado da possibilidade do castigo da parte do *Leviatã* quando um dos contratantes violar o padrão de conduta oficial esperado pela sociedade moderna.

Diante dessa falta, o medo contamina as pessoas, ou, como já definiu Montesquieu, o estado de natureza desenvolve uma situação precária e sem futuro promissor, fazendo com que as pessoas tenham receio permanente de tomar atitudes empreendedoras, temendo invadir ou provocar os ânimos dos outros indivíduos na comunidade, consequentemente, subsiste uma sociedade tímida e acanhada. Segundo Montesquieu (2004, livro I, cap. 2):

> Hobbes pergunta: "por que, se não se encontram naturalmente em estado de guerra, os homens andam sempre armados? E por que têm chaves para fechar suas casas?" Mas não percebe que está atribuindo aos homens, antes do estabelecimento das sociedades, aquilo que só pode acontecer após este estabelecimento, que fará com que encontrem motivos para atacarem-se e defenderem-se. Ao sentimento de sua fraqueza, o homem acrescentaria o sentimento de suas necessidades.
>
> Assim, outra lei natural seria aquela que lhe inspiraria a procura da alimentação. Eu disse que o temor levaria os homens a fugirem uns dos outros: mas os sinais de um temor recíproco encorajariam-nos a só aproximarem. Aliás, eles seriam levados a isto pelo prazer que um animal experimenta ao sentir a aproximação de outro animal de sua espécie. Além disso, o encanto que os dois sexos inspiram um ao outro devido a sua diferença aumentaria este prazer; e apelo natural que sempre fazem um ao outro seria uma terceira lei.
>
> Além do sentimento que os homens têm em primeiro lugar, ainda conseguem possuir conhecimentos; assim, possuem um novo motivo para se unirem; e o desejo de viver em sociedade é uma quarta lei natural.

É no modelo hipotético de Thomas Hobbes (2002), conforme analisou James Buchanan (1975), que tomamos conhecimento das condições institucionais que favorecem a produção dos bens privados com absoluta liberdade e relativa eficiência até o momento crucial em que começam a surgir objetivamente males públicos diversos, como desordem, violência, insegurança, imprevisibilidade, poluição etc., prejudicando assim a eficiência das trocas e a própria ordem patrimonial egoísta, baseado na permissividade do cotidiano.

A solução contratualista é fundamental para Hobbes (2002). Apesar de os indivíduos trocarem o estado de natureza pelo estado civil sem nunca terem conhecido as propriedades naturais da segunda alternativa, a expectativa racional extrapola nesse contexto o conhecimento real das coisas e desse modo os indivíduos superam o dilema trocando o certo pelo duvidoso.

Com a ajuda do *Leviatã*, os acordos passam a ter um formato ou desenho institucional preocupado em manter a ordem pública e, ao mesmo tempo, os interesses privados. O desenho dos contratos torna-se objetivista e regralógico, ou seja, procura escapar do risco da subjetividade que é a porta de entrada na direção do estado de natureza e, por conseguinte, as regras do Direito positivo são graduadas ao nível máximo de formalismo tentando garantir a segurança jurídica.

Considerações Finais

Na visão instrumental da racionalidade econômica, o contrato civil é uma tecnologia da informação dotada de um sistema operacional de regras, princípios e critérios que informam os direitos e deveres, custos e benefícios contratuais; ao mesmo tempo, o contrato disponibiliza um processo institucional capaz de reconciliar os interesses, as preferências e convicções individuais com a racionalidade social, embora nem sempre haja um equilíbrio perfeito entre essas duas racionalidades, na prática e na teoria, por envolver uma sociedade democrática e capitalista repleta de incertezas e instabilidades.

Com a informação pública proporcionada pela tecnologia da negociação, centralização, descentralização e da coalizão, tecnicamente, o agente racional encontra meios institucionais para escapar da ilegalidade e otimizar a sua participação na ordem jurídica. Os custos informados por essas tecnologias contratuais podem ser materiais ou subjetivos. Nessa última categoria, os custos de oportunidade foram representados neste estudo pelo sacrifício da liberdade e pela supressão do poder unilateral de julgamento do homem racional, observados automaticamente no processo de troca ou substituição da anarquia hobbesiana pelo estado civil.

Chamamos a atenção também em nosso modelo que existem usuários racionais manipulando os comandos institucionais em maior ou menor intensidade, formando consequentemente uma escala gradativa de utilidade no cotidiano, onde certas regras, princípios e critérios poderão ser super-utilizados; utilizados; subutilizados; inutilizados intencionalmente; ou ignorados por completo quando faltam informações de ordem pública.

As tecnologias contratuais ou civis são bens públicos gratuitos e estão disponíveis para qualquer cidadão usá-las livremente, entretanto, o desempenho dessas tecnologias varia empiricamente na sociedade porque existem incentivos negativos e positivos atuando nas relações interindividuais, pressionando o homem racional a rever frequentemente as suas estratégias. Entre os incentivos negativos, que afastam o consumo das tecnologias jurídicas ou prejudicam a sua qualidade ou validez, inclui-se a renda limitada; a escassez de recursos; a falta de informação e educação; a desordem política; e o burocratismo. Entre os incentivos positivos, que atraem o consumo das tecnologias civis, encontram-se a expectativa dos benefícios institucionais como ordem, segurança, garantias individuais, previsibilidade dos acontecimentos contratuais, fiscalização pública, dentre outras vantagens contratuais.

Conclusivamente, podemos afirmar que existe uma economia política contratual no Código Civil que é informada particularmente por cada uma de suas tecnologias jurídicas. Ficou patente na descrição da dinâmica institucional dessas tecnologias civis apresentada nas seções anteriores que existem custos, benefícios e riscos institucionais em um contexto de incertezas e instabilidades.

Os custos podem ser materiais ou subjetivos. Nessa última modalidade, há pelo menos dois tipos imediatos: redução do poder de julgamento unilateral e supressão da autonomia individualista.

Os custos subjetivos estão na base de qualquer contrato onde se pressupõe a troca da anarquia (moral ou imoral, lícita ou ilícita, hobessiana ou lockiana) em favor do estado civil da legalidade. Consequentemente, acredita-se que essa troca será produtiva desde que haja informações técnicas que aumentem a segurança jurídica e nos afastem do estado de natureza hobbesiano.

Os benefícios compensam os custos, caso contrário, seria irracional internalizá-los propositalmente. Incluem bens como ordem, segurança, previsibilidade, garantias individuais e informações de como se evitar a ilegalidade e ilicitude.

Porém, a situação mais vibrante da economia política civil coloca-se virtualmente diante do consumidor com a possibilidade de duas alternativas extremas: o estado de natureza *versus* o estado civil.

Na primeira opção, encontram-se tecnologias sociais baseadas na força, malandragem, esperteza, medo, vandalismo etc., que são capazes de produzir com o máximo de eficiência bens privados, uma vez que não existem restrições públicas nem éticas entre os indivíduos. Dentro desse sistema faltam, no entanto, garantias básicas ao direito à vida, à segurança e à propriedade, que são custos de oportunidades que poderiam ser eliminados desenvolvendo-se outro sistema de trocas com a proteção, monitoramento e informação de um Poder Público universal. Portanto, ao encontrar esta segunda alternativa na prateleira constitucional, o indivíduo pode refazer os seus cálculos e avaliar finalmente que será lucrativo assumir certos custos ou sacrifícios institucionais com a expectativa de produzir meios eficientes para otimizar ao máximo as suas negociações. Desse modo, são internalizados custos subjetivos e financeiros (por exemplo, pagando serviços burocráticos e a papelada do cartório) no sentido de evitar o estado de natureza hobbesiano que é um péssimo instrumento para se compatibilizar a racionalidade justa, democrática e humana com o princípio da eficiência.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. *Lei 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 11 jul. 2014.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BUCHANAN, James. *The limits of liberty:* between anarchy and Leviathan. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

_____. *Custo e escolha:* uma indagação em teoria econômica. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

DOWNS, Anthony. *Teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp, 1999.

HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria geral dos contratos. *Direito Brasil*, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2014.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. A economia política constitucional do prêmio Nobel James Buchanan. *Economia Ensaios*, v. 2, n. 23, 2009. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeconomiaensaios/article/view/3741>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. Inventário epistemológico das ideias neocontratualistas do economista James Buchanan: a racionalidade econômica e sua aplicabilidade microssocial. *Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, ano XI, n. 19, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/1093/898>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. A filosofia jurídica do contrato hobbesiano. *Theoria*, Pouso Alegre, MG, 2009. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0209/a_filosofia_juridica.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo: Edusp, 1999.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Coleção "Os Economistas").

SKINNER, B. F. *O mito da liberdade*. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1977.

Submissão: 29/09/2014
Aceito para Publicação: 20/11/2014

O *Dumping* Social e a Proteção aos Direitos Sociais dos Trabalhadores

The Social Dumping and the Protection of Worker's Social Rights

Lilian Patrícia Casagrande*
Tereza Cristina Meurer Antunes**

Resumo: O presente artigo versa a respeito do *dumping* social e da proteção aos direitos dos trabalhadores. Inicialmente, faz-se um breve histórico relativo à legislação antidumping, a seguir, aborda-se o conceito jurídico de dumping e de dumping social. Por fim, traz-se a discussão internacional acerca da cláusula social e dos padrões trabalhistas no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC – e da Organização Internacional do Trabalho – OIT. O principal objetivo assenta-se em saber se realmente existe uma preocupação com os direitos dos trabalhadores diante do dumping social, ou se as medidas discutidas não passam de protecionismo disfarçado. Para a materialização da pesquisa, quanto ao método de abordagem, utilizar-se-á o método indutivo; quanto ao procedimento, adotar-se-á o método monográfico; e quanto aos procedimentos técnicos, a técnica de pesquisa será a bibliográfica e documental, utilizando-se de doutrina, publicações em periódicos, jurisprudência e dissertações e teses relativas ao tema.

Palavras-chave: Direitos Sociais. *Dumping* Social. Cláusula Social. Padrões Trabalhistas.

---

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada e servidora da Universidade Federal de Santa Catarina.

** Especialista em Administração Pública pela UNIESC – Faculdade Dom Bosco de Ubiratã. Servidora da Universidade Federal de Santa Catarina.

Abstract: The present article deals with social dumping and the protection of worker's rights. Initially, it is made a brief review of the anti-dumping legislation, next, it is approached the legal concept of dumping and of social dumping. Finally, it is brought the international discussion on social clause and the World Trade Organization – WTO and International Labor Organization – ILO labor Standards. The main objective is to know if there is really any concern for the worker's right in face of the social dumping or if the actions taken are nothing more than masked protectionism. For the development of this research, it will be used the inductive method as approach method; the monographic method will be used as procedure; about the technical procedures, the research techniques will be bibliographical and documentary, using doctrine, articles in scientific journals, case law and dissertations and theses on the subject.

Keywords: Social Rights. Social Dumping. Social Clause. Labor Standards.

Introdução

O *dumping* social é utilizado como prática de concorrência desleal, objetivando a diminuição do preço final do produto mediante a redução de custos com a mão de obra, em função da aplicação de legislações trabalhistas brandas ou, até mesmo, inexistentes, com implicações que denotam o desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e benefícios trabalhistas mínimos.

A utilização dessa prática fez com que governos de diversos países que atuam no comércio exterior tentassem inserir na agenda da Organização Mundial do Comércio – OMC a temática das relações sociais com base no discurso da necessidade de proteção aos Direitos Humanos. Enquanto isso, os governos de países em desenvolvimento alegam que tal afirmativa nada mais é do que uma medida protecionista e de prejuízo ao livre

comércio, principalmente por países como os Estados Unidos da América e por países da União Europeia, ameaçados em seu poder de competição no mercado internacional.

Longe de chegar ao fim tal discussão, verifica-se que, diante da impossibilidade de coexistência de países com o mesmo nível de desenvolvimento, não é fácil a concretização de medidas que sejam capazes de evitar a prática de *dumping* social.

> A temática proposta justifica-se pela atualidade e repercussão social. O *dumping* social vem sendo discutido no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC – mais com a preocupação com o comércio do que propriamente com os Direitos Sociais dos trabalhadores. Dessa forma, são de extrema importância estudos a respeito desse tema, trazendo os Direitos Sociais trabalhistas como foco da preocupação e não apenas o livre comércio.

Com base nesses pressupostos, pretende-se neste artigo abordar o *dumping* social, tratando-se, inicialmente, a respeito da legislação *antidumping* e a sua regulamentação no Brasil, em seguida, abordam-se o conceito jurídico de *dumping* e de *dumping* social, finalizando com a discussão internacional acerca da cláusula social e dos padrões trabalhistas no âmbito da OMC e da OIT, com o objetivo de verificar se realmente existe uma preocupação com os direitos dos trabalhadores diante do *dumping* social, ou se as medidas discutidas não passam de protecionismo disfarçado.

Ressalta-se que, considerando as discussões internacionais apontadas e a falta de consenso a respeito do tema *dumping* social, não se tem a pretensão de oferecer soluções prontas e acabadas a respeito do assunto. Nesta pesquisa, a finalidade é outra, a de suscitar a necessidade de estudos aprofundados acerca desse assunto, a fim de se discutir a importância dos Direitos Sociais trabalhistas.

1 A Legislação *Antidumping*

A abordagem do *dumping* é antiga, havendo relatos de sua prática por produtores norte-americanos já nas últimas décadas do século XIX, o que o levou o Canadá a adotar o *Act to Amend the Customs Tariffs*[1], em 1904, com o objetivo de impedir a ação de grandes empresas norte-americanas, cuja atuação revelava-se ruinosa às indústrias daquele país (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 84).

Na época, o Canadá estava construindo uma ferrovia transcontinental, com o fim de facilitar o tráfego de pessoas e de mercadorias em seu território. Então, investidores americanos passaram a vender aço aos fabricantes de estradas de ferro canadenses, a preços que inviabilizavam a concorrência por parte das indústrias produtoras de aço do Canadá, provocando o domínio do mercado local (TEIXEIRA, 2012, p. 111).

Diante dessa situação, o governo canadense viu-se em uma situação política difícil: de um lado, estavam os fazendeiros, os quais o elegeram ao poder, pressionando-o para a redução de tarifas; de outro, estavam os industriais, exigindo que as tarifas permanecessem elevadas. Assim, se o governo optasse por não reduzir as tarifas perderia o apoio dos fazendeiros, por outro lado, se não mantivesse as tarifas elevadas, prejudicaria os produtores de aço nacional (BARROS, 2003, p. 22).

Então, a solução encontrada pelo governo canadense foi justificar o aumento tarifário do aço como medida de defesa comercial contra os concorrentes americanos. A lei *antidumping* do Canadá previa a imposição de taxas equivalentes à diferença entre o preço praticado no Canadá e o preço do produto similar no país exportador, sem considerar a intenção do exportador

[1] Lei de alteração do acordo aduaneiro.

em atingir (prejudicar) a indústria canadense e sem avaliar se o país realmente sofreria algum dano em função dessa exportação.

Com o exemplo do Canadá, a legislação *antidumping* foi rapidamente seguida por outros países, como a Nova Zelândia (1905), a Austrália (1910), o Japão (1910), a África do Sul (1914), os Estados Unidos (1916) e o Reino Unido (1921), que passaram a adotar normas similares (BARRAL, 2000, p. 74).

Barros (2003, p. 24) expõe que o momento era propício para o aparecimento de leis *antidumping*, pois havia a crença de que a Alemanha estava estocando bens para, com o final da Primeira Guerra Mundial, invadir o mercado com produtos a serem vendidos a preços muito baixos, numa tentativa de se recuperar economicamente e compensar, de certa forma, a perda obtida no âmbito militar. Havia, também, o temor da tomada do mercado por monopólios, pois na época era mais fácil ocorrer uma fusão entre grandes concorrentes do que as indústrias adotarem uma política de cortar preços e custos. Ainda, todos os países, com exceção da Inglaterra, adotavam altas tarifas, o que favorecia a indústria nacional e a prática de preços monopolistas pelas mesmas, que se beneficiavam duplamente, pois fixavam preços de acordo com seus interesses domésticos e se protegiam da reentrada ou reimportação de seus próprios produtos vendidos a preços competitivos no mercado mundial.

Os Estados Unidos implantaram o *Revenue Act* de 1916, de caráter penal, que previa a punição do *dumping*, uma vez provada a intenção do exportador de eliminar os concorrentes nacionais. O processo era julgado nos tribunais comuns, possibilitando, no caso de condenação, o pagamento de indenização ao concorrente prejudicado (BARRAL, 2000, p. 75).

No entanto, diante da dificuldade em se provar a intenção predatória do exportador, em 1921, o Congresso norte-americano implantou outra norma, a *US Antidumping Act*, não

mais de caráter penal, mas, sim, administrativo. Assim, uma autoridade administrativa deveria determinar a existência de *dumping* e verificar se esta prática ensejaria dano à indústria local (BARRAL, 2000, p. 75).

O atual sistema jurídico do comércio internacional remonta a 1890, em razão do tratado para a criação de uma União Internacional para a Publicação de Tarifas Aduaneiras. As negociações no âmbito dessa organização prolongaram-se após a Primeira Guerra Mundial, passando a ser promovidas pela Liga das Nações, que incentivou o estudo de problemas específicos do comércio internacional. No entanto, a Crise dos Anos Trinta[2] acabou eliminando parcela considerável desses esforços e, como regra, os Estados passaram a adotar práticas protecionistas, na tentativa de garantir o mercado para as indústrias locais e manter o nível de emprego (BARRAL, 2000, p. 75-76).

Os Estados Unidos e o Reino Unido perceberam que os erros econômicos posteriores à Primeira Guerra Mundial não poderiam ser repetidos, então, em 1944, quase ao fim da Segunda Guerra Mundial, firmaram um acordo em *Bretton Woods*, com o objetivo de estruturar a economia mundial pós-guerra. Referido acordo revia a criação de três organizações internacionais que passariam a exercer papel fundamental na nova ordem: o Fundo Monetário Internacional – FMI –,

[2] Essa crise, conhecida como a "Grande Depressão" surgiu nos Estados Unidos, em 1929 e se alargou até os anos 30. Foi ocasionada por diversos fatores, dentre eles: a superprodução agrícola, que gerou um excedente de produtos sem compradores; a diminuição do consumo, pois o poder aquisitivo da sociedade americana não acompanhou o crescimento da indústria; a liberação do comércio e a quebra da Bolsa de Valores de Nova York. A quebra da bolsa afetou o mundo inteiro, logo após a quebra da bolsa de Nova York, as bolsas de Londres, Berlin e Tóquio também quebraram. A crise fez com que os EUA importassem menos de outros países e, como consequência, os outros países que exportavam para os EUA agora estavam com as mercadorias encalhadas e, automaticamente, entraram na crise.

incumbido de manter a estabilidade cambial e prestar assistência a países que atravessassem crises financeiras; o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (ou Banco Mundial) –, com o objetivo de prover financiamentos para a reconstrução de países devastados pela guerra; e a criação da Organização Internacional do Comércio, que não chegou a existir (BARRAL, 2000, p. 78).

Em fevereiro de 1946, a Organização das Nações Unidas – ONU –, que havia sido criada no ano anterior, convocou uma conferência com a finalidade de redigir a carta para a Organização Internacional do Comércio e com este objetivo, quatro conferências se seguiram: Londres (1946), Lake Sucess – Nova York (1947) –, Genebra (1947) e Havana (1948). "Contudo, tais iniciativas foram frustradas, ao menos parcialmente, pelos acontecimentos da política interna dos Estados Unidos" (BARRAL, 2000, p. 78).

A Carta de Havana chegou a estabelecer a criação da Organização Internacional do Comércio – OIC –, mas o Congresso norte-americano recusou-se a ratificar a proposta. Em lugar da OIC, propôs-se então um acordo, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT –, que contou inicialmente com apenas 23 países signatários, entre eles o Brasil.

O objetivo do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT[3] – era promover a redução das barreiras tarifárias, por meio de negociações periódicas. Foram então realizadas oito rodadas de negociações tarifárias: Genebra, Suíça (1947); Annecy, França (1949); Torkay, Reino Unido (1950-51); Genebra (1956); Dillon, Genebra (1960-62); Kennedy, Genebra (1964-67); Tóquio, Japão (1974-79) e Punta del Este, Uruguai (1986-93) (MALLMANN, [20--]).

[3] A sigla advém do ingles: *General Agreement on Tariffs and Trade*.

Foi na Rodada Kennedy que se discutiu a respeito da preocupação com os termos vagos expressos no artigo VI do GATT, o que resultou no Código *Antidumping* de 1967, que programou exigências procedimentais e critérios para a aplicação de medidas *antidumping* (BARRAL, 2000, p. 82).

Na Rodada Tóquio[4], o texto do Código de 1967 foi revisado e passou a esclarecer que os "[...] danos causados por outros fatores não deveriam ser atribuídos às importações como *dumping*".

Passou a vigorar, então, o Código *Antidumping* de 1979, o qual ainda continha várias ambiguidades, que se tornaram mais visíveis à medida que as normas *antidumping* passaram a ser executadas com maior frequência, após o segundo choque do petróleo e ao longo da década de 1980, sobretudo entre as grandes potências comerciais (Estados Unidos, Comunidade Europeia e Japão) (BARRAL, 2000, p. 82).

Isso levou a uma nova regulamentação do *dumping* durante a Rodada Uruguai, que durou oito anos, iniciando-se em Punta Del Este, em 1986, e terminando em Marraqueche, em 1994 (BARROS, 2003, p. 16).

A Rodada Uruguai pode ser considerada a mais importante, pois foi durante suas negociações, com o Acordo Marraqueche, assinado em Marrocos, em 12 de abril de 1994, que foi criada a Organização Mundial do Comércio – OMC[5].

Dentre as inovações trazidas pela Rodada Uruguai, pode-se citar: a) com exceção do Anexo IV (acordos plurilaterais), todos os demais acordos são obrigatórios para os Estados Membros da OMC, ou seja, não existe a possibilidade do Estado Membro escolher os acordos dos quais pretende participar, como acontecia

---

[4] O Brasil aderiu ao Acordo de Medidas *Antidumping* durante as negociações da Rodada Tóquio, em 1979.

[5] A OMC começou a funcionar em 01 de janeiro de 1995.

antes; b) a OMC constitui uma organização internacional, com personalidade jurídica própria; c) os Estados Membros não podem invocar legislação anterior à Rodada Uruguai; d) criação do Sistema de Solução de Controvérsias, com possibilidade de recurso da decisão (BARRAL, 2000, p. 88).

A inclusão da regulamentação *antidumping* ocorreu somente em 1987, por iniciativa da Coreia, cujos produtos vinham sendo constantemente afetados por medidas *antidumping* nos Estados Unidos, no Canadá e na Comunidade Europeia. A partir disso, a discussão a respeito desse tema passou a ter dois posicionamentos: de um lado, estavam os países cujos produtos sofriam medidas *antidumping*, buscando reduzir as hipóteses em que tais medidas seriam aplicadas; de outro, estavam países, protagonizados pelos Estados Unidos e pela Comunidade Europeia, buscando legitimar a aplicação das medidas *antidumping* (BARRAL, 2000, p. 91).

Diversas foram as propostas apresentadas com o fim de regulamentar a questão, mas sempre esbarravam na posição dos Estados Unidos e da Comunidade Europeia e esse impasse perdurou até 1993, quando então o texto do Acordo *Antidumping* da Rodada Uruguai – AARU foi concluído (BARRAL, 2000, p. 94).

O Acordo *Antidumping* – AARU – tem como principal objetivo estipular as regras de aplicação do Artigo VI do GATT 1994. Esse Acordo regula as condições para que os Estados Membros apliquem medidas *antidumping*, designadas para neutralizar ou prevenir os efeitos do *dumping* (artigo VI, 2). A aplicação não deve exceder a margem de *dumping*, ou seja, a diferença de preços entre o produto a preço normal e o produto com *dumping*, a ser determinada pela comparação com o preço normal do produto (BARRAL, 2000, p. 95).

O AARU especifica os procedimentos a serem adotados na investigação do *dumping* pelas autoridades nacionais, na aplicação das medidas respectivas. As autoridades nacionais

do Estado importador são competentes para impor direitos *antidumping* e especificar o seu montante. A imposição desses direitos é facultativa e seu montante deve ser menor do que a margem de *dumping* apurada, se tal montante for suficiente para eliminar o dano à indústria nacional (BARRAL, 2000, p. 218).

Em novembro de 2001, em Doha (Qatar), foi lançada a primeira rodada de negociações multilaterais no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), sob a denominação de Rodada de Desenvolvimento de Doha[6]. Os Ministros das Relações Exteriores e de Comércio comprometeram-se a buscar a liberalização comercial e o crescimento econômico, com ênfase nas necessidades dos países em desenvolvimento[7].

As negociações, supervisionadas pelo Comitê de Negociações Comerciais, subordinado ao Conselho Geral da OMC, estavam previstas, inicialmente, para serem concluídas em três anos, mas até o momento a Rodada Doha não foi concluída.

Explanado o histórico da legislação *antidumping*, verifica-se que a princípio as medidas buscadas pelos países, principalmente as grandes potências comerciais, tinham o caráter eminentemente protecionista. Com a regulamentação do tema pelo GATT/OMC, passou-se a ter critérios mais objetivos quanto a configuração do *dumping*. Assim, as medidas *antidumping* constituem-se em exceções autorizadas pelo GATT/OMC, com a finalidade de proteger, temporariamente, o mercado do país que as impõe.

---

[6] A Rodada Doha envolve diversos temas: agricultura; acesso a mercados para bens não agrícolas; comércio de serviços; regras relativas à aplicação de direitos *antidumping*, subsídios e medidas compensatórias, subsídios à pesca e acordos regionais; comércio e meio ambiente; facilitação de negócios e alguns aspectos de propriedade intelectual. Há ainda uma discussão a respeito do tratamento especial e diferenciado a favor de países em desenvolvimento, com o fim de assegurar que suas necessidades sejam contempladas (BARRAL, 2000, p. 24).

[7] Informação disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/copy_of_desenvolvimento-comercio-e-financas/organizacao-mundial-do-comercio/rodada-doha-da-omc>. Acesso em: 25 set. 2013.

No entanto, em relação às medidas *antidumping*, uma preocupação recorrente é que ainda se faça uso dessas medidas como mecanismo protecionista (barreira não tarifária), ou seja, utilizar tais mecanismos para proteger seus mercados e restringir a liberalização comercial. As medidas *antidumping* são consideradas exceções, motivo pelo qual não podem ser usadas de modo abusivo, para resguardar interesses de setores econômicos que detêm grande influência política.

Nesse contexto, surge também, a discussão acerca do *dumping* social, quanto à inserção de padrões trabalhistas nos acordos internacionais, se essa questão é realmente um problema a ser comedido ou trata-se de protecionismo por parte de certos países, que querem somente limitar a concorrência externa e proteger as indústrias nacionais. Esse assunto será analisado adiante.

2 O Conceito Jurídico de *Dumping*

Sem correspondência em outro idioma, a expressão *dumping* – advinda do verbo inglês *to dump*, que traz a ideia de jogar algo fora, despejar, descarregar – pode muitas vezes ser utilizada de forma inadequada, confundindo-a com subsídios[8] ou com a prática anticoncorrencial de discriminação de preços no mercado interno (preço predatório)[9].

---

[8] "O termo subsídio implica ajuda, auxilio, subvenção. Em matéria de comércio internacional, ele é empregado para descrever a situação em que uma empresa privada recebe incentivo estatal para atuar em setores de baixa rentabilidade ou aumentar o volume de exportações. Trata-se, por conseguinte, de toda e qualquer ajuda oficial que tenha por objetivo a promoção do desenvolvimento de setores econômicos estratégicos ou de regiões mais atrasadas, além de servir como incentivo às exportações" (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 79).

[9] "[...] a utilização indistinta entre os dois termos foi prática do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), corroborada por parte da doutrina [...]" (BARRAL, 2000, p. 9).

O conceito de *dumping* muitas vezes é utilizado como implicando situações jurídico-econômicas distintas, incompatíveis com a definição normativa, porém há três particularidades que acompanham o conceito: a) o fato de estar sempre relacionado à ideia de prática desleal do comércio; b) não ter sido traduzido para outro idioma, sendo sempre utilizada a expressão em inglês; c) envolve uma conotação pejorativa, induzindo ao sentido de comportamento negativo ou condenável (BARRAL, 2000, p. 7-8).

No artigo VI, 1, do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT[10] –, *dumping* é conceituado como:

> 1. As partes contratantes reconhecem que o dumping, pelo qual os produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país por menos que o valor normal dos produtos, deve ser condenado se causa ou ameaça causar um prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de Parte Contratante ou retarda substancialmente o estabelecimento de uma indústria nacional. Para efeitos do presente artigo, o produto deve ser considerado como sendo introduzido no comercio de um país importador, por menos que seu valor normal, se o preço do produto exportado de um país para outro (a) é inferior ao preço comparável, no decurso de operações comerciais para o produto similar quando destinado ao consumo no país exportador, ou, (b) na falta de preço no mercado interno, é inferior a (i) o maior preço comparável de um produto similar para exportar para qualquer país terceiro, no decurso de operações comerciais

[10] "A sigla GATT consiste na abreviação da expressão inglesa *General Agreement on Tariffs* and Trace e é utilizada para designar o acordo internacional concebido em 1947 e que, até 1994, conduziu várias negociações destinadas a reduzir os obstáculos ao intercâmbio internacional de mercadorias. Ocorre que, em 01.01.1995, passou a funcionar a Organização Mundial do Comércio (OMC), criada pelo Acordo de Marraqueche, assinado em Marrocos, em 12.04.1994. Associado aos instrumentos legais resultantes da Rodada Uruguai (GATT, 1994), a criação da OMC completou a estrutura do tripé planejado em Bretton Woods (BIRD, FMI e OMC) e absorveu integralmente o GATT" (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 41-42).

> ou (ii) o custo de produção do produto no país de origem mais um acréscimo razoável para cobrir custos e lucros. (tradução nossa)[11].

A partir do referido artigo, depreende-se que o *dumping* é uma forma de concorrência desleal, que consiste na introdução de produtos em um país por outro, por preço abaixo do valor normal, podendo causar ou ameaçar causar prejuízo material às indústrias estabelecidas no país importador ou prejudicar o estabelecimento de novas indústrias do mesmo ramo neste país.

Para Vieira (2003, p. 25), "O *dumping* é a venda de produtos pelo preço de custo ou até mais baixo que seu preço de custo, buscando a ampliação de mercado. Essa prática é vista como desleal porque usa de meios ilegais para vencer a concorrência [...]".

Di Sena Júnior alerta que, apesar de conceituar o *dumping*, o artigo VI do GATT não disciplinou todos os seus aspectos, o que levou à elaboração do Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT, conhecido como *Código Antidumping*, do qual existiram três versões. A primeira resultou dos esforços encetados por ocasião da Rodada Kennedy, ao qual o Brasil

[11] 1. The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another (a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or, (b) in the absence of such domestic price, is less than either (i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or (ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit. (Artigo VI, 1, do *General Agreement on Tariffs and Trade* [GATT]). Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm>. Acesso em: 11 set. 2013.

não aderiu; a segunda decorreu da Rodada Tóquio e a terceira foi elaborada durante a Rodada Uruguai (AARU) (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 85).

A última e atual versão, elaborada durante a Rodada Uruguai, dispõe em seu artigo 2, nº 1, que:

> 1. Para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador[12].

Enfim, o *dumping* ocorre quando o preço de exportação do produto é inferior ao preço de venda no mercado interno do país exportador. Para ser condenável, essa diferença de preços deve acarretar dano relevante à indústria do país importador. O principal argumento para coibir o *dumping* é o seu intuito predatório, ou seja, quando há a pretensão da empresa exportadora de vender seus produtos no mercado externo por preço inferior ao praticado internamente para, após eliminar a concorrência e conquistar o mercado, elevar unilateralmente os preços e auferir lucros monopolistas. Porém, a justificativa econômica do intuito predatório é bastante questionável e, muito embora seja teoricamente possível, sua existência real reclama a ocorrência simultânea de fatores extremamente complexos (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 85-86).

Pode também ocorrer o *dumping* por meio de subsídios estatais, quando o próprio país diminui ou isenta as empresas de pagamento de encargos ou pagando valores com intuitos variados, como chamar a atenção de novas empresas para o local (VILLATORE; GOMES, 2009).

[12] Artigo 2, nº 1, do AARU. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367>. Acesso em: 17 set. 2013.

> O *dumping* é um fenômeno bastante complexo, com matizes jurídicos, políticos e econômicos ainda pouco estudados, juridicamente, a definição de *dumping* contida no AARU é bastante simplista e não se coaduna à realidade da prática internacional, caracterizada pela produção globalizada e por indústrias altamente sofisticadas. No plano econômico, inclusive, há autores que descartam por completo a nocividade dessa prática e outros defendem sua exclusão das regras da OMC. A atual concepção de *dumping* caracteriza-se pela grande abrangência na aplicação do termo e pela fragilidade dos critérios técnicos para a sua caracterização. Restringir ao máximo a utilização desse mecanismo é medida de salutar favorecimento ao livre-comércio (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 89).

De acordo com o GATT/OMC, o *dumping* é incompatível com a ideia de concorrência perfeita[13] e nocivo às relações comerciais internas e externas[14]. Para o presente estudo, o conceito de *dumping* utilizado é o jurídico, de acordo com as normas do GATT/OMC, ou seja, é considerado prática danosa e por isso deve sujeitar-se à imposição de medidas *antidumping*. Assim, de acordo com o AARU, para a configuração do *dumping* são necessários três elementos: a) venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador; b) comprovação do dano ou ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de *dumping*; e c) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

[13] Quando há muitos compradores (demanda) e vendedores (oferta) disputando um mesmo mercado. Os vendedores acreditam que podem vender o quanto quiserem ao preço de mercado, sem que sua conduta influencie o preço que se paga pelo produto.

[14] Entretanto, para os economistas, não há razões suficientes para considerar a prática de *dumping* prejudicial ou injusta, haja vista sua existência ser atribuída às economias de escala decorrentes do próprio comércio internacional. De acordo com Krugman e Obstfeld (2001, p. 150), a discriminação dos preços entre os mercados pode ser uma estratégia de negócios perfeitamente legítima, sendo que a definição legal de *dumping* desvia-se substancialmente da definição econômica.

Barral expõe que foi o economista Jacob Viner, em sua clássica obra *Dumping, a Problem in International Trade*, publicada em 1923, quem especificou os traços característicos do comportamento comercial que passou a ser designado pelo termo *dumping*. Segundo Viner, o *dumping* é identificável essencialmente pela discriminação de preços entre compradores em diferentes mercados nacionais (BARRAL, 2000, p. 10).

Ainda, de acordo com Barral, foi Viner que conceituou inicialmente as diversas formas de *dumping* e tentou determinar as consequências econômicas de cada uma das situações nas quais o *dumping* poderia se manifestar. Dessa forma, segundo Viner, o *dumping* poderia ser: a) esporádico; b) de curto prazo (*short-run*) e; c) permanente (BARRAL, 2000, p. 11).

O esporádico ocorreria em situações excepcionais, como da necessidade de vender excesso de estoque, e não traria implicações negativas. O *dumping* permanente seria o mantido por longo período de tempo, e poderia ocorrer quando o mercado exportador fosse protegido, enquanto o mercado importador fosse competitivo, sendo que a vantagem para o consumidor no mercado importador seria, no longo prazo, superior aos danos provocados à indústria nacional do mesmo mercado importador (BARRAL, 2000, p. 11).

Ao tipo de *dumping* conceituado como de curto prazo Viner vinculava um caráter negativo, pois, para o autor, haveria um argumento econômico contra o *dumping* quando o prejuízo para a indústria local fosse maior que os benefícios para os consumidores. Nesse tipo de *dumping*, esse prejuízo se materializaria na inutilização temporária dos custos fixos das empresas concorrentes, que aguardariam o fim da prática de *dumping*, e não promoveriam a relocação dos recursos produtivos para outro setor econômico (o que ocorreria no caso de *dumping* permanente) (BARRAL, 2000, p. 11-12).

Os tipos de *dumping* adotados a partir da leitura do Artigo VI, do GATT, seriam dois: o *dumping* condenável e o dumping não condenável. Este último seria a prática de *dumping* sem a ocorrência de efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país. Para ser classificado como condenável, ao contrário, o *dumping* deve implicar dano à indústria doméstica e o nexo causal entre o dano e a prática de *dumping* (BARRAL, 2000, p. 12). Assim, apenas o *dumping* condenável estaria sujeito às medidas *antidumping*.

Embora somente possa-se extrair da legislação do GATT/OMC esses dois tipos de *dumping*, Barral aponta que "Um dos novos temas do comércio internacional envolve a tentativa de ampliar o conceito de *dumping* para caracterizar a ocorrência internacional firmada sobre diferenças estruturais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento" (BARRAL, 2000, p. 13). Assim, tornou-se usual a utilização das expressões: *dumping* ambiental; *dumping* cambial; e *dumping* social.

3 O *Dumping* Social

Pode-se compreender o *dumping* social como uma vinculação entre comércio e padrões trabalhistas, sendo utilizado como forma de baixar o custo do valor trabalho, diminuindo o valor do produto final, levando, assim, à prática de concorrência desleal. Seria a redução dos custos obtidos por empresas na fabricação de seus produtos mediante a não observação do bem-estar social (TRIERWEILER, 2009, p. 86).

A redução dos custos da mão de obra pode ser obtida tanto pela violação direta dos direitos dos trabalhadores de determinada empresa, como pela prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos.

> [...] as empresas passaram a valorizar a variável mão-de-obra na formação do preço de seus produtos. Visando a reduzir estas despesas e tornar seus preços mais atraentes para o mercado, as empresas nacionais, passaram a migrar suas plantas de produção para regiões com o custo de mão de obra inferior. Por sua vez, o mesmo fenômeno reproduziu-se em relação às empresas multinacionais, que passaram a buscar países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento para instalar suas fábricas e, assim, reduzir o custo de produção (TRIERWEILER, 2009, p. 85).

Segundo Gamonal Contreras (2008, p. 206), se nos países pobres ronda o "fantasma" da carência de direitos fundamentais mínimos, nos desenvolvidos ronda o "fantasma" da "deslocação" das empresas para países onde os custos laborais são muito mais baixos. Ainda, há a preocupação de que os países pobres, para conseguir competitividade com os países industrializados, venham a se utilizar do *dumping* social, por meio de custos trabalhistas inferiores, que tornam seus produtos mais baratos, devido à falta de proteção social e direitos mínimos dos seus trabalhadores.

Para Barral, o *dumping* social pode ser entendido como a vantagem advinda da exploração da mão de obra nos países em desenvolvimento, sob o principal argumento de que a globalização não implicou na extensão de garantias sociais do Estado do Bem-Estar Social aos trabalhadores dos países em desenvolvimento, mas, sim, na redução de garantias para os trabalhadores dos países desenvolvidos, acuados pela ameaça crescente do desemprego e da transferência física do parque fabril (BARRAL, 2000, p. 14).

Não há previsão específica do *dumping* social nas normas do GATT/OMC[15], tampouco regulamentação pela OIT nesse

[15] O GATT não disciplina a respeito do comércio desleal provocado pela violação de normas trabalhistas, a única previsão relacionada a trabalho é a disposta no artigo XX, alínea "e", que proíbe a comercialização de produtos fabricados em prisões. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

sentido, no entanto, parece razoável extrair do conceito geral de *dumping*[16] os elementos necessários para a sua configuração, ou seja, se para configurar a prática de *dumping* são necessários certos requisitos, para a configuração da prática do *dumping* social os mesmos requisitos devem estar presentes. Referem-se àqueles dispostos no AARU, quais sejam: a) venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador; b) comprovação do dano ou ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de *dumping*; e c) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

Presentes os elementos anteriormente especificados, a partir da exploração de mão de obra barata para a obtenção de menores custos de produção, pode-se dizer que o *dumping* social é uma prática danosa e por isso deve sujeitar-se à imposição de medidas *antidumping*.

Contudo, Di Sena Júnior alerta que os argumentos subjacentes à ideia de *dumping* condenável e *dumping* social são sensivelmente diferentes, pois o AARU regulamentou o *dumping* para evitar a discriminação internacional de preços e estabeleceu o conceito de valor normal como parâmetro a ser considerado, sendo compreendido como preço normal aquele efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis que o destinem para o consumo interno no país exportador. Dessa forma, só há *dumping* quando o preço do produto exportado é inferior ao praticado no mercado interno (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 94).

No caso do *dumping* social, não significa, necessariamente, que o preço praticado no mercado externo seja inferior ao praticado no mercado interno, já que a mão de obra sub-remunerada

[16] Artigo VI, nº 1, do GATT e artigo 2, nº 1, do AARU.

pode ser contratada para produzir ambos. Portanto, se um produto é exportado por valor que corresponde ao custo social interno, isso não pode ser considerado *dumping* (Idem, ibidem, p. 94.).

Dessa forma, frisa-se, mais uma vez, que para a configuração do *dumping* social são necessários os mesmos elementos presentes na configuração do *dumping* conceituado pelo GATT e AARU. É necessário que exista a venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador; a comprovação do dano ou da ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de *dumping*; e o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

Assim, observa-se que o *dumping* social traz a ideia de que os trabalhadores, em especial os de países em desenvolvimento, são prejudicados para que as empresas que exploram a sua mão de obra possam garantir a competitividade no mercado internacional. Isso porque, essas empresas, para conseguir vender seus produtos por preços inferiores aos de seus concorrentes, utilizariam artifícios desleais, como a contratação de mão de obra barata, escrava ou até mesmo infantil.

Outro argumento que corrobora o *dumping* social seria que diferentes níveis de proteção dos Direitos Sociais dos trabalhadores trariam vantagens aos países que não garantem esses direitos, ou que possuem leis mais brandas em relação à proteção dos direitos dos trabalhadores, em relação aos países que observam tais direitos. Esse tipo de "vantagem" consistiria em concorrência desleal e deveria se sujeitar a medidas *anti-dumping*, como forma de eliminar o dano efetivo ou potencial.

Dessa forma, a regulamentação do *dumping* social viria a resguardar os direitos dos trabalhadores, tanto dos países em desenvolvimento, que têm seus Direitos Sociais diminuídos

ou até mesmo negados, como dos trabalhadores dos países desenvolvidos, cujos empregos estariam sendo ameaçados pela oferta de mão de obra sub-remunerada. A sua regulamentação impediria a prática de artifícios que desrespeitam a dignidade do trabalhador para fabricar produtos mais baratos.

O tema *dumping* social tem provocado discussões entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, fazendo com que países participantes do comércio exterior tentassem inserir na agenda da OMC a temática com fundamento no discurso dos Direitos Humanos, no entanto, por envolver questões trabalhistas, a OMC afirma que a sua regulamentação é de competência da OIT.

Os países desenvolvidos acusam os países em desenvolvimento de praticar o *dumping* social e afirmam a necessidade de inclusão de cláusulas sociais nos novos tratados, com vistas à adoção de padrões trabalhistas internacionais. Já os países em desenvolvimento argumentam que tais medidas não passam de protecionismo econômico disfarçado de discurso humanista, divergindo na forma de implementação dessas medidas, pois defendem que a melhoria das condições de trabalho ocorrerá com o desenvolvimento de cada país e não simplesmente com a padronização dos direitos trabalhistas.

4 A Discussão Internacional acerca da Cláusula Social e dos Padrões Trabalhistas

A cláusula social consiste na inclusão de padrões mínimos trabalhistas em tratados internacionais. Essas normas, ao disciplinarem as condições de trabalho e as relações capital-trabalho, estabelecem padrões laborais mínimos a serem observados pelas empresas exportadoras. Sua inclusão seria uma maneira de combater a prática do *dumping* social.

Trata-se de uma "[...] imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação" (ROCHA, 2001, p. 326) e envolve pelo menos quatro dimensões principais:

a) A preocupação com as práticas desleais de comércio;

b) A busca de soluções que reduzam os níveis de desemprego nas economias que sofrem as consequências do processo de globalização;

c) A expansão do desconforto ético e moral com a violação dos direitos humanos;

d) O temor de que tais argumentos venham a favorecer o protecionismo, afetando as exportações dos países em desenvolvimento (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 202).

Os padrões trabalhistas a serem reconhecidos internacionalmente compreendem vários aspectos da relação capital-trabalho, tais como proteção à saúde do trabalhador, segurança no ambiente de trabalho, jornada, remuneração, dentre outros.

No que diz respeito à relação entre comércio internacional e padrões trabalhistas, a discussão envolve oito convenções tidas como os pilares da OIT, que estão divididas em quatro categorias: liberdade de associação e de negociação (Convenções 87 e 98); eliminação do trabalho forçado e escravo (Convenções 29 e 105); eliminação da discriminação em relação ao emprego e à ocupação (Convenções 100 e 111); e abolição do trabalho infantil (Convenções 138 e 182).

A discussão a respeito da vinculação dos padrões trabalhistas à OMC versa acerca dos temas indicados nas Convenções

supracitadas. O tema evoluiu nessa direção como forma de mitigar as divergências, haja vista ser mais fácil discutir assuntos que já possuem certa receptividade do que levar a pauta temas como horas de trabalho, salários, férias etc., cuja complexidade é infinitamente maior (DI SENA JÚNIOR, 2000, p. 105).

A tentativa de regulamentação dos padrões trabalhistas é uma discussão que remonta à Carta de Havana, de 1947, quando seu artigo 7º faz menção a "padrões justos de trabalho". Por meio deste artigo, os países que assinaram a referida Carta reconheceram o interesse comum na realização e na manutenção de padrões justos de trabalho relacionados à produtividade e, assim, na melhoria dos salários e das condições de trabalho, dentro dos limites permitidos pela produtividade. Reconheceram, também, que as condições injustas de trabalho, particularmente na produção para a exportação, criam dificuldades ao comércio internacional e, por esse motivo, cada Membro deveria realizar todas as ações necessárias para eliminá-las no seu território.

No entanto, como já mencionado anteriormente, esse documento não entrou em vigor, principalmente em virtude da não aprovação pelo Congresso norte-americano, mas, do ponto de vista histórico, é um importante marco no que diz respeito à vinculação de temas sociais à agenda comercial internacional (Idem, ibidem).

O objetivo de vincular os padrões trabalhistas à OMC deve-se ao fato de que a OIT não dispõe de um mecanismo coercitivo, ao contrário da OMC, que possui um Sistema de Resolução de Controvérsias com significativos índices de cumprimento das suas decisões. Assim, caberia à OMC fiscalizar o cumprimento da cláusula social e aplicar as medidas coercitivas cabíveis, no caso de descumprimento.

Esse mecanismo da OMC prevê uma pluralidade de procedimentos para solucionar as controvérsias. Essa estrutura é

composta por grupos que avaliam as reclamações dos Estados Membros e se propõe a solucionar as divergências. Os meios utilizados pela OMC para a solução das controvérsias de forma diplomática são as consultas, os bons ofícios, a conciliação e a mediação. Os utilizados de forma jurisdicional são os *Panels*[17] e a arbitragem, sendo que esta é informal e autocontrolável, ou seja, o arbitro é o coordenador do processo, seguindo as suas próprias regras e o combinado com as partes (TEIXEIRA; PREZA JÚNIOR, 2007).

O Sistema de Resolução de Controvérsias é administrado pelo Órgão de Solução de Controvérsias – OSC –, o qual exerce uma função de direção dos procedimentos de solução de controvérsias entre Países Membros e tem a faculdade de estabelecer Grupos Especiais, adotar seus relatórios, estabelecer os Órgãos de Apelação, vigiar a aplicação dos relatórios e autorizar a imposição das medidas de retaliação em caso de não cumprimento pelo país demandado (Idem, ibidem).

No entanto, a aplicação coativa do direito não é automática. O país responsável tem a prerrogativa de cumprir as recomendações e resoluções do OSC, ou ainda tentar negociar ou oferecer uma compensação. Não havendo cumprimento, consenso ou compensação, o reclamante poderá solicitar ao OSC a autorização para aplicar de forma coativa seus direitos provenientes dos Acordos da OMC. A aplicação coativa do direito (contra medidas ou retaliações) é possível por meio da suspensão de concessões ou outras obrigações, que não serão aplicadas ao país reclamado, se assim todos os Membros estiverem de acordo, inclusive o Membro que foi lesionado (Idem, ibidem).

[17] A primeira instância do Órgão de Solução de Controvérsias é chamada de Grupo Especial ou ainda *Panel* (painel em português).

Resumindo, as contramedidas ou retaliações significam que se a parte vencedora em uma reclamação não houver obtido a compensação poderá recorrer ao OSC para que este autorize uma aplicação contra a parte perdedora que, seguramente, terá um impacto sobre o seu comércio internacional.

Os Estados Unidos são os principais defensores da ideia de se levar o assunto relativo aos padrões trabalhistas para o âmbito do comércio internacional. Já em 1987 submeteram ao Conselho do GATT pedido para criação de um grupo de trabalho para discutir os seguintes assuntos: a) liberdade de associação; b) liberdade de organização e negociação coletiva; c) liberdade do trabalho forçado e escravo; d) idade mínima para o trabalho; e) medidas para implementação de padrões laborais mínimos. Por ausência de consenso no Conselho do GATT, o pedido foi negado (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 106).

Mais uma vez, em 1990, os Estados Unidos renovaram o pedido, agora reduzindo a lista aos três primeiros itens, mas, novamente o pedido foi negado (Idem, ibidem).

Em reunião do GATT, realizada em Marraqueche, em 1994, a França se uniu aos Estados Unidos para a proposição da cláusula social. Os dois países defenderam que as normas mínimas laborais deveriam ser respeitadas por razões humanitárias e de segurança econômica (PASTORE, 1997, p. 15).

Novamente, os Estados Unidos tentaram incluir o tema na agenda da reunião da OMC, realizada em Cingapura, em 1996, sugerindo, em conjunto com a Noruega, a criação de um grupo de trabalho para estudar uma maneira de sua implantação, e desde então vem perseguindo esse objetivo. O representante francês apoiou o discurso dos Estados Unidos (Idem, ibidem, p. 102). Tal proposição não prosperou.

Nas mencionadas reuniões, os países em desenvolvimento mantiveram-se contrários à ideia. Esse foi o caso do Brasil, de

Cingapura, da Índia, Indonésia, Tailândia, Malásia e Tigres Asiáticos. A questão não é que esses países sejam contrários ao progresso em relação às condições de trabalho, mas todos rejeitam o uso de sanções comerciais como o melhor meio de implementação desse objetivo (Idem, ibidem, p. 15).

Ao final da reunião de Cingapura, os Estados Membros da OMC concordaram em delegar o assunto à OIT, reiterando a legitimidade desta para tratar de assuntos sociais e trabalhistas.

Mesmo depois da inexitosa tentativa em Cingapura, os Estados Unidos, por ocasião da Reunião Ministerial de Seattle, em dezembro de 1999, mais uma vez tentaram introduzir o assunto na pauta de discussões, gerando muita polêmica. Os países em desenvolvimento já tinham dado por encerrada essa discussão desde 1996, em Cingapura, mas os países desenvolvidos, liderados pelos Estados Unidos, insistiam em retomar o tema e modificar o entendimento consagrado durante a Primeira Reunião Ministerial da OMC (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 108).

Os Estados Unidos, então, buscando atenuar a polêmica provocada, anunciaram o interesse em criar um grupo de trabalho "[...] apenas para avaliar os reflexos dos padrões trabalhistas no comércio internacional e no desenvolvimento sem qualquer vinculação ao uso de sanções" (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 108).

Porém, o então Presidente norte-americano, Bill Clinton, posteriormente, manifestou sua expectativa de que esse grupo de trabalho estabelecesse padrões universais, que pudessem ser incorporados a todos os acordos da OMC e impostos por meio de sanções comerciais, o que despertou a oposição da grande maioria dos países em desenvolvimento e, sem dúvida, contribuiu para o fracasso da reunião de Seattle (Idem, ibidem, p. 109).

Durante a reunião de Seattle, a posição do Canadá foi a de que a OMC mantivesse um observador permanente junto à OIT e que a comunidade internacional se comprometesse em

garantir os direitos já consagrados nos principais instrumentos de direitos dos trabalhadores (Idem, ibidem, p. 109).

A União Europeia – EU – afirmou que os Direitos Fundamentais do trabalhador deveriam ser defendidos, mas rejeitou sua vinculação à aplicação de sanções comerciais e o seu Conselho determinou que a Entidade defendesse três medidas principais na Reunião de Seattle: a) ampliação da cooperação entre OMC e OIT; b) apoio ao trabalho da OIT e a sua atualização como observador da OMC; c) criação do Fórum de Trabalho Conjunto OMC/OIT a respeito de globalização, comércio e trabalho (Idem, Ibidem, p. 109-110).

Os países em desenvolvimento rejeitam a vinculação dos padrões trabalhistas à OMC. Eles questionam o motivo de países como os Estados Unidos, que não ratificaram a maioria das Convenções da OIT e cujos trabalhadores apresentam baixo grau de sindicalização, estarem tão interessados em empregar retaliações comerciais como arma para garantir padrões trabalhistas. Das oito convenções a respeito de direitos humanos fundamentais da OIT, apenas duas foram ratificadas pelos EUA: Convenção 105 (Abolição do trabalho forçado) e Convenção 182 (Abolição do trabalho infantil). Enquanto isso, o Canadá ratificou 30 convenções, o México 78, o Brasil 88 e a China, apesar de possuir um regime considerado autoritário, ratificou 22 (Idem, ibidem, p. 109-110).

A discussão quanto à implementação ou não da cláusula social continua sem consenso, porém, segundo Amaral Júnior, encontra-se superada a fase em que as negociações a respeito de política comercial se concentravam apenas no impacto em que o comércio exercia no interior das fronteiras nacionais, tendo a questão das barreiras alfandegárias e não alfandegárias como ponto central. Agora, os problemas comerciais mais relevantes requerem capacidade de lidar com profunda e complexa integração entre as múltiplas políticas governamentais, fato esse

que realça a estreita conexão entre mecanismos de tutela de Direitos Humanos, regimes trabalhistas e políticas comerciais (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 202).

O tema é controvertido, porque envolve dois pontos de vista antagônicos. Aqueles que são contrários à inclusão dos padrões trabalhistas no comércio argumentam que a introdução no comércio internacional de temas não relacionados ao comércio iria afetar a liberalização e, assim, a promoção da riqueza, uma vez que as exportações seriam afetadas, impactando negativamente no desenvolvimento econômico. Os principais defensores dessa posição são os governos dos países em desenvolvimento, economistas que defendem o livre comércio e as empresas dos países desenvolvidos (THORTENSEN, 1998).

Por outro lado, os que são favoráveis defendem a ideia de que as exportações de bens produzidos em más condições de trabalho é uma forma de competição desleal de comércio, sendo seus principais defensores o governo dos Estados Unidos, alguns membros da União Europeia, as organizações trabalhistas e ativistas de Direitos Humanos (Idem, ibidem).

Para os países em desenvolvimento, por trás da pretensa defesa de padrões trabalhistas haveria somente o objetivo de estimular a exportação de bens tecnologicamente avançados para as nações menos desenvolvidas e restringir as exportações destas para as economias industrializadas, sendo que a acusação de *dumping* social configura uma nova modalidade de protecionismo, pois os níveis de remuneração de trabalho estão condicionados aos graus de desenvolvimento de cada país e, dentro dele, de cada região, estados e municípios (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 203).

A preocupação dos países em desenvolvimento encontra respaldo no fato de que as medidas de defesa comercial (medidas *antidumping*, compensatórias e de salvaguardas) também foram disciplinadas com o intuito de favorecer o livre comércio,

mas, atualmente, acabaram se constituindo em verdadeiros entraves ao comércio internacional, atuando como barreiras não tarifárias. Do mesmo modo, esses países têm a preocupação de que os padrões trabalhistas sejam utilizados para restringir o livre comércio e onerar as exportações dos países em desenvolvimento (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 102).

Para Amaral Júnior (1999, p. 203), não há dúvidas, em relação ao *dumping* social, quanto ao caráter eminentemente protecionista, que advém de países como os Estados Unidos e alguns da União Europeia, pela pressão dos sindicatos trabalhistas, agravada pelos índices de desemprego. Contudo, não se pode negar que o tema *dumping* social, a par dos interesses protecionistas, indica preocupações éticas em termos de Direitos Humanos[18].

A globalização trouxe um paradoxo: a preservação do emprego e a melhoria das condições de trabalho. Não se descarta a hipótese de que os trabalhadores renunciem a lutar por melhores condições de trabalho em troca da manutenção do emprego. "Na busca frenética de novos mercados muitos governos não desejam abdicar das vantagens comerciais que advém da redução do custo do fator trabalho provocada pela violação das convenções internacionais" (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 204).

> Se as diferenças de padrões trabalhistas tendem a desempenhar papel cada vez mais proeminente nas disputas internacionais, a principal questão que se afigura consiste em identificar que instrumentos serão usados para solucionar

[18] "[...] Em se tratando de direitos econômicos e sociais, a OIT, com o fim de designar o que seja moralmente aceitável na esfera do trabalho, tomou a iniciativa de definir as convenções que expressam 'direitos humanos básicos'. São elas as convenções sobre liberdade de organização e de reivindicação coletiva, sobre trabalho forçado, igualdade de remuneração e sobre a discriminação no emprego. Essas convenções estão entre as mais ratificadas e a elas a OIT dedica a maior atenção. Formam, em seu conjunto, um *corpus* de direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos" (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 204).

> esses conflitos. Nessa linha, cabe indagar se prevalecerão os meios unilaterais em que os governos lançam mão de normas instituídas pelo ordenamento jurídico interno, sobretudo pela legislação comercial, a exemplo do que sucede com os EUA, ou se predominarão as instâncias multilaterais surgidas do assentimento das partes (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 211).

Os Estados Unidos e outros países desenvolvidos, como a França, insistem que o foro adequado para tratar da inclusão dos padrões trabalhistas é a OMC. No entanto, como explica Amaral Júnior, essa tese revela inconvenientes e dificuldades:

> Primeiro porque a proposta, que não conta nem mesmo com a concordância de todas as nações desenvolvidas é ardentemente repelida pelos países em desenvolvimento. Segundo porque a vocação eminentemente comercial da OMC não aconselha que ela venha a se ocupar também de assuntos trabalhistas. O temor dos países em desenvolvimento reside nos riscos de que a vinculação entre interesses comerciais e questões trabalhistas desencadeie iniciativas protecionistas em larga escala, comprometendo gravemente as suas exportações (Idem, ibidem, p. 212).

Ainda, não é possível a evolução dos padrões trabalhistas, nem mesmo internamente, sem programas de cooperação técnica que viabilizem o desenvolvimento econômico. Dotar a OMC de competência punitiva nessa área exprimiria o protecionismo das nações desenvolvidas receosas da perda de vantagens comparativas em certos domínios (Idem, ibidem, p. 212). Tratar a desobediência aos Direitos Trabalhistas como práticas desleais de comércio seria um descaso com a noção de Direitos Humanos, corresponderia equipará-la a expedientes econômicos voltados ao aumento da competitividade, graças ao desvirtuamento das regras de mercado e não visualizá-la como obstáculo à realização da dignidade humana (Idem, ibidem, p. 212).

Para Di Sena Júnior, as políticas trabalhistas condicionam a política comercial, e não o contrário, sendo que, em alguns casos, o nível dos padrões trabalhistas praticados em

determinado país pode influenciar os fluxos comerciais, mas apenas isso não seria razão suficiente para legitimar sua inclusão na pauta de discussões da OMC (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 98).

A Constituição da OIT não admite o uso da força armada ou de sanções econômicas contra o Estado que não acate as suas decisões. "À semelhança das demais organizações internacionais que cuidam dos Direitos Humanos, ela deve confiar, em última instância, no cumprimento voluntário das recomendações que fizer" (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 214). Essa falta de "poder punitivo" é, sem dúvida, um fator limitante à eficácia dos Direitos Trabalhistas no âmbito internacional e é, também, uma das causas que levou países desenvolvidos, como os Estados Unidos, por exemplo, a considerar a OMC o foro adequado para tratar do tema "cláusula social".

Para Amaral Júnior:

> As evidências sugerem a necessidade de se dotar a OIT de um sistema sancionatório mais efetivo, voltado simultaneamente para a consecução de objetivos éticos no domínio dos valores e para a repressão das infrações aos direitos trabalhistas enquanto direitos humanos. Mais do que prever medidas punitivas, utilizadas apenas em situações excepcionais é necessário que a reforma a ser introduzida vise a contemplar programas mais ambiciosos de cooperação técnica, abrangendo a reformulação da legislação doméstica, a imposição de penalidades mais severas às transgressões cometidas, o aperfeiçoamento dos instrumentos de ação estatal, estímulos a campanhas de educação pública, desenvolvimento de processos produtivos mais eficientes, programas de erradicação da pobreza e de alfabetização (Idem, ibidem, p. 215).

No atual contexto, a tendência é que fique com a OIT a competência para lidar com a questão, no entanto, seria necessário o aprimoramento dos mecanismos de implementação das decisões adotadas, mas, o êxito dessa tendência depende da superação de alguns desafios:

a) fortalecer os programas de cooperação técnica capazes de propiciar o cumprimento dos tratados e das convenções internacionais, o que exige recursos financeiros, que somente poderiam ser obtidos se houvesse por parte das nações desenvolvidas maior disposição para fornecê-los;

b) as sanções existentes teriam que ser ao mesmo tempo politicamente viáveis e praticamente exequíveis. A dificuldade nesse âmbito seria estabelecer que tipos de sanções os países estariam dispostos a aceitar, já que algumas delas poderiam ter reflexos negativos sobre suas exportações. Proibir a negociação de um produto no mercado internacional, por exemplo, por ter sido produzido com mão de obra infantil, causa muitos efeitos indesejáveis, concorrendo para agravar o desemprego, estimular a prostituição e elevar os índices de criminalidade (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 215).

> É evidente que a OIT não estaria em condições de cercear as vantagens comparativas que os países em desenvolvimento auferem em função da existência de padrões trabalhistas distintos. Ela se desfiguraria se fosse utilizada para impor a equalização dos custos mediante regimes trabalhistas que eliminassem as vantagens comparativas dos países em desenvolvimento (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 215).

A discussão a respeito do tema permanece, mas continua sendo a OIT a organização internacional competente para tratar da introdução de medidas protetivas do trabalho. Segundo Crivelli, existem vantagens em atribuir à OIT a fiscalização e o controle das regras trabalhistas de cunho social, pois: a) é uma das poucas organizações que possui um antigo sistema de negociar e celebrar tratados internacionais; b) é a única organização da ONU que possui representação tripartite (empregadores,

trabalhadores e governo); c) tem experiência para dialogar com interesses antagônicos; d) é a única organização multilateral cujos tratados atribuem obrigações internacionais mesmo não ratificados pelos Estados Membros (CRIVELLI, 2002, p. 66).

A posição do Brasil[19] é pela não inclusão da cláusula social no âmbito da OMC, com vistas à adoção de padrões trabalhistas internacionais, entendendo que tais medidas não se mostram suficientes para garantir a proteção dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores, pois o foco da discussão, embora se diga pautado no discurso dos Direitos Humanos, tem sido o comércio, não passando de uma forma de protecionismo.

Considerações Finais

Diante da lógica capitalista de mercado, as empresas começaram a utilizar artifícios com o fim de driblar a concorrência e se manterem no mercado, como a prática de *dumping*, que de acordo com o GATT/OMC, é incompatível com a ideia de concorrência perfeita e nociva às relações comerciais internas e externas.

A partir do conceito definido pelo GATT/OMC, conclui-se ser o *dumping* uma prática danosa que deve sujeitar-se à imposição de medidas *antidumping* e, embora haja discordância por parte de alguns doutrinadores, existem diversas espécies de *dumping*, que surgiram diante dos novos contornos da globalização, sendo o *dumping* social uma delas. Embora não exista previsão específica do *dumping* social nas normas do GATT/OMC, tampouco regulamentação pela OIT nesse sentido, entende-se que é do conceito geral de *dumping* que se deve extrair os elementos necessários para a sua configuração, quais sejam:

[19] Posição adotada nas reuniões da OMC de Marraqueche (1994) e de Cingapura (1996).

a) venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador; b) comprovação do dano ou ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de *dumping*; e c) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

O tema *dumping* social tem provocado discussões no âmbito internacional, havendo divergência entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento quanto a inclusão de cláusulas sociais em novos tratados, com vistas à adoção de padrões trabalhistas internacionais. Os primeiros mostram-se favoráveis e entendem que a OMC é o foro adequado para tratar da questão; os segundos entendem tratar-se de protecionismo econômico e defendem que a melhoria ocorrerá com o desenvolvimento de cada país, sendo esta, inclusive, a posição do Brasil.

A partir das justificativas dos países em desenvolvimento, conclui-se, que, apesar da OMC possuir um Sistema de Resolução de Controvérsias considerado eficaz, não se pode esquecer a importância da proteção dos Direitos Sociais trabalhistas diante das situações de *dumping* social, pautando-se a preocupação somente com o livre comércio. Por esse motivo, entende-se pela competência da OIT para dirimir tais assuntos. Se o sistema de sanções da OIT não é considerado eficiente, faz-se necessário discutir a respeito da forma desta obter maior poder sancionatório. Não parece coerente, por esse motivo, transferir uma questão que diz respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores a uma organização voltada a interesses comerciais.

Além do mais, existem vantagens em atribuir à OIT a fiscalização e o controle das regras trabalhistas de cunho social: possui um antigo sistema de negociar e celebrar tratados internacionais, é a única organização da ONU que possui

representação tripartite, tem experiência para negociar interesses divergentes e seus tratados atribuem obrigações internacionais mesmo não ratificados pelos Estados Membros.

Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social e comércio internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional:* a regulamentação *antidumping* após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Rodada Doha da OMC*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/copy_of_desenvolvimento-comercio-e-financas/organizacao-mundial-do-comercio/rodada-doha-da-omc>. Acesso em: 25 set. 2013.

CRIVELLI, Ericson. Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, p. 42, jan. 2002.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. *Comércio internacional e globalização:* a cláusula social na OMC. Curitiba: Juruá, 2003.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de norteamércia. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 34, n. 129, p. 226, jan./mar. 2008.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional:* teoria e política. Tradução Celina Martins Ramalho Laranjeira. 5. ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

MALLMANN, Maria Izabel; DEIRO, Daniel Girardi. *O GATT e a Organização Mundial do Comércio no cenário econômico internacional desde Bretton-Woods*. [20--]. Disponível em: <http://www.pucrs.br/ffch/neroi/artigodaniel.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

PASTORE, José. *A cláusula social e o comércio internacional*. Brasília: Edição CNI, 1997.

ROCHA, Dalton Caldeira. *A cláusula social e o MERCOSUL*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito)–Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito*. 2012. 236 p. Dissertação–(Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

TEIXEIRA, Rebeca Silveira; PREZA JÚNIOR, Cláudio Lopes. *O mecanismo de solução de controvérsias da OMC*. 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/rebeca_silveira.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

THORTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, [S.l.], v. 41, n. 2, jul./dez. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003>. Acesso em: 14 out. 2013.

TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, n. 242, p. 81-91, ago. 2009.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *A globalização e as relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2002.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Eduardo Biacchi. *Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e dumping social*. [2009?]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32205-38315-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 set. 2013.

Submissão: 28/09/2014
Aceito para Publicação: 04/12/2014

Apontamentos sobre a Efetividade da Tutela Jurisdicional em Matéria Previdenciária

Notes on the Effectiveness of Jurisdictional Protection in Social Security Matters

Aline Machado Weber*

Resumo: Ações em que se postula a concessão de benefícios previdenciários consistem em substancial parcela das demandas judiciais em curso no país. A despeito da sua importância em termos quantitativos, porém, ainda é tímido o interesse da doutrina no direito previdenciário em seu aspecto processual. O presente trabalho tem por objetivo analisar a tutela jurisdicional em matéria previdenciária enquanto instrumento hábil a equacionar os relevantes valores constitucionais em discussão. Vale-se, para tanto, da noção de lide previdenciária, na qual residiria o traço distintivo do processo judicial previdenciário. Em um primeiro momento, objetiva-se delinear a demanda judicial previdenciária, discorrendo sobre seu caráter individual e multifatorial, com destaque para a influência da Administração Pública e do Poder Judiciário no incremento da litigiosidade nessa seara. Em um segundo momento, analisa-se o processo judicial previdenciário, destacando os pontos críticos que impedem que seja ele um processo de resultados, a saber, o distanciamento entre as esferas administrativa e judicial, a inadequação do procedimento comum, o excesso de instrução probatória e a postura

* Especialista em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), em Direito Público pela Universidade Nacional de Brasília (UnB) e em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procuradora Federal no Estado do Paraná, Coordenadora do Serviço Previdenciário da Procuradoria Federal no Estado do Paraná.

pouco colaborativa das partes. Pretende-se, enfim, perquirir sobre a conveniência de se falar em um direito processual previdenciário e sobre as possibilidades que se abrem, a partir daí, para que esse processo judicial atinja seus escopos.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Benefícios Previdenciários. Processo Judicial Previdenciário. Instrumentalidade. Eficiência.

Abstract: Lawsuits in which the concession of social security benefits is pursued comprise a substantial portion of lawsuits ongoing in the country. Despite its importance in quantitative terms, however, doctrine has still little interest in social security law in its procedural aspect. The present work has the purpose to analyze the jurisdictional protection in social security benefits matters as an apt instrument to equate the relevant constitutional values in discussion. It assumes, therefore, the concept of social security case, in which resides the distinctive feature of the welfare judicial proceedings. At first, the objective is to delineate the social security litigation, discussing its individual and multifactorial character, emphasizing the influence of public administration and the judiciary in the increase of litigation in this area. In a second moment, we analyze the social security judicial proceedings, highlighting the critical issues that prevent it to be a process of results, namely the distance between administrative and judicial realms, the inadequacy of the common procedures, excess of discovery phases, and little collaborative parties. We intend, ultimately, to assert the convenience of talking about a specific social security procedural law and the possibilities that are open, thenceforth, in order that these judicial proceedings reach its purposes.

Keywords: Social Security Law. Social Security Benefits. Social Security Legal Proceedings. Instrumentality. Efficiency.

Introdução

Passados vinte e cinco anos do advento da Constituição da República, questiona-se com veemência a capacidade de o Poder Judiciário, da forma até então estruturada, absorver com

eficiência o crescente número de demandas judiciais em curso no país. Se o fenômeno da litigiosidade não se restringe a um só tipo de demanda, os indicadores oficiais existentes apontam para a presença constante do Poder Público, em todas as suas esferas, como parte em ações judiciais. Especificamente, sinalizam a constante judicialização da política pública de proteção previdenciária, figurando o Instituto Nacional do Seguro Social, enquanto réu, como responsável por substancial parcela das ações que congestionam a máquina judiciária do país.[1]

A despeito da sua importância em termos quantitativos, porém, é ainda tímido o interesse doutrinário pelo processo judicial que versa sobre a obtenção de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, e o direito previdenciário ainda se ressente de uma normatização voltada para a dinâmica de constituição dessa relação jurídica[2]. Ainda não é assente, em matéria previdenciária, a noção de que se está diante de uma lide pública, cujos reflexos processuais transcendem a mera necessidade de observância das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. Daí porque as inquietações afetas à tutela jurisdicional em matéria previdenciária ainda são inúmeras.

Neste breve estudo, pretende-se delinear as particularidades da lide pública previdenciária, levando em conta a origem desse conflito de interesses, os motivos que ensejam

---

[1] Segundo o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União, mais de 2,6 milhões de ações previdenciárias tramitaram ao longo do ano de 2010. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça relativos ao ano de 2011, o Instituto Nacional do Seguro Social figurou em 4,38% das ações judiciais em primeira instância no país, respondendo por 34,35% dos processos em trâmite na justiça federal. De acordo com Cruz e Alves, o número total de ações em que o INSS figura como réu seria, em 2010, de 5 milhões. V. CRUZ E ALVES, Adler Anaximandro de. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca dos instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano 9, n. 23, Brasília, jan./mar. 2010, p. 9-46.

[2] *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 79.

ou incrementam sua judicialização e, enfim, a forma de sua resolução pelo Poder Judiciário. Para tanto, o artigo é dividido em duas partes. Em um primeiro momento, objetiva-se analisar os atuais contornos da demanda judicial previdenciária, abordando, ainda que brevemente, os principais fatores internos e externos que concorrem para que as causas previdenciárias sejam amplas quanto à instrução processual, complexas para o julgamento e recorrentes nos Tribunais Superiores, contribuindo, assim, para a elevação da taxa de congestionamento do Poder Judiciário em todas as suas esferas.

Numa segunda parte, pretende-se analisar o processo judicial previdenciário, perquirindo sobre suas limitações e perspectivas próximas de aprimoramento. O que se pretende, em síntese, é questionar se o processo previdenciário, em sua configuração atual, permite uma tutela jurisdicional efetiva dos valores constitucionais nele envolvidos.

1 Contornos Atuais da Demanda Judicial Previdenciária

1.1 Uma Demanda Individual de Causa Multifatorial

Ações judiciais que versam sobre benefícios previdenciários se enquadram no espectro maior do pleito a um direito social. Com efeito, a Previdência Social é direito fundamental de segunda geração, previsto no artigo 6º da Constituição da República, segundo o qual "[...] são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"[3].

[3] Antes dela, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 já dispunha que "[...] toda pessoa tem direito à segurança, em caso de desemprego, doença,

À vista da necessidade de efetivação desse direito social, a Previdência Social erige-se constitucionalmente como política pública integrante da Seguridade Social, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória e cujos contornos gerais vêm delineados no art. 201 da Constituição. Trata-se, pois, de verdadeira política social que objetiva suprir as necessidades daqueles que foram atingidos por alguma contingência social.[4]

O cotejo de ambas as disposições constitucionais permite afirmar que, em matéria previdenciária, está-se diante de um direito social com dupla dimensão. É que, na lição de Canotilho, direitos tais têm, a um só tempo, uma dimensão de direito subjetivo, ou seja, um direito à proteção previdenciária inserido no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade de sua exequibilidade imediata, e outra dimensão jurídico-objetiva, por meio da qual há uma imposição constitucional legiferante, a fim de que o legislador atue positivamente, criando as condições para o exercício daqueles direitos ou efetivamente fornecendo prestações aos cidadãos.[5]

Considerando que mais da metade da população economicamente ativa do país é vinculada ao Regime Geral da

---

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle".

[4] Política social é o complexo de preceitos e programas que visam ao bem-estar e ao desenvolvimento da população, assim como a promoção de suas aspirações de progresso social. Incluída nas políticas públicas, ela se volta à implementação de direitos sociais. TSUTIYA, Augusto Massayuri. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 202-203.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 368-369. A relevante questão do reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais e os limites do Estado social de Direito, conquanto pressuposta para a análise da efetivação do direito social à previdência social, foge ao escopo deste trabalho. Sobre o tema, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, especialmente p. 294-296, quanto ao direito à previdência social.

Previdência Social, e não a regimes próprios[6], a concretização do direito constitucional à previdência no Brasil se dá essencialmente por meio da Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui seu Plano de Custeio, e da Lei nº 8.213/91, que disciplina os Planos de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social no Brasil.[7] Assim, o direito à proteção previdenciária, fundado na Constituição, é exercido, em grande medida, com base na legislação ordinária que prevê os requisitos e disciplina os benefícios e serviços previdenciários devidos a cada cidadão filiado ao Regime Geral, quando acometido de qualquer dos riscos sociais constitucionalmente protegidos.

De fato, e diversamente do que ocorre com outros direitos sociais, a proteção previdenciária do Regime Geral não é, em tese, inexistente ou insuficiente; embora a Constituição confira ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que esse direito social deva ser assegurado (livre espaço de conformação)[8], fato é que os diversos riscos sociais a serem cobertos pelo sistema vêm

[6] Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD de 2009, 41,97 milhões (49,7%) de cidadãos estão filiadas ao RGPS, 7,17 milhões (8,5%) são segurados especiais e 1,10 milhão de pessoas (1,3%) são beneficiárias da Previdência Social, sendo que apenas 6,32 milhões (7,5%) são filiados a regimes próprios de previdência social. Por outro lado, mais de 27,81 milhões de pessoas, o que corresponde a cerca de 33,0% da população ocupada total, não estão protegidas por qualquer tipo de seguro social. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social. *Projeções atuariais para o Regime Geral de Previdência Social*. Brasília, março de 2012. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/ upload/Arquivos/sof/orcamento_13/Anexo_IV.5_RGPS.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013.

[7] "O direito à previdência social já foi objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional." SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 294.

[8] KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 29.

expressamente elencados no texto constitucional, que estendeu à população rural, ademais, a mesma proteção previdenciária conferida à população urbana.[9] Em verdade, como destaca Viana, o Brasil possui a maior cobertura previdenciária da América Latina.[10]

Em geral não se questiona, em ações previdenciárias individuais, qualquer omissão inconstitucional do legislador ante a não-proteção de um risco social específico, por exemplo. Também não são quantitativamente relevantes as ações coletivas que, na proteção dos interesses individuais homogêneos, versam sobre a correção de alguma diretriz política no âmbito da Previdência Social.[11] As discussões judiciais em matéria de benefícios previdenciários, conquanto possam ter fatores subjacentes relacionados ao temor de retrocesso quanto à efetivação do direito fundamental à previdência, tratam fundamentalmente sobre o direito ou não a um benefício individual, com base numa garantia constitucional de proteção previdenciária cuja exequibilidade é pautada pela legislação ordinária existente, ainda que controversa possa ser a interpretação dessa legislação de regência.

[9] O art. 194, parágrafo único, I, da Constituição da República, prevê como objetivo da seguridade social a universalidade da cobertura e do atendimento e a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Por sua vez, os incisos do art. 201 determinam a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, além de proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e, ainda, pensão por morte.

[10] VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 47.

[11] Ainda há fundada controvérsia quanto à legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas afetas a direitos previdenciários. Registre-se, todavia, as ações civis públicas afetas à equiparação de menores sob guarda judicial a filhos de segurados para fins previdenciários (RE 491.762) e ao critério de concessão do benefício assistencial a portadores de deficiência e idosos (RE 444.357), bem assim as ações coletivas movidas por sindicatos e associações de âmbito local ou nacional.

Isso posto, uma demanda judicial previdenciária deveria surgir quando o cidadão postula perante a Previdência Social a proteção a um risco ou contingência social e, no entanto, o benefício ou serviço lhe é negado. A ação judicial previdenciária típica adviria, pois, de uma situação de conflito muito específica: de um lado, o cidadão interessado na obtenção de uma prestação previdenciária determinada; de outro, o Estado resistindo à pretensão ante o não-preenchimento dos requisitos legais para tanto e consubstanciado no Instituto Nacional do Seguro Social, gestor dos benefícios afetos ao Regime Geral de Previdência Social. Haveria, então, dois estágios distintos no desenrolar da controvérsia: inicialmente, o cidadão apresenta seu interesse perante o Estado que, administrativamente, decide sobre a concessão ou não do benefício ou serviço; sendo negativa a resposta e insistindo o cidadão em sua pretensão, a questão é levada ao Poder Judiciário.

Todavia, ainda não é assente, no direito processual previdenciário, a noção de lide pública, ou seja, aquela lide instaurada com o provimento administrativo final denegatório.

Na lição de Cassio Scarpinella Bueno, a lide pública seria a parcela do conflito de interesses surgido em um ambiente de direito público e transportado, pelo autor, para o processo. Seu ponto mais distintivo residiria na circunstância de que o Estado dela participa, a um só tempo, como réu causador do conflito de interesses, enquanto ente imparcial pacificador desse conflito e, ainda, como produtor normativo de todo o contexto de direito positivo envolvido na sua solução.[12]

Ocorre que, em matéria previdenciária, diversos fatores externos e internos impulsionam a conflitualidade. Por

[12] BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Direito processual público:* a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35.

trás da aparente singeleza dessa específica lide pública, que individualmente derivaria tão só da contraposição entre cidadão e Administração diante de uma pretensão de prestação positiva por parte do Estado, inúmeras variantes atuam para que a política social previdenciária seja a maior causa de litígio no Brasil[13].

Em recente estudo da Fundação Getúlio Vargas para o Conselho Nacional de Justiça, alguns fatores foram elencados hipoteticamente como ensejadores de potenciais conflitos na seara previdenciária, dentre os quais sobressai, no que toca a este trabalho, a regulamentação legislativa instável e pouco clara, a atuação estatal administrativa, formalista e ineficiente, que conduziria a população a buscar a tutela previdenciária pela via judicial, e também a atuação do Poder Judiciário, lento, instável e pouco uniforme. Ao procurar traçar o perfil das demandas em matéria previdenciária, referido estudo chegou à conclusão que bem resume a complexidade da matéria:

> Os conflitos envolvendo direito previdenciário evidenciam a dinâmica dos fatores externos e internos que impulsionam a litigiosidade. Os principais atores do sistema político e jurídico interagem nestes conflitos: os cidadãos como beneficiários e demandantes judiciais; o Estado como legislador, regulador, gestor do sistema previdenciário e julgador administrativo e judicial dos conflitos que lhe são submetidos; o mercado e o empresariado como financiadores, ao lado do Estado e do sistema previdenciário, e desencadeadores da maior ou menor procura pelos respectivos benefícios; a comunidade científica no subsídio das teses jurídicas e de hermenêutica legislativa que fundamentam demandas judiciais; os advogados e a mídia como polos de disseminação de informação e de catálise de litígios, entre outros atores eventualmente envolvidos.

[13] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.

> Além disso, o regime jurídico previdenciário articula um delicado confronto político entre a promoção de justiça social e o equilíbrio econômico. Os conflitos previdenciários refletem complexas características da sociedade contemporânea: explosão demográfica, longevidade da população, sociedade de massa e de consumo etc.[14]

Em matéria previdenciária, portanto, a noção de lide pública, conquanto indispensável para o direito processual, perde seus contornos ante a interação de diversos fatores e, em especial, em razão da contraposição, em nível extraprocessual, de dois atores processuais: de um lado, uma Administração ainda deficiente no reconhecimento e na efetivação de direitos previdenciários; de outro, um Poder Judiciário que assumiu uma função essencialmente protetiva no trato da matéria.

1.2 Dois Fatores Fundamentais para o Crescimento da Demanda Previdenciária

Não é nova a crítica doutrinária ao empenho dos poderes públicos em implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais. Especificamente em matéria previdenciária, pode-se observar que uma eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, e sim à não-prestação – ou à má-prestação – do serviço pelo Poder Público.[15]

---

[14] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fundação Getúlio Vargas. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

[15] KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 32.

O paradigma da Administração Pública brasileira, conquanto insira-se no tipo ideal conformado pelo Estado Democrático de Direito, sofreu influxos voltados para a eficiência somente a partir da reforma gerencial promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Até há pouco mais de uma década, a autarquia previdenciária, como de resto a Administração Pública em geral, ainda não tinha bem definidos os contornos da procedimentalização de seus atos e a necessidade de fundamentação adequada de suas decisões. A despeito da previsão constitucional das garantias do cidadão em qualquer processo, a regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal somente se deu com o advento da Lei nº 9.784/99. Na esfera previdenciária, outrossim, a imperativa observância de uma sequência de atos bem definida, por meio da qual se garanta a participação ativa do cidadão na formação da decisão, somente foi regulamentada internamente pela Instrução Normativa nº 45/2010, que atualmente disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social.

Atualmente, pois, Constituição e legislação ordinária preveem diversos meios de inclusão dos administrados no âmbito da esfera decisória da Administração, filiando-se à moderna tendência de processualização da atividade administrativa[16]. Além disso, um grande esforço tem sido feito no sentido de conferir transparência aos atos administrativos e garantir o contraditório no âmbito dos processos respectivos. Todavia, se hoje em dia o Instituto Nacional do Seguro Social possui um dos mais sofisticados sistemas de acompanhamento de gestão do serviço público federal e vem realizando real esforço de capacitação de seus servidores e ampliação de seu atendimento,

[16] ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 400.

as inovações gerenciais são recentes; da mesma forma, os instrumentos de aproximação do Instituto com a sociedade civil para cumprimento do seu papel de conscientização e esclarecimento da população, embora existentes, ainda são incipientes.

Às deficiências da autarquia previdenciária no reconhecimento de direitos se soma uma disseminada desconfiança quanto à lisura dos atos administrativos, em parte atribuível à confusão entre Administração e Governo, e a perspectiva do cidadão de obtenção do bem da vida diretamente perante o Poder Judiciário.

De fato, o atual modelo brasileiro consagra o livre acesso ao Judiciário, dadas as garantias fundamentais da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV). Está-se, portanto, diante de um sistema de jurisdição que, como leciona Moraes, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto dos conflitos de natureza privada quanto dos conflitos de natureza administrativa.[17]

O princípio da inafastabilidade do controle judicial tem sua origem na Constituição de 1946, derivando do receio existente, à época, quanto ao ressurgimento do regime do Estado Novo. Daí sua redação em fórmula excessivamente ampla, da qual decorre, na lição de Pontes de Miranda, o fato de que "[...] em todo caso, no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América."[18]

A partir da Constituição de 1988, buscou-se incrementar o controle social sobre a Administração Pública; no entanto,

---

[17] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 777.

[18] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969*. T. 5. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 106.

o controle social previsto e esperado para a fiscalização das políticas públicas prevê um nível de organização e mobilização social que, a bem da verdade, a sociedade brasileira ainda não alcançou. Como os instrumentos e as instituições de controle interno do poder, na realidade brasileira, foram relegados a segundo plano, esse incremento findou por se dar via controle externo, e, especificamente, pela via judicial.[19]

Assim, do princípio atualmente previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição advém o que recente estudo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para o Conselho Nacional de Justiça denominou de sistema de duplicidade de instâncias: a garantia concomitante do cidadão de valer-se livremente da complexa instância administrativa brasileira e, ao mesmo tempo, encetar *ex novo* o contencioso com a Administração Pública, por sua iniciativa, frente ao Poder Judiciário.[20]

A existência de esferas diferenciadas pode ser tomada como a outorga ao lesado de uma dupla proteção.[21] Entretanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não tem ensejado apenas o desejável controle da atividade administrativa na forma de controle-fiscalização, ou seja, mediante verificação, pelo Judiciário, da atuação administrativa concreta, a fim de apurar sua compatibilidade com as normas gerais e os valores fundamentais.[22] Tomada como cláusula pétrea, ela

[19] TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 82.

[20] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Relatório Final. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1306.

[22] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 740.

tem funcionado como permissivo para a reinterpretação, pelo Judiciário, também de critérios intrinsecamente políticos e, por vezes, afetos às próprias escolhas fundamentais da política social previdenciária.

Ao lado da ampla possibilidade de controle judicial reside, outrossim, a concepção de que cada ação judicial versando sobre matéria previdenciária trata da postulação da própria efetivação, pelo Poder Judiciário, do direito fundamental à previdência social. É disseminada a convicção de que incumbe ao juiz, em demandas tais, sempre uma função protetiva, à vista de um polo ativo hipossuficiente postulando a observância de um direito fundamental *a priori* tomado como negado, retardado ou mal prestado pelo Estado.

Tal concepção da função jurisdicional em matéria previdenciária encontra suas raízes em uma interpretação absolutamente estendida do princípio do livre convencimento motivado que ora vige no Brasil. Com base nela, permite-se ao juiz, partindo da Constituição, aplicar, no lugar da lei, outro parâmetro de nível e força legal construído a partir de princípios abstratos e gerais ao fato ou à situação em julgamento.[23] Por sua vez, e a despeito da ressignificação do princípio da legalidade por influxo da Constituição, a Administração segue atuando, em geral, de forma vinculada a uma determinada interpretação da norma. Dada a amplitude dos princípios constitucionais afetos à Administração Pública, o resultado é que "[...] no fundo é o juiz que determina, no caso concreto, o seu alcance. Ou seja, é

[23] Como referido no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, "[...] se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma." BRASIL. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

este que vai especificar, no caso concreto, o seu conteúdo. Assim, já não basta ao administrador cumprir formalmente a lei".[24]

Há, pois, um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos afetos às prestações previdenciárias: em vez de uma fiscalização da atuação da Administração e da correção ou não do ato administrativo motivado, o que existe é uma verdadeira atividade de total substituição a que se refere a moderna doutrina processual, no sentido de a decisão do juiz suprir integralmente o ato, o critério ou a decisão administrativa toda vez que o juízo administrativo divergir do seu próprio.

Pleitos afetos ao Regime Geral da Previdência Social que seriam da rotina da Administração Previdenciária são postos ao Judiciário diuturna e diretamente, a fim de que se decida se estão em conformidade não apenas com sua lei de regência, mas com os respectivos princípios constitucionais. Como a Previdência Social embasa-se em filiação obrigatória e abarca grande parte da população brasileira[25], e levando em conta que as demandas em matéria previdenciária são essencialmente individuais, daí resulta um crescente número de ações judiciais previdenciárias.

Por outro lado, diante das vastas possibilidades de interpretação próprias das normas abertas e da amplíssima competência dos diversos órgãos jurisdicionais para apreciação dos litígios previdenciários, que tramitam, a um só tempo, na justiça federal e na justiça comum estadual, a consequência

[24] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 239.

[25] O Regime Geral da Previdência Social no Brasil consiste em seguro social que abarca, segundo dados de 2011, 59.239.761 cidadãos, mantendo 26,9 milhões de benefícios ativos. BRASIL. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas e Previdência Social. *Resultado do Regime Geral de Previdência Social* – RGPS. Brasília, dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/politicas-de--previdencia-social-rgps/>. Acesso em: 20 dez. 2013.

é uma regulação judicial singular e distinta dos parâmetros adotados pela Administração em cada caso concreto. Como alerta o já referido estudo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para o Conselho Nacional de Justiça,

> À Administração é vedada, como deve ser, declaração de inconstitucionalidade e, máxime, construções constitucionais. Sendo, porém, tais poderes admitidos, em nossa cultura jurídica atual, ao juiz ordinário, mesmo em primeiro grau, cria-se, desde logo, um espaço real e efetivo que tende a opor, crescentemente, a instância administrativa à instância judicial.[26]

Num contexto em que cada decisão de um juiz afeta a seu modo a atuação da Administração Pública como um todo – afinal, embora cada demanda traga a questão da efetivação de um direito social em perspectiva individual, a pretensão específica se insere no contexto maior das políticas públicas em matéria previdenciária –, o resultado é uma jurisprudência excessivamente dispersa, que vai ensejar, então, assoberbamento dos tribunais superiores, porque lhes incumbe a uniformização da interpretação da legislação e a última palavra quanto à conformidade da lei à Constituição.

1.3 A Configuração da Lide Previdenciária

Não obstante o volume de ações, a litigiosidade na seara previdenciária não se restringe a demandas repetitivas, ou seja, aquelas em que se veiculam apenas teses jurídicas, sem

[26] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Relatório Final. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

necessidade de dilação probatória. Ao contrário: a ação previdenciária é "em sua maioria individualizada e quantitativamente representativa, pois os pedidos são veiculados por meio de demandas individuais que repercutem no volume de processos e na morosidade do sistema de justiça brasileiro."[27] De fato, cada ação judicial traduz uma relação jurídica previdenciária específica; cada cidadão tem seu histórico contributivo e, mais importante, deduz uma pretensão singular de proteção previdenciária em face de um risco social também específico a que foi acometido.[28]

Os diversos fatores externos que concorrem para a conflitualidade previdenciária, ao esmorecerem a noção de lide, findam por influenciar o curso do processo judicial também na sua perspectiva individual.

A imprecisão quanto à própria configuração da lide em matéria previdenciária relaciona-se diretamente com um dos graves problemas afetos aos processos judiciais nessa seara: como regra geral, as demandas são muito mal delimitadas. Em juízo, não é incomum o pleito de reconhecimento, pela parte autora, de todas as circunstâncias de fato afetas à sua pretensão, aí incluídas aquelas já acolhidas pela autarquia previdenciária na esfera administrativa.

[27] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fundação Getúlio Vargas. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

[28] Aqui, não se olvida da existência de um sem número de demandas previdenciárias versando sobre matéria unicamente de direito, tais como pleitos de desaposentação ou de revisão da renda mensal de um benefício. No que toca este trabalho, porém, importam as demandas que versam sobre a concessão de um benefício, ou seja, que implicam análise individual e singular do preenchimento, por cada interessado, dos requisitos legais para concessão de uma das benesses concedidas e geridas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

De acordo com Savaris, a falta de delimitação do real conteúdo do conflito de interesses estabelecido entre a autarquia previdenciária e o cidadão decorreria da atuação da Administração. Segundo o autor, "[...] a atuação administrativa na análise dos requerimentos de benefícios previdenciários é marcada por uma postura que se distancia dos princípios constitucionais que devem informar sua relação com o particular que busca a proteção previdenciária". Por conseguinte, defende ele, por exemplo, que quando não se faz possível conhecer a razão da rejeição administrativa de uma circunstância específica, ao juiz caberia a assunção da atribuição da Administração, e o julgador, assim, lançar-se-ia ao conhecimento tanto das questões que não foram objeto de exame pela Administração como daquelas que foram rejeitadas sem fundamentação específica.[29]

Concorre para o problema, ainda, a cultura jurídica vigente que, assentada no princípio da proteção judicial, sustenta a possibilidade de postulação de qualquer prestação do cidadão ao Estado diretamente no âmbito judicial. Como extensão da interpretação do conteúdo desse princípio, entende-se, em inúmeras hipóteses, pela desnecessidade mesma de prévio requerimento da prestação perante a autarquia previdenciária: se o cidadão pode valer-se da instância administrativa e, ao final, reconstruir a mesma demanda em face do Poder Judiciário, razão não haveria para que não pudesse ele, desde logo, optar pela via judicial, na medida em que somente esta última faria verdadeira coisa julgada.

Ao fazer as vezes da Administração, o juiz da instância ordinária, dada a proibição do *non liquet*, se vê instado

[29] SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 72.

a realizar uma amplíssima instrução probatória, na medida em que a questão de fundo deixa de ser a correção ou não do indeferimento do benefício pela Administração e passa a consistir na verificação mesma da existência ou não do direito a *alguma* prestação previdenciária. O resultado é que, em ações previdenciárias, transfere-se ao julgador tarefas típicas da Administração, como analisar e computar todos os períodos de labor constantes de uma Carteira de Trabalho para fins de concessão de benefício de aposentadoria, ainda que, na esfera própria, o fundamento do indeferimento da benesse se restrinja à não-confirmação de um único vínculo de emprego. A par de ensejar o prolongamento da lide previdenciária, tal postura em nada contribui para o aperfeiçoamento da atuação da Administração; ao contrário, acaba fomentando o incremento do volume de demandas judiciais.

Em última análise, o alargamento da atuação do Judiciário em sua função típica de controle externo da atuação da Administração, que deveria agir no aperfeiçoamento da gestão da política pública previdenciária, ocasiona insegurança jurídica à atuação administrativa e ineficiência à máquina judiciária. Olvida-se que o interesse público a ser protegido na seara previdenciária reside tanto na correta aplicação dos recursos afetos a esta política pública como na proteção ao direito fundamental à prestação previdenciária de natureza alimentar, perdendo, com isso, o Estado Democrático de Direito, cuja existência depende, para a efetividade dos direitos e garantias sociais, do bom funcionamento de ambas as esferas. Daí deriva a necessidade de as especificidades da relação jurídico-previdenciária serem levadas em conta no emprego das técnicas processuais, como condição para que se assegure uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

2 A Tutela Jurisdicional Previdenciária

2.1 Aproximação das Esferas Administrativa e Judicial e Correta Delimitação da Lide

O desenvolvimento mais recente do processo civil reflete uma preocupação de reconhecimento da instrumentalidade dos mecanismos processuais em relação ao direito material subjacente. Além da adequação formal das normas procedimentais, introduz-se como questão prioritária a capacidade do processo de produzir resultados consistentes com as necessidades do ordenamento de direito material.

Na exata proporção em que há um crescente número de lides regidas primordialmente pelo direito material público, aí incluídas as ações previdenciárias, um processo civil voltado tradicionalmente para a solução de conflitos regidos pelo direito material privado pode levar, em curto espaço de tempo, à sua ineficiência ou ineficácia.[30] É que o processo civil foi estruturado e sistematizado a partir de conflitos de direito privado, e o atual Código de Processo Civil, pensado para as lides civis. As reformas processuais operadas nos últimos anos lhe trouxeram maior aptidão para a noção de processo coletivo e, em alguma medida, adequação frente à garantia da razoável duração dos processos. Remanescem, contudo, os problemas da sua aplicação às relações litigiosas de direito público. Na lição de Rosemiro Pereira Leal, há "[...] a inteira indiferença que hoje se percebe ao surgimento de novos ramos do direito, de direitos novos e inovadores,

[30] BUENO, Cassio Scarpinella. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

mantendo-se um Código Processual de teleologia civilista, quando já deveríamos ter um Código de Processo Geral".[31]

Em matéria previdenciária, não há disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma pretensão de concretude de uma política pública, que, ante a verticalidade da relação jurídica posta em juízo, põe em evidência o alcance (e os limites) da atuação jurisdicional em face das atividades-fim da Administração.[32] Não se está, portanto, diante de um modelo tradicional de litigância, no qual a ação judicial é bipolar, com dois interesses em posições diametralmente opostas, e retrospectiva, ou seja, relacionada a eventos passados.[33] Reconhece-se, pois, que o direito processual previdenciário, assim como o que se denomina direito processual público[34], possui especificidades que lhe distinguem do processo civil tradicional.

À vista disso, uma primeira questão afeta à inadequação do processo judicial previdenciário diz com o fato de que ele tem permitido, senão acentuado, a perpetuação da absoluta independência e, no mais das vezes, ausência de qualquer inter-relação entre a esfera administrativa e a judicial. A partir

[31] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo:* primeiros estudos. São Paulo: Síntese, 1999. p. 86.

[32] Encerra-se, aqui, a tensão entre micro e macro justiça e entre os paradigmas protetivo e consequencialista a que se refere Gustavo Amaral, cuja abordagem transcenderia os limites deste trabalho. Vide AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha:* critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 184.

[33] SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 45.

[34] Na acepção dada ao termo por Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno, ou seja, a parte do direito processual que regula os processos judiciais que tenham ou como objeto o Direito Público ou como parte a Administração Pública. Sobre o tema, v. *Direito processual público:* a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67-70.

da Emenda Constitucional nº 19/98 e especialmente após o advento da Lei nº 9.784/99, eficiência e processualidade da atuação administrativa passaram a ser faces de uma mesma moeda, e a tônica da produção dos atos administrativos passou a ser dada pelo *iter* procedimental percorrido.[35] O processo passou a ser instrumento indispensável para o exercício de uma função administrativa; logo, toda a atuação administrativa necessariamente deve se desenvolver por meio dele, tendo por finalidade a expedição de um determinado ato administrativo.[36]

Assim, a configuração de uma lide pública previdenciária não se confunde nem com a mera aspiração do cidadão a um benefício, nem com a tão só existência de um processo administrativo prévio à manifestação final, porque não se pode precisar, desde a origem, se haverá ou não resistência à pretensão do postulante. A lide pública passível de solução pelo Poder Judiciário surge quando a pretensão deduzida perante a Administração e analisada no bojo de um processo administrativo é fundamentadamente indeferida. Por esse viés, o processo administrativo que culminou na decisão administrativa

[35] BUENO, Cassio Scarpinella. Inafastabilidade do controle judicial da Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Direito processual público:* a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 246.

[36] Destarte, embora a carta de indeferimento de um benefício previdenciário explicite tão somente o fundamento, mas não a fundamentação para a negativa da pretensão do cidadão, a concisão de tal documento não infirma a constatação de que atualmente a Administração Pública não pode mais ser vista como mera produtora aleatória de atos administrativos, mas sim enquanto produtora racional de atos administrativos derivados de regulares processos administrativos. Dada sua natureza de atividade estatal vinculada à lei e destinada a garantir um direito social, afigura-se plenamente exigível uma postura imparcial e proativa da Administração, reconhecendo o direito ao benefício ou serviço sempre que os requisitos legais se fizerem presentes e, se necessário, buscando elementos que esclareçam os fatos narrados pelo segurado por ocasião do seu requerimento administrativo. Sobre o tema, vide PEREIRA, Frederico Valdez. Processo administrativo de concessão de benefício previdenciário: noção e princípios de legitimação da atuação do INSS. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Curso modular de direito previdenciário*. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 313.

contrária aos interesses do cidadão ou, dito de outro modo, que deu origem à lide previdenciária, pode e deve servir de baliza para a definição dos pontos controvertidos a serem dirimidos pelo juízo. Partindo-se do pressuposto de que a Administração não agiria de forma deliberada para prejudicar um segurado, não haveria razão legítima para não se dar crédito às informações constantes do procedimento administrativo.[37]

Repousa aqui a importância de uma visão aproximativa entre o processo administrativo e o processo judicial, a fim de que as notas características da lide pública previdenciária reflitam não apenas na necessidade de observância das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, mas para que também ajam positivamente como pautas otimizadoras do processo. Por esse prisma, o processo administrativo serviria de parâmetro para fixação da extensão da controvérsia judicial, delimitando a lide e racionalizando, assim, as atividades judiciais; os atos processuais realizados com a participação do cidadão na esfera administrativa seriam aproveitados na via judicial para o correto direcionamento da instrução probatória; e as insuficiências da atuação administrativa seriam corrigidas, e não substituídas, pelo Poder Judiciário, em verdadeira atividade de controle externo sobre uma atividade tipicamente administrativa.

Em realidade, porém, à exceção do procedimento dos juizados especiais federais, em que a juntada dos documentos essenciais à lide decorre de disposição legal expressa[38], nas ações ordinárias, o processo administrativo muitas vezes sequer aporta ao processo judicial. Com base no entendimento de que cabe ao

[37] TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 33-38.

[38] Trata-se da obrigação constante do art. 11 da Lei n. 10.259/2001, segundo o qual a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

juízo analisar, ainda que de forma inédita, o direito ou não a alguma prestação previdenciária, olvida-se que inúmeros atos já foram ou deveriam ter sido realizados, na via administrativa e com participação do segurado, com o mesmo desiderato.

Tome-se como exemplo a repetição, em juízo, da tomada da prova oral já produzida por ocasião da justificação administrativa. Prevista no art. 108 da Lei nº 8.213/91, a justificação administrativa é o meio utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou outra circunstância de interesse previdenciário, quando não se faz possível a obtenção de meios razoáveis ou acessíveis para sua demonstração. Ela tem, portanto, função probatória complementar para as hipóteses em que a legislação não permite apenas prova testemunhal, exigindo início de prova material.[39]

Uma vez produzida a justificação administrativa na via e no tempo próprios, desnecessária a repetição do ato na esfera judicial, porque o segurado já participou ativamente de sua produção perante a autarquia. De outra parte, quando, embora requerida pelo segurado, a justificação não é levada a efeito pelo INSS, mais correta a determinação de reabertura do processo administrativo para sua realização, porque, nesse caso, o Poder Judiciário estará influindo positivamente na correção do procedimento de análise do benefício.[40]

---

[39] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 470. A súmula 149 do STJ assenta que "[...] a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário". Assim, a justificação administrativa é utilizada, de maneira geral, como prova (ainda que não exclusiva) de tempo de serviço e de situações de união estável.

[40] Desnecessárias ambas as providências, porém, quando, na delimitação do cerne da controvérsia, verifica-se desde logo que o indeferimento do benefício decorreu não da ausência ou insuficiência da prova oral produzida na justificação, mas da inexistência de início de prova material, requisito indispensável para a comprovação de algumas situações previdenciárias. Nessa última hipótese, a solução da controvérsia pode se ater, sem qualquer prejuízo às partes, à valoração da prova documental produzida em ambas as esferas.

Nessa mesma linha, defensável a posição de que, verificado vício de forma a ensejar a nulidade do ato administrativo, como nas hipóteses de supressão do contraditório em processos administrativos que apuram irregularidades na concessão de um benefício, a solução judicial deveria ser a declaração de nulidade do ato. Com efeito, se o poder Judiciário, ao invés de anular o ato, passa a decidir a questão de fundo, o administrado continua sem a observância da garantia do contraditório no procedimento administrativo.[41]

Nesse contexto, ganha importância a retomada da temática do interesse de agir. Assumido como interesse-adequação, ele serve de filtro de eficiência por meio do qual se evita o dispêndio de atividade jurisdicional inútil. Em outros termos, o correto estabelecimento da lide permite que a discussão afeta ao interesse processual em matéria previdenciária saia do âmbito da negativa de jurisdição ou de ofensa ao direito de ação e passe a ser analisado pelo prisma da impropriedade da via jurisdicional, uma vez que não faz sentido colocar o aparato judicial para atender interesses que podem e devem ser supridos pela atuação do Instituto Nacional do Seguro Social.

Até há pouco, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sancionava uma disseminada atuação do Judiciário voltada para a verdadeira e integral substituição da autarquia previdenciária, recentemente passou a reconhecer a necessidade de prévio requerimento administrativo como condição para postular nas vias judiciais. Ganhou espaço, aos poucos, o entendimento de que o interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se basicamente nas hipóteses de recusa de recebimento do requerimento e da

[41] Esse entendimento já foi acolhido pelo STF no MS 24268/MG, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/02/2004.

negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.[42]

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 631240-MG em sede de repercussão geral[43], espancou qualquer confusão ainda existente entre postulação e exaurimento das vias administrativas e julgou necessário o prévio requerimento do interessado perante o INSS como condição de ação. A reconhecida recalcitrância da jurisprudência sobre o tema, porém, exigiu daquela corte a instituição de uma sistemática transitória para ações já em curso sem que tivesse havido prévio requerimento administrativo, a qual, em linhas gerais, consistiu no sobrestamento do feito até que ultimado o pedido perante a Administração.

Por certo, remanescem hipóteses em que não tem cabimento entender-se pela falta de interesse de agir, as quais, em linhas gerais, dizem com aquelas pretensões cujo indeferimento administrativo é certo ou notório. Aliás, o julgado do Supremo faz expressa referência a essas situações. Por evidente, também não se sustenta a impossibilidade de o Judiciário, quando provocado, emitir provimento jurisdicional que substitua um ato administrativo por antijuridicidade, ou mesmo de emiti-lo de forma primeira em caso de inércia desarrazoada do Poder Público. Defende-se, porém, o estabelecimento de uma relação de funcionalidade intrínseca entre processo e norma material e entre Judiciário e Administração, visando ao aperfeiçoamento

[42] STJ, REsp 1310042/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012; AgRg no AREsp 283.743/AL, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 26/04/2013, dentre outros.

[43] Tema 350 - Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário, tendo como relator o Min. Roberto Barroso. O recurso extraordinário fora autuado ainda em 11.10.2010 e a repercussão geral fora reconhecida em decisão datada de 10.12.2010.

da gestão da política pública previdenciária. Por este prisma, afora esses casos excepcionais, em que a prescindibilidade do prévio requerimento não afeta a configuração da lide previdenciária, não se vê fundamento legítimo para que se transfira para a máquina judiciária a realização da atividade-fim afeta à concretização da política pública previdenciária.

2.2 Inadequação de Procedimentos e Excesso de Instrução Probatória

As formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, especialmente porque o procedimento brasileiro é do tipo rígido; não devem, porém, sufocar a naturalidade e rapidez do processo.[44] Daí porque, na exata medida em que o direito material se modifica substancialmente no campo do direito público, as normas processuais civis precisam ser revistas, relidas e reinterpretadas, para que possam realizar os direitos materiais.[45]

Por esse prisma, o direito constitucional a procedimentos adequados[46] e o advento do procedimento sumaríssimo dos juizados especiais federais permitem alguma reflexão com relação à conformação dos diversos procedimentos afetos à relação jurídico-previdenciária.

A obediência ao procedimento ordinário em matéria previdenciária, ou seja, o atentar para a ordem dos atos processuais

---

[44] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 34, p. 358.

[45] BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25.

[46] Da forma posta no art. 98, I, da Constituição da República.

na forma posta na atual legislação, ao não levar em conta as particularidades dessa relação jurídica, tem dado ensejo a um processo que, além de não propiciar condições para a conciliação entre as partes, assume ao longo da instrução processual uma complexidade que não condiz com a natureza alimentar do direito postulado.[47]

Veja-se, a título de ilustração, que uma demanda que versa sobre benefício por incapacidade pode ter uma condução procedimental absolutamente distinta, a depender se proposta no juizado especial federal, com seu rito especialíssimo, numa vara federal ou numa vara da justiça comum[48]. Em todas essas demandas, a pretensão deduzida na inicial é similar, assim como foi o procedimento observado na via administrativa; o que as diferencia é o valor da causa, que sofre alteração em razão da renda mensal do benefício postulado, a existência ou não de uma vara federal instalada na localidade e, em grande medida, também a postura assumida pelo juiz da causa e pelas demais partes envolvidas.

Como é recorrente ocorrer no âmbito dos juizados especiais, um procedimento *invertido* no qual se realiza desde logo a prova pericial e, a seguir, confronta-se seu resultado com o ato administrativo indeferitório previamente acostado aos autos

[47] Dada a demora na prestação jurisdicional, a concessão ou negativa dos efeitos da antecipação da tutela, e não a decisão definitiva, é que passa a ser o verdadeiro ponto central da demanda. Via reflexa, a conciliação também se inviabiliza, quer porque a tutela antecipada, fundada na quase-certeza da demora na prestação jurisdicional final, torna-se uma regra, quer porque o momento propício para a Administração transacionar somente se verifica depois de encerrada a regular instrução processual, coincidindo, então, com o próprio momento de sentenciar. A revogação da tutela antecipada por ocasião de eventual decisão de improcedência traz como reflexo, ainda, infindáveis discussões acerca da repetitividade ou não dos valores alcançados ao segurado ao longo do processo e sobre os efeitos previdenciários decorrentes do gozo precário de um benefício.

[48] Neste último caso, em face da competência delegada prevista no art. 109, §3º, da Constituição da República.

pela autarquia previdenciária cria condições para a solução definitiva da lide em poucos meses, seja via conciliação, seja via sentença de mérito. Estando-se diante de ação proposta numa vara comum que atenta para todo o trâmite do procedimento ordinário, porém, a prova fundamental para o deslinde da controvérsia acaba sendo realizada, no mais das vezes, mais de um ano depois da propositura da demanda[49], e muitas outras depois de realizada uma audiência preliminar de conciliação que se sabe, desde logo, infrutífera, dada a ausência, nesse momento processual, de qualquer prova judicializada contrária à decisão administrativa.[50]

Como se vê, é por ocasião da instrução probatória que toda a complexidade da demanda previdenciária se revela, já que "[...] a atribuição de um direito previdenciário pressupõe laboriosa tarefa de exame de fatos."[51] Quando não são delimitados, desde

[49] Embora há muito a doutrina sustente que, em matéria previdenciária, a própria realização da perícia pode ser antecipada à resposta sem que haja, nessa atitude, nulidade. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 535.

[50] Semelhante problema ocorre nas ações para obtenção de benefícios acidentários. Conquanto tais demandas não difiram, em essência, das ações nas quais se postulam benefícios previdenciários (seu traço distintivo é tão somente a natureza acidentária que origina a pretensão), são elas, por força constitucional (art. 109, I, da CR), de competência absoluta da justiça comum estadual, sendo-lhes prevista, ademais, a aplicação do rito sumário. Se ambas estas decisões do legislador tinham alguma razão de ser no passado, atualmente se afigura evidente a impropriedade do tratamento conferido às causas acidentárias. Primeiro, porque a justiça federal já se encontra suficientemente aparelhada para seu processamento; segundo, porque o rito sumário previsto na lei apenas implica a indicação dos meios de prova desde logo e a realização de uma audiência inaugural com finalidade conciliatória. Como qualquer tentativa de composição da lide previdenciária será infrutífera antes de produzida qualquer prova judicializada que comprove o requisito que, por ausente na via administrativa, embasou o indeferimento da prestação, o procedimento sumário se iguala ao ordinário em termos de inadequação para uma tutela jurisdicional eficiente em matéria previdenciária.

[51] SAVARIS, José Antonio. Algumas reflexões sobre a prova material previdenciária. In: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (Coord.). *Direito Previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 53-54.

logo, o cerne da controvérsia, os meios de prova necessários para sua solução e a respectiva distribuição dos ônus probatórios, o resultado é uma maior dificuldade para o próprio sentenciamento, haja vista o acúmulo de informações inúteis que resultam da produção de provas dispensáveis.[52] Avulta no campo instrutório, portanto, a importância do diálogo judicial na formação do juízo, por meio do qual haja efetivo exercício do contraditório e ampla participação das partes no processo. Como afirma Alvaro de Oliveira,

> A ideia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.[53]

Ao lado da afeição generalizada à condução do procedimento ordinário tal e qual positivado no Código de Processo Civil, também uma postura passiva de todos os atores processuais envolvidos caracteriza o processo judicial previdenciário. A parte autora, calcada na flexibilização dos requisitos formais para aceitação de sua petição inicial, na fungibilidade dos pedidos e na inexistência de qualquer inter-relação entre o processo judicial e o anterior processo administrativo, postula em juízo a mais ampla instrução probatória, aí incluída a repetição de atos já realizados na via administrativa. O juízo, adotando uma postura formalista que olvida do seu dever de

---

[52] SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

[53] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, omite-se em sanear o feito e defere de maneira automática a colheita daquelas postuladas pela parte autora, sob o genérico pretexto da evitação de alguma nulidade processual.

Por sua vez, a Administração, ante sua incapacidade de produzir provas contrárias à pretensão da parte autora, limita-se a defender o ato administrativo impugnado, por vezes confundindo o interesse público primário com o secundário da autarquia previdenciária e, em última análise, deixando de contribuir ativamente para o deslinde da demanda. Prevalece uma ultrapassada concepção de que a Fazenda Pública em juízo, ao representar a tutela de um direito indisponível, não poderia reconhecer a procedência do pedido[54], por exemplo, tampouco teria qualquer obrigação de produzir provas, na medida em que, ao lado da desnecessidade de impugnação específica dos fatos em sede de defesa e dadas suas reduzidas possibilidades de contraprova, bastar-lhe-ia o escudo da presunção de legitimidade do ato impugnado.

Decerto não se afirma que o direito à prova deve ser mitigado em matéria previdenciária. O direito à prova, porque derivado dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça, erige-se como direito fundamental; é por meio dele que se garante ao cidadão uma adequada participação no processo. No entanto, o direito ao manejo das provas, independentemente de quem as postula, deve levar em conta sua relevância para a tutela do bem perseguido, pelo que, por aplicação do princípio da economia, há de ser verificada sempre sua utilidade e seu cabimento. Assim, quando não há controvérsia quanto aos fatos alegados, ou quando a prova é impertinente ou irrelevante, plenamente justificável o seu indeferimento.

[54] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 85.

Ainda no campo probatório em matéria previdenciária, sobressaem, à vista de uma visão mais publicista do processo, voltada para sua efetividade, os poderes instrutórios do juiz, que devem servir para direcionar a apuração dos fatos que lhe são postos para análise. Exemplo típico são as situações em que a melhor prova para a resolução da demanda está em poder de terceiros, como ocorre nas causas em que se objetiva o reconhecimento do caráter especial do trabalho e, não raro, verifica-se a impossibilidade ou dificuldade do autor de obter a prova documental necessária para análise do pleito. A obtenção dessa documentação via requisição à empresa é o meio de prova mais fidedigno e menos oneroso para o processo; ainda assim, no mais das vezes o autor postula e o juízo determina sua substituição pela realização de uma complexa prova pericial.[55]

As dificuldades resultantes do excesso de instrução processual para a decisão do processo abrem espaço para o indesejável recurso a presunções que supostamente sinalizariam a forma de valoração das provas produzidas. Por vezes, faz-se alusão ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que, em sede de processo previdenciário, se traduziria em critério favorável aos argumentos da Administração, mesmo quando ausente uma argumentação intersubjetivamente justificada para dar-lhe respaldo[56]; noutras, tem assento um também suposto

[55] Nesses casos, por força de lei, a comprovação do exercício do trabalho com submissão a agentes nocivos se dá por meio de formulários preenchidos pelo empregador ou preposto, os quais descrevem as atividades do empregado e as condições do ambiente de trabalho. Ainda assim, em geral, o juiz assume uma postura passiva diante da perícia, muito embora "[...] a perícia é prova onerosa, complexa e demorada. Por isso, só deve ser admitida quando imprescindível para elucidação dos fatos. Toda vez que se puder verificar a verdade dos fatos de forma mais simples e menos custosa, a perícia deve ser dispensada." DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodium, 2007. p. 186.

[56] De acordo com Tavares, tal posicionamento pode ser encontrado em decisões judiciais que mantêm atos de cancelamento de benefícios previdenciários que,

princípio *in dubio pro misero*[57], a ensejar o acolhimento da pretensão em caso de dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos para sua concessão. Nas duas situações, porém, corre-se o risco de a decisão final não corresponder à decisão mais justa.

2.3 Um Direito Processual Previdenciário?

Se são inúmeros os problemas atuais na condução das demandas previdenciárias, no campo do cumprimento da decisão, substanciais foram os avanços alcançados nos últimos anos. O crescente número de sentenças condenatórias impôs à autarquia a criação de um aparato dedicado especificamente ao seu pronto cumprimento[58] e ao fornecimento de subsídios para a defesa judicial do Instituto. Com o mesmo desiderato, o Conselho Nacional

em verdade, são vazios na fundamentação das razões do ato de declaração de nulidade da concessão anterior do benefício. "Assim, desde que a Administração observasse o rito previsto em lei, não teria o ônus de demonstrar no que consistem seus elementos de convencimento". TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 33-38.

[57] Na esfera trabalhista, a regra *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero* tem lugar quando há divergência de interpretação em relação a uma norma jurídica aplicável ao caso concreto, hipótese em que se dará preferência então àquela interpretação que mais favoreça o empregado. No entanto, "[...] esta regra deve ser aplicada no âmbito do direito material do trabalho e jamais no que se refere ao direito processual laboral, onde as partes devem merecer tratamento isonômico". CAIRO JR., José. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008. p. 91. Assim, na sua origem, essa regra/princípio/presunção somente tem aplicação quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei, e nunca para suprir deficiências da prova, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular.

[58] Trata-se das Agências da Previdência Social de Atendimento de Demandas Judiciais – APSADJ – e Setores de Atendimento de Demandas Judiciais – SADJ –, instalados nas localidades onde há Vara da Justiça Federal ou Comarca da Justiça Estadual cujo volume de ações judiciais justifique a criação de uma unidade administrativa especializada para o atendimento das decisões judiciais. Suas atribuições vêm atualmente dispostas na Portaria Conjunta PGF/INSS nº 83, de 04 de junho de 2012, DOU de 06/06/2012.

de Justiça e o Conselho da Justiça Federal passaram a recomendar que as decisões judiciais em face da autarquia contenham elementos mínimos que permitam seu célere cumprimento.[59]

Difundiu-se, no segundo grau de jurisdição, a concessão de tutela específica[60] determinando o imediato cumprimento das obrigações de fazer nas ações concessórias de benefícios, assim como consolidou-se, na execução, o chamado procedimento invertido, por meio do qual, após o trânsito em julgado do título judicial, a autarquia é intimada para elaborar e apresentar os cálculos de liquidação. A execução invertida não serve para que se evite o ato formal de citação da autarquia nos termos do art. 730 do CPC, tampouco para que se deixe de atentar para o regime constitucional de pagamento de débitos pela Fazenda Pública; todavia, ela permite que as partes cheguem a um consenso quanto ao montante devido. O resultado é uma execução sem incidentes que chega a seu termo, em razão do pagamento, com expressiva brevidade.

Ainda assim, não se pode perder de vista que, se as normas processuais buscam a plena satisfação do direito material, ou seja, se o que se pretende é um processo de resultados,[61] há de se partir de uma correta configuração da controvérsia a ser dirimida e almejar, valendo-se de todos os mecanismos

---

[59] Por meio da Recomendação Conjunta CNJ e CJF nº 4/2012, que dispõe sobre os elementos mínimos a serem inseridos nas sentenças ou atos ordinatórios exarados nos processos que versem sobre a concessão ou revisão de benefícios previdenciários ou assistenciais.

[60] No âmbito da 4ª Região, o TRF determina, com base no art. 461 do CPC, o cumprimento imediato dos acórdãos naquilo que se refere à obrigação de implementar benefício previdenciário. O entendimento, atualmente já pacificado e aplicado inclusive no âmbito das Turmas Recursais, firmou-se por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na AC nº 2002.71.00.050349-7/RS, 3ª Seção, Rel. para o acórdão Des. Federal Celso Kipper, julgado em 09/08/2007.

[61] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 34, p. 192.

e técnicas processuais disponíveis, um resultado que, para além da prestação jurisdicional no caso concreto, reflita no aprimoramento da atuação do Estado na realização de direitos fundamentais sociais.

Consoante Carlos Alberto de Salles, a efetividade da tutela jurisdicional sobre dada matéria poderia ser analisada por meio de dois grupos de argumentos: argumentos de produção e argumentos de qualidade. Os argumentos de produção levam em conta qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos, incorporando, pois, preocupações de custo e duração do processo e apontando, enfim, para o objetivo de um processo mais rápido e mais barato. Por sua vez, os argumentos de qualidade traduzem os benefícios gerados por um determinado mecanismo processual, tendo em vista uma situação concreta. Como os argumentos de produção afiguram-se insuficientes para verificação da adequação da tutela jurisdicional, a eles se somam os argumentos de qualidade, que levam em conta a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz:

> A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, há de ser aferida levando em conta, também, outros elementos, como a capacidade do órgão jurisdicional em conhecer corretamente os fatos apresentados, de mediar e conciliar posições conflitantes, de perceber a verdadeira necessidade das partes e corresponder às suas expectativas pessoais, de considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, de incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado), e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional.[62]

[62] SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

Numa consideração entre meios e fins, portanto, será efetivo o processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato. A efetividade da tutela jurisdicional, por conseguinte, impõe um juízo sobre a adequação do procedimento e do provimento jurisdicional em relação a uma determinada situação de fato.

Por esse viés, fundadas dúvidas surgem quanto à efetividade da prestação jurisdicional em matéria previdenciária. O conteúdo alimentar dessas demandas, especialmente quando se está diante da postulação de prestações substitutivas de renda, permite que se afirme que há uma necessidade de maior celeridade não apenas por ocasião do cumprimento da decisão final, mas ao longo de toda a sua tramitação. De outra parte, as lides previdenciárias, por se enquadrarem no espectro do chamado processo de interesse público, constituem demandas individuais por meio das quais, ao fim e ao cabo, discutem-se conflitos políticos, ainda que de forma fragmentada,[63] o que exige uma decisão final calcada em ampla análise dos fatos e profunda cognição dos argumentos trazidos pelas partes. O esperado equilíbrio entre as duas características da lide previdenciária, porém, não tem sido alcançado com observância do *iter* procedimental estabelecido pela lei processual.

A instrumentalidade do processo diz com a sua efetividade, e uma tutela jurisdicional efetiva exige a consideração do direito material subjacente. Nessa linha, seria possível falar-se em um verdadeiro direito processual previdenciário, identificado não pelos reflexos endoprocessuais afetos às prerrogativas

[63] WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

do Estado-Administração em juízo, mas por um especial contexto de análise das regras processuais que disciplinam as demandas que versam sobre a matéria.

Independentemente da denominação, porém, o que se deseja com o reconhecimento de uma normatividade específica para o direito processual previdenciário é a realização do ideal constitucional de um processo justo, isto é, um processo conduzido por uma atuação jurisdicional que leve em conta os particularismos dessa lide.[64] Na correta afirmação de Tavares,

> O direito processual previdenciário deve proporcionar subsídios para a prolação de uma decisão que pacifique a questão relativa à fruição de um direito social fundamental e que tenha compromisso com o seguro, a fim de proteger adequadamente os beneficiários, sem onerar o grupo e a sociedade de maneira indevida.[65]

Na busca do processo como instrumento para atender a esses escopos, o Projeto de Novo Código de Processo Civil, ao corrigir algumas distorções da legislação processual existente e trazer alternativas afetas ao modo de ser do processo[66], pode lançar bases para um processo judicial mais efetivo em matéria previdenciária. É o que se espera, por exemplo, dos dispositivos que incentivam a figura do juiz participativo, ou seja, aquele que se importa com o esclarecimento das partes, que contorna vícios processuais que ensejem involução na marcha procedimental e, especialmente, que delimita o quadro controvertido, sinalizando os ônus probatórios e envidando esforços na busca por

[64] SAVARIS, p. 54.

[65] TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 33-38.

[66] Está-se, afinal, na terceira onda renovatória, traduzida em múltiplas tentativas à vista de fins diversos, tais como simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, justiça participativa etc. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 34, p. 52.

elementos probatórios importantes, imprimindo, enfim, a marca do diálogo no processo. Pretende-se, assim, "[...] abandonar o método de condução meramente formal do processo, que limita o impulso oficial à intimação dos litigantes para que postulem e à rejeição ou deferimento impensados das provas protestadas."[67]

Na mesma toada, a previsão expressa de produção antecipada da prova para permitir a conciliação entre as partes e a possibilidade de intimação pessoal da parte interessada relativamente a proposta de acordo formulada nos próprios autos pela parte contrária, por certo, virão para estimular a conciliação nas demandas previdenciárias, e a observância dos precedentes poderão servir para amenizar a dispersa jurisprudência previdenciária atualmente existente.

A relevância dos valores constitucionais contrapostos na demanda previdenciária exige uma tutela jurisdicional efetiva, a qual deve derivar de um processo rápido e, ao mesmo tempo, capaz de eliminar o conflito. Entende-se, aqui, que esse objetivo somente será alcançado por meio de um procedimento menos rígido, menos formal e mais vinculado ao direito material, no qual haja plena atuação das partes, atentando para seus deveres de boa-fé e lealdade, mas também com forte atuação direcionadora do juízo, garantindo uma marcha processual mais célere e mais enxuta no intuito de uma solução que, equacionando cidadão e Administração, entregue a tutela jurisdicional a quem tiver razão, afinal, este é "ao mesmo tempo um princípio-síntese e um objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional."[68]

[67] SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

[68] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12-13.

Considerações Finais

Para a crescente litigiosidade previdenciária concorrem, de forma simultânea, uma série de fatores. Alguns deles, por seu caráter socioeconômico, dizem diretamente com a maior ou menor ocorrência de alguma das contingências sociais para as quais foi pensada a própria política de proteção previdenciária no Brasil. Outros relacionam-se à postura ou à atuação que os envolvidos no conflito previdenciário exercem em nível extraprocessual. É no âmbito desses últimos que se pode refletir sobre as possibilidades de uma influência positiva não apenas para a pacificação do conflito em sede processual, mas para sua própria prevenção.

No que toca à Administração Pública, talvez os efeitos das reformas gerenciais implementadas nas últimas décadas ainda demorem a aparecer. Ainda assim, deve ser constante a preocupação em expandir e qualificar a prestação de seus serviços, seja pelo viés da garantia dos direitos processuais do cidadão na análise administrativa de sua pretensão, seja por meio de uma política voltada também para a conscientização e o esclarecimento da sociedade civil quanto aos seus direitos sociais previdenciários.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe a tarefa de repensar sua precípua função em face da lide previdenciária. Resumi-la à mera substituição da atividade-fim da Administração, além de sobrecarregar a máquina judiciária, implica apequenar a mais relevante de suas atribuições: o exercício do controle externo sobre os demais poderes da República. Entende-se que é somente por esse prisma que o Poder Judiciário atuará ativamente para o aperfeiçoamento da gestão da política pública previdenciária, com o que ganhará não apenas o indivíduo em sua demanda individual, mas todos os cidadãos albergados pelo Regime Geral da Previdência Social.

A par disso, resta, ainda, a necessidade de se pensar em alternativas que garantam às demandas previdenciárias uma efetiva tutela jurisdicional. Daí a importância de, atentando para as especificidades do direito material subjacente à lide, repensar e reinterpretar as normas processuais postas e lançar mão de outros instrumentos ou técnicas que simplifiquem o procedimento e contribuam para que haja uma atuação colaborativa e um verdadeiro diálogo entre as partes, aprimorando, assim, o processo judicial previdenciário enquanto instrumento para a composição dos conflitos previdenciários. Nesse sentido, o advento de um pretendido *direito processual previdenciário* poderia traduzir a constante necessidade de, no âmbito do processo judicial respectivo, equacionar a pretensão de fruição de um direito social fundamental com as decisões políticas que precedem sua concretização.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha:* critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Relatório Final. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Fundação Getúlio Vargas. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais,*

processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social. *Projeções atuariais para o Regime Geral de Previdência Social*. Brasília, DF, mar. 2012. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamento_13/Anexo_IV.5_RGPS.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2013.

_____. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas e Previdência Social. *Resultado do Regime Geral de Previdência Social* – RGPS. Brasília, DF, dez. 2013. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/politicas-de-previdencia-social-rgps/>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Direito processual público:* a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Inafastabilidade do controle judicial da Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Direito processual público:* a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAIRO JR., José. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRUZ E ALVES, Adler Anaximandro de. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca dos instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano 9, n. 23, Brasília, jan./mar. 2010, p. 9-46.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIAS, Andréia Castro. A alta programada e os benefícios por incapacidade. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Curso modular de direito previdenciário*. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 391-432.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo:* primeiros estudos. São Paulo: Síntese, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969*. T. 5. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Processo administrativo de concessão de benefício previdenciário: noção e princípios de legitimação da atuação do INSS. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Curso modular de direito previdenciário*. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVARIS, José Antonio. Algumas reflexões sobre a prova material previdenciária. In: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (Coord.). *Direito Previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Fábio de Souza. O princípio do contraditório e a suspensão de benefício previdenciário. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, ano 23, n. 90, jul./nov. 2008. p. 135-148.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TSUTIYA, Augusto Massayuri. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público:* o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Submissão: 08/09/2014
Aceito para Publicação: 18/12/2014

Propaganda Eleitoral Negativa nas Eleições: Limitações à Liberdade de Expressão dos Candidatos e dos Eleitores

Negative Electoral Propaganda: Limitations to the Candidates' and the Voters' Freedom of Speech

Aline Boschi Moreira*
Joana de Souza Sierra**

Resumo: Este artigo visa a destacar os limites impostos pela liberdade de comunicação e de expressão à propaganda eleitoral negativa. A relevância do tema reside na constatação de que, na atualidade, estão disponíveis diversos meios para divulgação ampla das críticas aos candidatos que, feita corretamente, pode ser salutar, mas, sem limites, é contrária ao objetivo da proteção da livre manifestação. Ao longo do texto, explicam-se brevemente as formas de propaganda política, dentre elas a propaganda eleitoral, pincelando a respeito das vedações infraconstitucionais ao conteúdo das manifestações públicas de opinião relativas a candidatos em época de processo eleitoral. Em seguida, trata-se da abrangência da liberdade de expressão como direito fundamental, bem como da importância de se observar o interesse público como garantia da democracia. Por fim, estuda-se a jurisprudência correlata, para se concluir acerca dos contornos aceitos da propaganda eleitoral negativa.

Palavras-chave: Propaganda Eleitoral Negativa. Eleições. Candidatos. Liberdade de Expressão.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

** Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Abstract: This article aims to highlight the limits imposed by the freedom of communication and speech to negative electoral propaganda. The relevance of the discussion lies on the understanding that in these days there are numerous means of communication available to wide disseminate criticisms to candidates, what, when done properly, can be salutary to the political process; however, when unlimited, it becomes contrary to the objective of protection of freedom of speech. The different forms of political propaganda are briefly explained throughout the study, among which the electoral propaganda, with a glimpse on the infra-constitutional barriers to the content of public manifestations of opinion about candidates in the electoral year. Then, the extent of the freedom of speech as a fundamental right is dealt with, as well as the relevance of observing the public interest as a safeguard of democracy. Finally, the respective case law is studied, to conclude about the accepted contours of negative electoral propaganda.

Keywords: Negative Electoral Propaganda. Elections. Candidates. Freedom of Speech.

Introdução

A propaganda eleitoral é, porventura tanto como o ato de votar, um importante instrumento da democracia. Sem ela, pouco sentido há no processo eleitoral, haja vista que a soberania popular somente poderá ser exercida em sua plenitude quando permitida a máxima informação, a discussão de ideias, a criação e a divulgação de propostas, a apresentação de candidatos e, por que não, a crítica aos sujeitos do processo eleitoral.

Com isso em mente, o artigo tem por tema as limitações ao conteúdo da liberdade de expressão na propaganda eleitoral negativa, quer dizer, daquela propaganda em que se expõem opiniões contrárias aos candidatos a partir do registro de candidatura.

Por problemática, busca-se verificar se existem e, em caso positivo, quais as limitações à propaganda eleitoral negativa

e como as aplica o Judiciário, mormente com vistas a relacionar teoria e empiria. A hipótese é a de que a propaganda eleitoral não significa o direito de dizer tudo o que se queira no momento em que bem se entende. Há limitações formais e materiais legítimas ao seu exercício inseridas na legislação infraconstitucional e observadas no alcance da liberdade de comunicação e de expressão como direito fundamental.

Como objetivos, buscar-se-á demonstrar que, além das vedações impostas contra os atos de difamar, injuriar, caluniar ou apresentar como verdadeiras informações desabonadoras ou sabidamente inverídicas a respeito dos elegíveis, observam-se limites à divulgação de informações que, privadas, não sejam dotadas de qualquer interesse público ou, também, que tenham conteúdo puramente vexatório, porquanto ultrapassam o âmbito de proteção da liberdade de expressão e, pior, desvirtuam o propósito da propaganda eleitoral. Ainda, examinar-se-ão decisões de juízes eleitorais acerca das referidas limitações, com a finalidade de compreender o posicionamento dos tribunais no que toca a questão.

A análise justifica-se pela imensa gama de recursos midiáticos disponíveis a todos os cidadãos, especialmente por meio da internet, como forma de oferecer um primeiro contorno daquilo que se pode considerar limitação constitucional à propaganda eleitoral e o que se entende relativamente a ela na jurisprudência já formada.

Em termos de divisão, optou-se, primeiramente, pelo estudo da propaganda política (dentro da qual se insere a propaganda eleitoral) e, mais detalhadamente, da propaganda eleitoral negativa, assim como das suas limitações infraconstitucionais. Em seguida, pela liberdade de comunicação e de expressão como contentora das vedações da propaganda e protetora do interesse público; culminando, finalmente, no esboço de situações judicializadas.

1 Propaganda Política

A fim de iniciar a descrição acerca da propaganda eleitoral negativa, necessário se faz inseri-la no contexto publicitário. Para tanto, diversos autores convergem ao considerar a propaganda política gênero cujas espécies seriam a Propaganda Eleitoral (objeto do presente artigo), a Propaganda Intrapartidária e a Propaganda Partidária – nesse sentido, Cândido (2012), Barros (2012) e Almeida (2012). Diferentemente, Coneglian (2012) entende que as propagandas eleitorais, institucionais e políticas seriam gênero da propaganda pública.

De todo modo, seja qual for a classificação adotada, percebe-se que ambas acabam por distinguir a propaganda eleitoral de outras formas de expressão públicas, o que se considera indispensável para clarificar a compreensão da presente análise. A explanação inicial busca, logo, esclarecer as principais características da propaganda eleitoral, da propaganda (intra) partidária e da publicidade institucional.

A começar pela última, esta tem por objetivo a informação, a educação e a orientação da sociedade para conhecimento das atividades do governo, sem que tal caracterize promoção individual do administrador público. Nota-se que a função constitucionalmente expressa não é a de angariar votos de quem observa o *outdoor* ou lê o encarte, e sim prestar contas dos atos e dos serviços públicos – nesse sentido, ligada à ideia de *accountability*[1]. Prevista no artigo 37, § 1º, da CRFB/1988, a publicidade institucional é terminantemente proibida nos três

[1] Para Pinho e Sacramento (2014, p. 1.347) "[...] a ideia contida na palavra *accountability* traz implicitamente a responsabilização pessoal pelos atos praticados e explicitamente a exigente prontidão para a prestação de contas, seja no âmbito público ou no privado.". Para ler mais a respeito da *accountability*: PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 1343-1368, nov./dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>. Acesso em 31 jul. 2014.

meses que antecedem o pleito, por força da alínea *b* do inciso VI do artigo 73 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições/LE) e, portanto, em nada assemelha-se à propaganda eleitoral, a qual tem por fim obter o voto do eleitorado.

Por outro lado, a propaganda partidária serve para, segundo o artigo 45 da Lei 9.096/1995, difundir os programas da grei, transmitir mensagens aos filiados das atividades partidárias, divulgar a posição ideológica em temas políticos etc. Não tem como objetivo promover a figura de candidatos às eleições, mas comunicar as intenções da pessoa jurídica, podendo até utilizar figuras públicas da agremiação – como Prefeitos, Governadores –, sem, contudo, imiscuir a ideia de que seriam os mais aptos para o mandato. Ressalta-se, também, que a propaganda partidária no rádio e na televisão é proibida a partir do segundo semestre do ano de escrutínio, uma vez que se inicia a propaganda eleitoral na mídia.

Há, ainda, a previsão de propaganda intrapartidária, meio termo entre a anteriormente descrita e a propaganda eleitoral. Disposta no artigo 36, § 1º, da Lei das Eleições, o enunciado dispõe que: "Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*.". Implica dizer que é permitido ao interessado em se candidatar fazer sua promoção entre os filiados a fim de ser escolhido na Convenção Partidária, que se dá entre os dias doze e trinta de junho do ano eleitoral.

Enfim, escolhido o candidato, inicia-se o período de propaganda eleitoral. Trata-se de "espécie de propaganda que tem a finalidade precípua de divulgar ideias e programas dos candidatos [...] oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mandato representativo partidário" (RAMAYANA, 2012, p. 442).

Por ser forma de divulgação das propostas de concorrentes aos mandatos eletivos, apresenta nítido interesse promocional para convencer o eleitorado. Diante de tais premissas, poderão constar argumentos que indicam ser o candidato mais apto a exercer o cargo, bem como que demonstrem por que os concorrentes não devem ser escolhidos pelo povo.

Não se confunde, logo, com a publicidade institucional, vez que esta deve ser impessoal, não admitindo promoção do agente público ou político. Da mesma forma, difere da partidária, pois "[...] enquanto esta se destina a divulgar o programa e o ideário do partido político, a eleitoral enfoca os projetos dos candidatos com vistas a atingir um objetivo prático e bem definido: o convencimento dos eleitores e a obtenção de vitória no certame" (GOMES, 2010, p. 313). E, igualmente, não se relaciona com a intrapartidária, pois, além de serem divulgadas em datas diversas, a primeira destina-se à indicação do candidato eleitoral dentre os filiados ao partido, enquanto a segunda volta-se para a escolha do mandatário pelo povo.

Feitos os aportes iniciais relativos à matéria a respeito das diversas modalidades de propaganda política/pública (a depender da classificação seguida), a seção que se inicia irá aprofundar especificamente a propaganda eleitoral, a fim de, posteriormente, verificar se existem limitações à liberdade de expressão em caso de divulgação negativa do candidato.

2 Propaganda Eleitoral e Limites Infraconstitucionais

Consoante observou-se da da elucidação anteriormente exposta, a propaganda eleitoral apresenta caracteres diversos da (intra)partidária e da publicidade institucional, sugestionando a finalidade de obter votos para os cargos eletivos, ao invés de propriamente difundir os programas partidários,

escolher os candidatos nas convenções ou divulgar os atos e os serviços da Administração Pública. Nesse tópico, será abordada a propaganda eleitoral, perpassando-se os princípios que regem a matéria, o termo inicial e final para sua divulgação, as classificações, as sanções em caso de propaganda irregular e o direito de resposta.

Como ponto de partida, a doutrina majoritária aponta para alguns princípios que conduzem o tema sob exame, dentre eles o da legalidade, da liberdade, da responsabilidade, da igualdade, da transparência e do controle judicial – *vide* Cândido (2012), Barros (2012), Ramayana (2012) e Gomes (2010).

Tais princípios, conforme os autores anteriormente apresentados, reforçam que o Código Eleitoral (CE) e a Lei das Eleições devem regulamentar a matéria[2], prevalecendo, entretanto, a liberdade na forma e no conteúdo da propaganda, que não deve ser cerceada nem impedida (a teor do artigo 41 da LE e do artigo 248 do CE), seja ela positiva ou negativa. Em caso de propaganda irregular, são responsáveis os partidos, as coligações e os candidatos quanto aos abusos perpetrados, podendo ser alvos do poder de polícia do Judiciário, que deve primar pela igualdade de condições entre os concorrentes.

Em se tratando da data inicial para sua exposição, existem dois posicionamentos na literatura, vez que a Lei 4.737/1965 e a Lei 9.504/1997 trazem prazos diversos. Para os adeptos do primeiro panorama, a exemplo de Cândido (2012), o artigo 240 do Código Eleitoral permite a propaganda eleitoral a partir da escolha do candidato em Convenções Partidárias. "Escolhido o candidato na convenção, adquire ele – e seu Partido político – o

[2] Muito embora as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral influenciem – com base na competência fixada no artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral – também a propaganda eleitoral, malgrado o artigo 105 da Lei n. 9.504/1997 proibir expressamente a restrição de direitos ou a previsão de sanções distintas daquelas previstas em Lei.

direito de, desde logo, pôr-se à rua com a propaganda, independentemente do deferimento de seu pedido de registro pelo juízo eleitoral competente" (CÂNDIDO, 2012, p. 181).

Posicionamento outro é o adotado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2011) e por Barros (2012), Ramayana (2012) e Zílio (2014), no sentido de admitir a propaganda eleitoral a partir do dia cinco de julho do ano da eleição, forte no artigo 36 da Lei das Eleições, sofrendo revogação tácita o artigo 240 do Código Eleitoral, haja vista ser aquele enunciado mais recente.

Quanto ao fim do prazo para a divulgação da propaganda eleitoral, mesmo existindo diversas leis esparsas que tratam da disciplina, nenhuma delimita o seu termo final, apenas estabelecem algumas restrições nas 48 horas que antecedem o pleito e nas 24 horas seguintes; assim, entende-se que sua divulgação se encerra com o fechar das urnas (CÂNDIDO, 2012).

Passando para sua classificação, costuma-se dividir a propaganda eleitoral pelo conteúdo positivo ou crítico. Naquele, segundo Gomes (2010, p. 313), o candidato é enfatizado, sendo "[...] louvadas suas qualidades, ressaltados seus feitos, sua história, enfim, sua imagem. Já a [propaganda eleitoral] negativa tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação da pessoa, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura em cargo eletivo".

De maior relevo ao estudo é esta última, a propaganda eleitoral negativa, que tem por objetivo alertar os demais eleitores dos motivos pelos quais os concorrentes do candidato não estariam aptos a exercer o mandato pelo qual competem. Nesse sentido, os dizeres de Ramayana (2012, p. 442. Grifos no original):

> Fala-se em *contrapropaganda* como uma forma de atacar as teses do adversário, desmontando os temas, utilizando técnicas de pormenores dúbios da vida privada, o que poderá gerar ofensas à honra e o direito de resposta (art. 58 da

> Lei nº 9.504/1997), inclusive em alguns casos a análise do tipo penal da calúnia, difamação ou injúria (delitos previstos no Código Eleitoral, arts. 324 a 326).

Quer seja em seu predicado positivo ou negativo, há que se considerar que as leis federais e a Constituição – bem como, às vezes, as resoluções do TSE – impõem limites à liberdade de propaganda e de expressão.

Nesse sentido, distingue-se a propaganda regular, ou legal, da ilícita. De acordo com o princípio da liberdade de propaganda e com os artigos relacionados, se não há proibição normativa, a propaganda eleitoral será considerada lícita, a não ser, é claro, que ultrapasse o alcance garantido à liberdade de comunicação e de expressão.

A propaganda irregular configura-se, portanto, naquela que viola regulações eleitorais, como o painel que ultrapassa 4 m² de área. São sanções do ato ilegal elencadas por Gomes (2010): multa (artigos 36, § 3º; 37, §§ 1º e 2º; 39, § 8º; 43, § 2º; todos da LE), restauração do bem (artigo 37, §§ 1º e 2º, da LE), retirada do *outdoor* (artigo 39, §8º, da LE), perda do direito à veiculação de propaganda (artigo 53, § 1º, da LE), impedimento de reapresentação de propaganda (artigo 53, § 2º, da LE), perda do tempo eleitoral gratuito (artigo 55, Parágrafo único, da LE), suspensão da programação normal da emissora (artigo 56, caput, da LE) e adequação ou retirada da propaganda (artigo 37, § 2º, da LE).

Há, igualmente, ao lado das propagandas eleitorais ilícitas, aquelas que a lei tipifica como crime, como a divulgação de fatos inverídicos ou caluniosos (artigo 323 e 324 do Código Eleitoral), a propaganda de candidatos no dia da eleição (artigo 39, § 5º, inciso III, da Lei das Eleições), o uso de símbolos associados à Administração Pública (artigo 40 da LE) e a contratação de pessoas para emitir mensagens a fim de ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato (artigo 57-H, § 1º, da LE).

A propaganda eleitoral negativa poderá, quando irregular ou criminosa, conforme anteriormente elencadas, ensejar representação do atingido no intuito de que lhe seja assegurado o direito de resposta previsto no artigo 58 da Lei 9.504/1997. Não são, todavia, todas as críticas que podem ensejar o exercício do contra-ataque, uma vez que a

> [...] crítica veemente, ou a utilização de palavras que apontem os erros da Administração Pública, suas falhas, vicissitudes e ilícitos não ensejam o direito de resposta, porque é de atribuição dos concorrentes nas campanhas eleitorais mostrarem aos eleitores, e a toda a sociedade, as falhas do atual modelo político ou do quadro de servidores públicos, indicando as diretrizes estatutárias que devem ser efetivadas (RAMAYANA, 2012, p. 496).

De acordo com a legislação infraconstitucional, para a configuração do excesso e o consequente direito de resposta, deve a propaganda ser caluniosa, difamatória ou injuriosa, ou seja, constituir crimes, ou ser então sabidamente inverídica. Sucede, contudo, que a última é de difícil ocorrência, pois é tarefa hercúlea delinear quando se trata de conhecida informação inverídica ou quando consiste no exercício do direito de liberdade de comunicação.

A despeito disso, imperioso ressaltar que há outros limites à propaganda negativa: não é apenas a vedação da lei infraconstitucional que constitui empecilho às práticas difamatórias ou injustas dos candidatos – e de terceiros referindo-se aos candidatos. A própria Constituição Federal, no que importa à abrangência da liberdade de comunicação e de expressão, também estabelece certos critérios diretos de limitação daquela liberdade, em proteção ao indivíduo e ao interesse público.

Isso porque, como ver-se-á, a referida liberdade, além de ser um instrumento da democracia, é a medida do que se admite nas campanhas, por resguardar o interesse público e, dessa forma, dar abrigo à soberania popular. Nesse sentido, a

proteção constitucional, mais alargada, alcança situações que não necessariamente estão positivadas na legislação eleitoral federal, mas que são de relevância para a lisura da propaganda de campanha, tal como a observância do interesse público e do direito de informação do eleitorado.

3 Liberdade de Expressão como Princípio e suas Limitações

A liberdade de expressão é considerada, para a maioria das sociedades atuais, um direito fundamental, porque é essencial à proteção da dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2014). No Brasil, assim como ocorreu gradativamente ao longo do último século em diversos outros países ao redor do mundo, chegou a ser consagrada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX, como um direito inviolável. E, segundo o texto constitucional pátrio, consiste na faculdade de se expressar o que pensa, sem qualquer tipo de empecilho ou censura do Estado, que, por sua vez, deve ratificá-la em todas as suas instâncias.

Sua importância é tamanha porque, como aponta Ferraz (2014), a liberdade como valor é uma das integrantes da personalidade humana, que lhe permite o desenvolvimento da criatividade e de seu próprio ser para a autodeterminação, além de sua participação na construção política, social, econômica e cultural da comunidade. À lei caberia, em seu dizer, apenas equilibrar a liberdade de um indivíduo frente ao outro, para permitir a convivência pacífica, nada mais.

Nesse sentido, sendo a liberdade de comunicação e de expressão um dos mais importantes e indispensáveis pilares de construção da democracia, cabe estudar brevemente a relação entre eles para, mais adiante, adentrar na especificidade dos

casos em que se observou a veiculação de propaganda eleitoral negativa, e se esta deve ou não estar inserida no âmbito de proteção daquele direito fundamental.

Nunca separada da luta humana pelo próprio desenvolvimento, a busca pelo reconhecimento da proteção da liberdade de expressão remonta à cultura grega, conhecida, entre outras inúmeras virtudes, pelo amor ao debate e à política. Diz-se que os atenienses se orgulhavam de possuir e resguardar, no debate público, ampla liberdade, e consideravam que o homem só seria útil à sociedade se interessado pela coisa pública, a qual só se pode conhecer graças à garantia da livre palavra (FARIAS, 2001).

Em qualquer sociedade democrática, é apenas por meio da discussão livre e ampla, em especial quanto às questões de importância política, que se pode efetivar a participação ativa do cidadão, sendo a única maneira de possibilitar sua aptidão para exercer a soberania (FISS, 1999, p. 172 apud FARIAS, 2001, p. 60). Nesse sentido, ensina Martins Neto (2008, p. 50), "a liberdade de expressão não é um elemento circunstancial da democracia, mas é sua própria essência", pois que esta não pode existir sem a possibilidade de discussão de ideias, de combate das verdades absolutas e de oposição aos posicionamentos contrários. Aqui, tanto a liberdade de expressão como a de imprensa são direitos indispensáveis.

Nos mesmos trilhos, Steinberg (1972) aponta que a liberdade de comunicação e de expressão é o germe de uma sociedade livre e a medida da extensão de todas as demais liberdades, porquanto, sem que seja conferida ao homem a faculdade de comunicar livremente seus pensamentos uns aos outros, não está segura a nenhuma outra liberdade. E faz prova disso o autor ao sustentar que, em um regime que se encaminha para a autocracia, ela figura como um dos primeiros objetos de restrição.

A CRFB/1988 assume, nesse contexto, conforme a sua posição de garantidora das liberdades de expressão e de imprensa, sua posição de consolidadora da democracia, em resposta à censura e à opressão vividas pelo povo brasileiro durante o regime ditatorial que tomou grande parte da vida política republicana do País (PÓVOAS, 2002).

Nos debates políticos contemporâneos, todavia, muito se vê o abuso dessa liberdade, em especial nas falas dos próprios candidatos a cargos políticos durante o processo eleitoral, o que não só desvirtua o propósito do direito de manifestação, retirando-lhe a efetividade de instrumento da democracia, como age diretamente em contrariedade com os objetivos da propaganda eleitoral, uma vez que foge aos temas de relevância e desvia a atenção das propostas e, porventura, virtudes dos demais candidatos.

3.1 Limites Constitucionais à Propaganda Eleitoral Negativa

Como pincelou-se anteriormente, mesmo que de suma importância para a concretização da democracia, e mais ainda no período eleitoral – especialmente no que toca à propaganda eleitoral –, a liberdade, apesar de plena, não é absoluta.

Por evidente, depende a democracia da possibilidade de comunicar ideias, debatê-las e até contestá-las livremente. Nesse sentido, em sua plenitude, a comunicação e a expressão devem ser protegidas contra qualquer tipo de censura prévia e posterior, assim como contra óbices causados pelos próprios particulares. Não obstante, há que se reconhecer que sobre cada um dos direitos fundamentais incidem limitações, justamente para garantir sua convivência em uma mesma ordem, resguardados todos em seu máximo alcance.

Cabe aqui um breve esclarecimento: parte-se, neste artigo, do pressuposto de que todos os direitos constitucionais fundamentais devem ser tratados com a mesma importância, limitados apenas por seu próprio alcance, cada qual em sua área de atuação, de modo que sempre podem ser efetivados perante os seus iguais, qualquer um em seu máximo grau (em sua plenitude); ou seja, até alcançar suas fronteiras de aplicação. Esse pensamento é compartilhado também por Martins Neto e por Pinheiro (2014). De todo modo, importa estudar o posicionamento de outros juristas, tendo em vista que todos convergem para a mesma conclusão: a liberdade não é, nem poderia ser, ilimitada.

A respeito do tema, Reale Júnior (2010), ao se propor realizar a análise de julgados das cortes superiores brasileiras que enfrentaram diretamente, pela primeira vez, a questão das limitações da liberdade de expressão frente aos demais princípios constitucionais – os quais o autor denomina valores constitucionais –, coloca o direito à manifestação livre do pensamento no mesmo patamar que as demais pilastras do Estado Democrático.

De acordo com a análise dos votos dos Ministros nas decisões estudadas pelo doutrinador, não há dúvidas que há restrições ao exercício da liberdade de expressão. Aliás, limitações essas que são características da própria liberdade, cujos contornos se encontram com outros valores fundamentais do texto constitucional, na forma de princípios de proteção à intimidade, à honra, à dignidade da pessoa humana. Todos pautados, todavia, pelo interesse público que pode conter a informação divulgada, ao passo que este lhe confere importância de coisa pública (REALE JÚNIOR, 2010).

Em um primeiro momento, fica claro que, a despeito de a garantia da liberdade de expressão ser plena (no sentido de que toda a expressão de ideias e de pensamentos é protegida),

ela apenas o é quando, de acordo com a ordem pública e com os direitos e as garantias de terceiros, nos termos da obra anteriormente referida. A partir daí, é ilegítima, pois não mais se trata de liberdade, e sim de agressão (calúnia, injúria, difamação, divulgação de segredo de terceiro, de informação inverídica, invasão de privacidade, entre outros).

No mesmo viés, Moraes (2004) compreende que a proteção constitucional à informação não se verifica quando da divulgação de informações de interesse puramente privado, ou de forma vexatória ou humilhante. Por esse motivo, explica que o texto constitucional repele frontalmente qualquer tipo de censura prévia, o que não significa, porém, dizer que a liberdade de expressão seja ilimitada, considerando que pode haver responsabilização posterior quanto àquilo que for expresso ou veiculado. Em suas palavras:

> A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do direito de resposta (MORAES, 2010, p. 52).

No caso da propaganda eleitoral, desse modo, fica evidente, porventura mais do que outras expressões de pensamentos e de ideias, que ela deve se pautar pela divulgação apenas daquilo que se pode considerar de interesse público, sem caráter vexatório e com o cuidado de não estar na forma de exortação contra outro candidato e outros sujeitos do processo eleitoral.

Aqui, então, retira-se do âmbito de proteção da liberdade de expressão, por exemplo, a calúnia, a injúria, a difamação, a violação da privacidade (composta por tudo aquilo que não seja de interesse público), a divulgação de segredo legítimo, a

ameaça, a incitação e até a informação sabidamente inverídica. Todas essas já vedadas pelo nosso ordenamento jurídico infraconstitucional. Do mesmo modo, importante que as informações divulgadas sejam adquiridas licitamente e observado o zelo em sua obtenção, conquanto eventualmente errôneas.

Não poderia ser de outra forma, principalmente em assunto que toca diretamente o exercício da cidadania. Se, por um lado, é importante que se proteja a integridade das informações veiculadas pelos candidatos, assim como a variedade do seu conteúdo, inclusive criticando seus oponentes no que for cabível, por outro, é prejudicial ao processo eleitoral que essa crítica seja desonesta ou irresponsável, porque cria entraves ao desenrolar sadio do pleito.

Pois bem, ademais das limitações incontestes da liberdade de expressão, conforme se demonstrou acima, o que a separa da privacidade e lhe garante plena proteção é a identificação de seu conteúdo com o interesse público.

Respeitadas as demais garantias e permitida amplamente a exposição da opinião, até mesmo da crítica, não há equívoco em afirmar que a liberdade de se expressar na propaganda eleitoral só alcança o que seja de legítimo interesse público, daí pouco importando se a sua comunicação se faz por meio escrito, falado, televisivo ou pelo uso da internet. Trata-se da determinação do alcance da liberdade.

Como explica Póvoas (2002), o interesse público, apesar de se tratar de um conceito vago, não é uma expressão arbitrária, dada a sua importância como verdadeiro limitador da liberdade.

Nessa toada, na doutrina (JUSTEN FILHO, 1999, p. 119-120 apud PÓVOAS, 2002, p. 41-42), elencam-se ao menos quatro definições do que seria o interesse público: seria ele a conjugação dos interesses individuais conscientes; os interesses homogêneos, que transcendem a individualidade; a conjugação dos interesses individuais em um determinado ambiente; ou, o mais

aceito, a satisfação de interesses de segmentos da população, em momentos determinados, para a realização de seus direitos fundamentais e pela busca da dignidade humana.

Assim, o interesse público relaciona-se não apenas com os direitos fundamentais da coletividade (entre eles o direito de receber informações e a liberdade de divulgá-las), mas também com a obrigação que se impõe aos governantes de verificar, em todos os casos, quando se está diante de informações que sejam legitimamente de interesse público, para lhes conferir a proteção necessária.

Se, por um lado, a liberdade de expressão não alcança a intimidade e a privacidade alheias, por limitação constitucional, por outro, se considera privado apenas aquilo que não seja de interesse público, porque o fato deixa de fazer parte da privacidade do indivíduo quando tenha relevância social, podendo gerar efeitos na vida comunitária, ou quando tenha "transcendência pública" (JUSTEN FILHO, 1999, p. 130 apud PÓVOAS, 2002, p. 41).

Nesse ínterim, como já se mencionou, até a crítica, desde que medida e séria, e dessa forma, voltada ao engrandecimento da sociedade e não ao desprestígio ou à exposição ao ridículo do criticado, tem sua função de existir, sendo também importante a sua proteção por se enquadrar no direito à liberdade de manifestação do pensamento.

Não obstante, o abuso da liberdade, divulgando informações que, adentrando na esfera íntima, não gozem de interesse público, por certo não há de ser tolerado. Esse tipo de atividade encontra contradição, inclusive, com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito à honra e com a proteção à vida privada, na medida em que converte em entretenimento (mas não em interesse público), assuntos de natureza íntima, e, por vezes, acarreta injustificados e irreparáveis danos ao atacado (MORAES, 2004).

Faz-se uma breve consideração: há que se diferenciar o interesse público (que é aquele legítimo, conforme anteriormente explicado), do interesse *do* público, como acontece pelo "interesse" pelos acontecimentos das vidas das celebridades, ou pela curiosidade pela vida alheia em geral. Segundo Mendes (2007), não são expressões coincidentes, porquanto aquele é apenas o necessário para informar o público e para proteger sua saúde e segurança, enquanto este estaria baseado, por vezes, em um sentimento de "execração" pública. Ao interesse *do* público, portanto, não se confere proteção quando adentra a vida privada, ou fere a dignidade, porque, além de não contribuir para a coletividade, tende a prejudicar os envolvidos.

Ainda assim considera-se que, no que toca aos agentes públicos e políticos, a esfera de interesse público é mais alargada e, segundo alguns estudiosos, *vide* Moraes (2004), a proteção constitucional da intimidade deve ser, quanto a eles, interpretada restritivamente, já que suas atividades profissionais exigem maior exposição à mídia. Não se permite, entretanto, também para esses casos, que se façam ofensas desarrazoadas, desproporcionais ou sem nexo de causalidade com a profissão ou com a atividade da pessoa.

Em resumo: a liberdade de expressão é elemento essencial e indispensável da democracia. Não significa dizer, porém, que ela seja ilimitada, tendo seu alcance no que não possa causar dano injustificado a outrem (hipóteses definidas na lei infraconstitucional), bem como no que pode ser legitimamente considerado como de interesse público. Do mesmo modo, no que diz respeito à propaganda eleitoral negativa, ela deve servir como instrumento para a boa eleição, ao aprofundar o debate acerca dos candidatos, com vistas ao que possa afetar a coletividade, desde que não cause injustificado mal com intuito de agressão.

4 Propaganda Eleitoral Negativa na Jurisprudência

É inevitável que surjam calorosos debates que circundem a seara do Direito Eleitoral, especialmente em ano de escrutínio. Inúmeras críticas políticas vêm à tona, muitas delas ressuscitadas de pleitos passados, as quais concernem, principalmente, aos financiamentos de campanha, à publicidade institucional, à propaganda eleitoral, à divisão do tempo de propaganda gratuita, à Lei da Ficha Limpa, dentre outras questões caras à política.

Na sociedade em rede descrita por Castells (2005), não há como olvidar, paralelamente, que as novidades do mundo eletrônico alteram o cenário das eleições, seja pelo uso constante das redes sociais, pela diversidade de informações divulgadas e pela multiplicidade de formadores de opinião, além de outras possibilidades intrínsecas e inenarráveis do uso da rede.

É salutar que os cidadãos, assim como os próprios candidatos, expressem preferências e discordâncias com os concorrentes aos mandatos, e assim tem ocorrido muito calorosamente pelas vias digitais. A par do cenário eletrônico, o artigo procura analisar prática corriqueira entre os usuários da internet, consistente no uso das redes sociais e dos sítios eletrônicos para a crítica ou a defesa dos elegíveis. Delimitando-se a temática, a explanação visa a esclarecer a respeito das consequências da divulgação, em *sites*, de juízos de valor depreciativos, denominados propaganda eleitoral negativa.

Relembrando os questionamentos feitos até então nos tópicos precedentes – da liberdade de expressão e dos seus limites constitucionais e infraconstitucionais (a exemplo da Lei das Eleições e do Código Eleitoral) –, chega-se ao seguinte: malgrado se resguarde a liberdade de comunicação e de expressão, existem barreiras no ordenamento, as quais, é claro, impedem a utilização desmedida e irresponsável da garantia. Veja-se, de

maneira elucidativa, como já destacado, a vedação ao anonimato, a punição de informações caluniosas, difamatórias ou injuriosas que são confrontados pelo direito à informação e pelo interesse público.

A fim de melhor elucidar tais questionamentos com casos concretos, a pesquisa volta-se para o estudo de duas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. A seleção de ambas ocorreu devido ao fato de relatarem casos de propaganda eleitoral negativa publicizada por meio das redes sociais, bem como pelo teor das postagens virtuais e das decisões abalizadas pelo tribunal catarinense. Para o presente estudo, importa ressaltar, não era necessário nem interessante utilizar decisões provenientes de Recurso Especial do Tribunal Superior Eleitoral – TSE – pela impossibilidade de revolvimento fático-probatório nessa fase recursal.

São as decisões selecionadas: a) Santa Catarina, Tribunal Regional Eleitoral, Recurso de Decisão de Juiz Eleitoral n. 24941, Relator: Ivorí Luis Da Silva Scheffer, 2013; e b) Santa Catarina, Tribunal Regional Eleitoral, Medida Cautelar n. 1088807, Relator: Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, 2010.

A primeira trata de vídeo disponibilizado no *YouTube* (*site* de compartilhamento de vídeos) por usuário que não se identificou – sua conta tinha nome fantasioso, que não possibilitava saber quem divulgou o conteúdo – e considerado, portanto, vídeo apócrifo, no qual se fazia menção a condutas criminosas atribuídas a então candidato às eleições municipais.

Dizia, em suma, que o político estivera envolvido em escândalos, supostamente direcionando e desvirtuando licitações, utilizando a máquina pública a serviço de seu partido, fazendo com que o nome da cidade aparecesse em páginas policiais e, de maneira geral, enganando a população. Finalizava com apelo para que os eleitores da cidade votassem contrariamente ao candidato e à legenda.

No acórdão, os Juízes Eleitorais entenderam pela verificação de conteúdo calunioso e difamatório, além de ser manifestação de cunho eleitoral anônima, obrigando o provedor do sítio eletrônico a retirar o referido vídeo da internet.

Já na segunda decisão, tem-se medida cautelar proposta em agosto de 2010 perante o Juiz Auxiliar durante as eleições gerais daquele ano, em que a então candidata ao cargo de Governadora de Santa Catarina requeria a exclusão de música no *YouTube* – que, apesar de ter sido disponibilizada antes, passou a ser divulgada e ganhou repercussão a partir do início do processo eleitoral.

A letra apresentava críticas à pessoa da candidata, com expressões depreciativas e sem quaisquer correlações com propostas ou ideologias. Ademais, criticava veementemente o partido ao qual era filiada, relacionando-os a figuras animalescas, com clara intenção de injuriar ambos. Fazia ainda acusações de cometimento de crimes sem especificar momento e circunstâncias, de maneira que ficava evidente a finalidade caluniante, uma vez que não abria possibilidade à real investigação dos fatos suscitados.

Quanto a este caso, em decisão monocrática transitada em julgado, o Juiz Auxiliar entendeu não haver *fumus boni juris*, razão pela qual julgou improcedente a medida de tutela antecipada, tampouco entendeu configurar manifestação apócrifa, vez que o músico autointitulado Giove aparecia fisicamente durante as gravações.

Pois bem, partindo para a análise crítica de ambas as decisões, com base nos limites da liberdade de expressão anteriormente expendidos, entende-se que, na primeira, ainda que se observe ser o vídeo do Recurso Eleitoral n. 249-41 manifestação sem identificação autoral, expressamente vedada pela Constituição Federal e pelo artigo 57-D da Lei 9.504/1997 (que prevê a aplicação de multa e a possibilidade de exclusão da

mídia), motivo pelo qual a decisão colegiada soa plenamente defensável, entende-se que o acórdão poderia ter-se imiscuído em outras questões levantadas ao longo do presente trabalho.

Seria também juridicamente possível, destarte, esclarecer que o vídeo se baseia em fatos – como é a publicação de notícia em revista jornalística – e que existe, malgrado o anonimato, sobrepujante interesse da população municipal em conhecer as denúncias de crimes imputados ao concorrente.

Deveras, não se verifica a clara ocorrência de calúnia e de expressões difamatórias capazes de fazer incidir a sanção por propaganda irregular, motivo pelo qual se permitiria a manutenção do vídeo no sítio eletrônico. É de se relembrar, da mesma forma, que o *Google*, empresa proprietária do *site*, possui o *número de IP*[3] de quem divulgou o arquivo, que pode ser disponibilizado por decisão judicial, afastando-se o argumento jurídico de ausência de identificação. Finalmente, as declarações no clipe baseiam-se em recorte da revista *Época*, fato que demonstra a responsabilidade, em tese, de sua elaboração.

No mais, não se constata intenção de exortação em ofensa ao particular (candidato), mas de alerta aos demais eleitores a respeito de escândalos e de casos de corrupção em que esteve supostamente envolvido, mesmo que em fase de julgamento. Pode-se considerar de legítimo interesse da população conhecer os processos judiciais e até as acusações e investigações de que aquele seja parte.

Nesse sentido, deveria ser reformado o posicionamento judicial emitido, para contemplar a liberdade (senão o dever) de manter informados os eleitores, mormente em época eleitoral.

---

[3] IP significa *internet protocol* e corresponde à identificação única de um dispositivo eletrônico quando se conecta numa rede local ou pública. Para mais informações acesse <www.techtudo.com.br>.

Voltando-se para a segunda decisão, por contrário, pouco identifica-se, na canção disponibilizada, conteúdo informativo ou que objetivasse a preservação do interesse público. Em verdade, a mídia digital apresenta caráter exortativo contra a candidata, relacionando sua imagem a figuras como "bicho feio", "agressivo", "animal", "criatura", dentre outras, o que a agride pessoalmente, ao invés de engrandecer a discussão em época de pleito.

Não se visualiza, portanto, intenção cidadã ao encontro da democracia, senão em revés: é com intento perverso e pernicioso à eleição, por nem ao menos conferir-lhe a seriedade que lhe é devida. Desse modo, novamente, conclui-se contrariamente à decisão do juízo, porque, conquanto este não reconheceu o *fumus boni juris* necessário para conceder a medida cautelar, a análise em conjunto com os objetivos da liberdade de expressão e de comunicação e com as limitações infraconstitucionais (que também dela advêm) parece demonstrar que a *expressão* possui conteúdo malicioso, com o qual a candidata não deve ser obrigada a conviver.

Não se trata da supressão da liberdade daquele que disponibilizou o vídeo (haja vista que a liberdade não tem alcance ilimitado), mas da proteção da imagem e da dignidade do recipiente, e ao mesmo tempo de impedir a ilícita conturbação do processo eleitoral.

Considerações Finais

Durante o processo eleitoral, procura-se dar voz aos cidadãos e aos candidatos para que expressem suas opiniões e suas preferências a respeito de quem deve representar politicamente o povo. Atua como balizadora desse processo a legislação eleitoral, importante instrumento de efetivação da

soberania popular – muito embora reconheça-se a necessidade de reformas políticas de base em diversas matérias –, que tem como linha mestra garantir o pleno exercício da democracia. Para tanto, prevê-se uma gama de oportunidades de manifestação, por intermédio da propaganda eleitoral, permitido o uso das mais diversas formas de difusão (rádio, televisão, internet, placas, jornais).

Com efeito, observa-se que, ao longo da campanha até o escrutínio, as novas tecnologias tornaram-se ferramentas que proporcionam maior participação de candidatos (muitos com desvantagens de tempo no horário político gratuito) e de eleitores no destino de seu país, de seu estado e de seu município, especialmente pela internet, em que estão disponíveis alternativas de debate e de informação.

É justamente a garantia da liberdade de expressão e de comunicação que preconiza que sejam os conteúdos compartilhados, as ideias discutidas e as propostas criticadas, tudo em favor da tomada de decisão livre e consciente, características sem as quais se perde o objetivo da ampla participação no processo eleitoral. Daí a importância da garantia da livre expressão e da livre crítica, em especial quanto aos assuntos relacionados às eleições, porque diretamente ligados aos propósitos daquelas liberdades. Como concluiu-se ao longo do texto, a liberdade de expressão (e, nesse contexto, também a liberdade de imprensa) não é apenas garantia fundamental dos indivíduos, mas de toda a coletividade, uma vez que influencia diretamente a vida pública.

Para que a participação política seja construtiva, entretanto, indispensável se faz que a divulgação de informações seja, para além de livre, também responsável. Não se protege, porque, aliás, surpassa os limites da própria liberdade, a manifestação com intuito malicioso, que atente contra a privacidade, contra a imagem ou contra a honra do indivíduo, bem como aquela

que se faz sem a identificação do emissor (apócrifa). E esses impedimentos, como deve ocorrer, são encontrados tanto no texto infraconstitucional quanto na Constituição Federal, esta de onde retira-se, ainda, outra contenção: o interesse público.

O que se tentou demonstrar é que o verdadeiro limitador da liberdade de criticar e de apresentar "verdades inconvenientes" é o alcance do interesse público (que de maneira alguma se confunde com boatos e difamações) no que respeita ao conteúdo veiculado. A par disso, ainda que as legislações federal e constitucional prevejam uma série de limites à livre crítica, especialmente quando se tem em voga a propaganda eleitoral negativa, a análise do caso concreto enseja uma percepção constitucional mais alargada, privilegiando-se o interesse social, mas não das colunas sociais, relativo às restrições elencadas, mormente primando-se a máxima informação, a discussão de ideias e de propostas, a apresentação de candidatos e, sem olvidar, a crítica eleitoral.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. Salvador: JusPudivm, 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei Federal n. 4.737*, de 15 de julho de 1965. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei Federal n. 9.096*, de 19 de setembro de 1995. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei Federal n. 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3.967.112* - Uberlândia/MG. Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, 10 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://tse.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede:* do Conhecimento à Acção. Política. Belém: Imprensa Nacional, 2005.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral:* de acordo com o código eleitoral e com a Lei 9.504/97, modificada pelas leis 9.840/99, 10.402/02, 10.740/03, 11.300/06, 12.034/09 e Lei Comp. 135/10 (Lei da Ficha Limpa). 11. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação:* teoria e proteção constitucional. 2001. 287 p. Tese (Doutorado em Direito)–Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. 2000. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MACHADO, Natália Paes Leme. A "Plena" Liberdade de Expressão e os Direitos Humanos: Análise da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, v. 10, n. 2, 2014.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e Direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 808-830, set./dez. 2014. Disponível em: <siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/6670/3805>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. Editora Jurídico. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 1343-1368, nov./dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014.

PÓVOAS, Monike Silva. *Conflitos entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade*. 2002. 80 p. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 15.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Formas de propaganda eleitoral permitidas e proibidas. Propaganda Institucional – vedação nos três meses anteriores ao pleito. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Propaganda Eleitoral:* Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. *Medida Cautelar n. 1088807*. Relator: Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. Florianópolis, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://tre-sc.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. *Recurso Eleitoral n. 249-41.2012.6.24.0005*. Relator: Juiz Ivorí Luis da Silva Scheffer. Florianópolis, 5 de junho de 2013. Disponível em: <http://tre-sc.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2014.

STEINBERG, Charles. *Meios de Comunicação de Massa*. São Paulo: Cultrix, 1972.

ZÍLIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

Submissão: 30/09/2014
Aceito para Publicação: 18/12/2014

Direitos e Deveres dos Estados-Membro: Efeitos Decorrentes da Aplicação do Mecanismo de Suspensão no Mercosul

Rights and Duties of Member-States: Effects of the Application of the Suspension Mechanism in the Mercosur

Andréa Rocha Postiga*

Resumo: Violações de direitos humanos por parte de um Estado revelam-se incompatíveis com sua participação em qualquer processo de integração. A preservação dos direitos humanos deve desempenhar papel central no bojo de um processo integracionista, constituindo inclusive pressuposto para o seu ingresso em blocos regionais. Esse assunto já relevante teve acentuada sua importância pelos recentes acontecimentos que tiveram lugar nos meses de junho e julho de 2012 no âmbito do Mercosul. O presente estudo analisa a proteção desses direitos e princípios por meio do mecanismo da suspensão do Estado que viola os valores fundamentais dos blocos regionais, identificando as peculiaridades inerentes ao caso do Mercosul. Na primeira parte, examina-se o marco jurídico adotado pelo Mercosul para suspensão de um Estado-membro do bloco em caso de violação destes princípios e direitos, e as peculiaridades a ele inerentes. No segundo momento, parte-se para o estudo dos recentes episódios da suspensão do Paraguai, em julho de 2012, como forma de repressão à

* Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

alegada ruptura da ordem democrática naquele país, e da concomitante adesão da Venezuela ao bloco. Pondera-se a adequação jurídica e fática dos mecanismos empregues para determinar a extensão dos efeitos práticos e jurídicos decorrentes dos eventos ocorridos no âmbito do bloco.

Palavras-chave: Mercosul. Integração Regional. Democracia. Suspensão. Direitos Humanos.

Abstract: Human rights violations by a State are incompatible with its participation in any integration process. The preservation of human rights should play a central role in an integration process, constituting even a prerequisite for their entry into regional blocs. This already relevant subject had its importance stressed by the recent events that took place in June and July 2012 within the Mercosur. This study examines the protection of these rights and principles through the mechanism of suspension of the State that violates the fundamental values of regional blocs, identifying the peculiarities inherent to the case of Mercosur. The first part examines the legal framework adopted by Mercosur to suspend a Member State from the block in case of violation of these principles and rights, and the peculiarities inherent to it. The second part brings the study of the recent episodes of the suspension of Paraguay in July 2012, as a means of repression to the alleged breakdown of democracy in that country, and the concomitant accession of Venezuela to the block. It is balanced the legal and factual adequacy of the methods employed to determine the extent of the practical and legal effects arising from the latest events within the block.

Keywords: Mercosur. Regional Integration. Democracy. Suspension. Human Rights.

Introdução

A evolução da cultura jurídica no bojo dos valores democráticos demonstrou que a organização atual dos Estados não deve admitir, em qualquer hipótese, violações de direitos

humanos. No bojo dos blocos regionais, a mesma intolerância reproduz-se, por tratar-se de prática incompatível com a participação de um Estado em um processo de integração (BORGES, 2009, p. 327).

A responsabilidade internacional e comunitária é imputável ao ato ilícito respectivo. Não se trata de um direito cogente, mas dispositivo, que vai gradativamente se saturando de sanções coativas nas relações interestatais. Na condição de um dos pilares do regime democrático, é altamente desejável que a evolução do direito interestatal venha a considerar a salvaguarda dos direitos humanos como pressuposto para o ingresso de Estados em blocos regionais.

A ligação entre a democracia e esta proteção fica evidenciada no melhor exemplo de integração regional até o momento, a União Europeia: a pretensão de um Estado não democrático e violador dos direitos humanos é incompatível com sua inserção no espaço comunitário, não só porque estaria a violar o Tratado da União Europeia e os princípios de Direito Internacional, mas também porque estão ausentes os pressupostos para a consolidação da confiança mútua entre os Estados membros do bloco (BORGES, 2009, p. 327).

No Mercosul, bloco essencialmente de fins econômicos (se não exclusivamente), a proteção interestatal dos direitos humanos estaria situada fora do âmbito de atuação do bloco. Seu caráter "essencialmente econômico" suscita controvérsias devido à inserção de determinados assuntos no preâmbulo do Tratado de Assunção, tais como o objetivo de proteção do meio ambiente. Já a proteção da democracia vem salvaguardada em protocolo adicional, firmado sete anos após a formação do bloco, e vigente há pouco mais de nove anos.

Nesse contexto, a preservação da democracia e o fortalecimento do regime democrático devem embasar a preservação de todo rol de direitos. Tal dever assume contornos jurídicos

tão logo é instituído, sobretudo nos tratados internacionais. É o que se depreende por força das disposições constantes dos tratados regionais. O processo unificador europeu teve como objetivo a manutenção da paz. No caso do Mercosul, a manutenção e estabilização dos regimes democráticos foi a grande conquista alcançada com sua criação. Atualmente, as liberdades fundamentais garantidas constitucionalmente nos Estados-parte não mais condizem com a forma totalitária de regime.

A formação de um mercado comum ou de qualquer organização, seja seu caráter internacional ou supraestatal, pressupõe que seus membros se pautem por estes princípios e que incluam dentre seus objetivos a preservação e a proteção desses direitos em suas relações. Visando a garantir seu respeito e proteção por parte dos Estados-membros, foram incluídos mecanismos de proteção desses direitos na esfera regional do Mercosul, a serem apreciados neste estudo. A forma como essa proteção foi desenhada diverge um pouco do modelo europeu, sobretudo em razão dos propósitos para os quais cada organização foi criada. Em ambos os casos, porém, concorda-se que, sem tais recursos, a confiança recíproca entre os Estados fica prejudicada, quiçá impedida.

Reconhecida a relevância do tema para a integração regional, o presente estudo analisa os recentes acontecimentos que tiveram lugar no Mercosul nos meses de junho e julho de 2012, que suscitaram inúmeras controvérsias acerca da legitimidade e propriedade dos procedimentos adotados pelo bloco na ocasião. Para tanto, na primeira parte o foco do exame será o estudo do marco jurídico que regula a suspensão de um Estado-membro do Mercosul. No segundo momento, será dada especial atenção ao recente episódio da suspensão do Paraguai, como forma de repressão à alegada ruptura da ordem democrática naquele país, em razão dos acontecimentos que tiveram lugar no mês de julho de 2012.

O estudo em conjunto de situação ocorrida paralelamente à suspensão do Paraguai, qual seja a de adesão da Venezuela ao bloco, está diretamente relacionado ao assunto, integrando igualmente a presente análise. Pondera-se, neste estudo, a adequação jurídica e fática do mecanismo empregue para a suspensão do Estado-parte à busca dos objetivos visados pelo bloco. Busca-se, para esta compreensão, determinar a correta extensão dos efeitos práticos e jurídicos decorrentes desta suspensão no âmbito das relações do bloco.

1 Estado-Parte e Compromisso Democrático: A Preservação da Ordem Democrática como Pressuposto da Confiança Mútua entre os Estados

O Tratado de Assunção, documento de base do bloco do Mercosul, traz no bojo de seu artigo 1º os princípios fundamentais que informam o bloco, sendo estes a livre circulação de bens, de serviços e de fatores produtivos entre os países que o integram, o que deve ser obtido com a eliminação de direitos aduaneiros, entre outros, e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e qualquer medida de efeito equivalente, sendo estabelecida uma tarifa externa comum e adotada também política comercial comum em relação a Estados terceiros. A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre as partes e o compromisso de harmonizarem suas legislações nas áreas pertinentes para o fortalecimento do processo integracionista figuravam igualmente neste rol (BERNALETTE, 2012, p. 8).

Esses princípios fundamentais, pelo seu âmbito espacial interestatal de validade, constituem uma característica que autonomiza a ordem interna do Mercosul, diante da ordem internacional e das ordens nacionais. O artigo 2º, do Tratado de Assunção, consagra o princípio da reciprocidade, segundo o

qual "[...] [o] mercado comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-parte". As liberdades previstas são instrumentais da democracia nas relações tecidas.

Embora todos os Estados-parte do Mercosul já compartilhassem dos valores democráticos, por meio da forma de governo, à época da celebração do Tratado de Assunção, em 1991, não foi incluída no corpo do Tratado uma cláusula democrática de forma específica (HOFFMANN, 2009, p. 343). Entretanto, já em 1992, na Declaração Presidencial da Segunda Cúpula Presidencial do Mercosul, os chefes de Estado do bloco consagram, no parágrafo 2, a plena vigência das instituições democráticas como pressuposto indispensável para existência e para o desenvolvimento do Mercosul (MERCOSUL, 2012).

Assim, a confiança recíproca entre os Estados do Mercosul deve se apoiar sobre o conteúdo material da democracia, que está materialmente fixado no corpo das constituições destes Estados. Quebrados esses pressupostos, providências serão tomadas.

Como ensina Jamile Bergamaschine Mata Diz, a suspensão temporária no Mercosul teria como fundamento o desrespeito ao regime democrático que deveria imperar na região, condição para ingresso e permanência no bloco. A condicionalidade democrática foi formalmente incorporada ao tratado de Assunção por meio do protocolo de Ushuaia, assinado em 1998, em vigor desde janeiro de 2002 (HOFFMANN, 2009, p. 344). O artigo 1º do referido documento figura como eixo central da proteção da ordem democrática no Mercosul (MATA DIZ, 2012, p. 4-6).

O Protocolo representou a consolidação normativa da Decisão Presidencial sobre o Compromisso Democrático dos países do Mercosul (Declaração de San Luis), de junho de 1996, emitida pouco mais de um mês após uma tentativa de golpe de Estado no Paraguai, reiterando este princípio central e estabelecendo oficialmente a cláusula democrática do bloco,

constituindo igualmente a materialização das disposições constantes do Tratado de Assunção em seu preâmbulo e nos artigos 1º e 20 (STURARO, 2012, p. 46-47).

Consolidando o entendimento consagrado nos tratados, Patrícia Kegel lembra que a integração que não se funda sobre os pilares do Estado democrático de direito não é viável. O respeito aos direitos humanos e a consagração nas Cartas Constitucionais desses pilares são pressuposto para uma ordem democrática e, portanto, para uma integração regional saudável (KEGEL, 2012).

Assim, quando detectada qualquer prática caracterizadora de ruptura com a ordem democrática, será seguido o procedimento previsto no Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. No Mercosul, contudo, não existe mecanismo preventivo, como há na União Europeia, podendo a cláusula democrática somente ser acionada quando detectada efetiva *ruptura* da ordem democrática (HOFFMANN, 2009, p. 343).

O instrumento prevê, em seu artigo 4º, que antes da tomada de quaisquer providências, detectada a ruptura em um Estado-parte, os demais deverão promover consultas pertinentes entre si e com o Estado afetado, como etapa preliminar. Entretanto, cabe aqui anotar que não é precisa e objetiva a definição e a extensão do conceito de *ruptura democrática*, fato essencial para a tomada de providências contra um Estado e que depende de consensos políticos a respeito de definições de democracia e de ruptura com a ordem democrática (HOFFMANN, 2009, p. 343). Esta questão suscitou amplo debate em torno dos recentes acontecimentos no âmbito do bloco, como será estudado no curso deste artigo.

O procedimento do artigo 5º é posto em prática: dispõe que, infrutíferas as consultas, os Estados-parte decidirão a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, a partir

da análise da gravidade da situação existente. Assim, de acordo com o dispositivo, a sanção variará entre a suspensão do direito de participar nos órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações destes resultantes. As medidas serão tomadas por consenso entre os Estados-parte, assim como as demais decisões, e serão comunicadas ao Estado afetado, que não participa deste processo decisório, durando até que estes entendam que houve o restabelecimento pleno da ordem democrática (MERCOSUL, 1998).

No que toca à fixação do *quantum* da sanção, o texto não apresenta clareza quanto aos critérios a serem empregues, mas depreende-se da leitura que variarão conforme a avaliação dos Estados-parte acerca da gravidade da ruptura ocorrida. Tal exprime, em última análise, um julgamento de ordem essencialmente política, e não jurídica, espelhando a concepção adotada na União Europeia. Cessará a suspensão quando os representantes dos Estados reconhecerem que a ordem democrática foi restaurada (MERCOSUL, 2012).

Aprofundando os termos da proteção dispensada, em 2005 foi assinado o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, documento que ampliou o escopo normativo da cláusula democrática para incluir o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais como condições essenciais à vigência e à evolução do processo integracionista.

O conteúdo normativo do Protocolo sofreu alterações em suas regras e no procedimento de tomada de decisão em dezembro de 2011, por meio do Protocolo de Montevideo sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul, também conhecido como Ushuaia II. No entanto, tal documento ainda não entrou em vigor, tendo em vista que depende ainda da ratificação de todos os Estados-parte, o que ainda não ocorreu.

Desse modo, o processo de suspensão de um Estado-parte do Mercosul encontra respaldo e previsão na lei fundamental do bloco, o Tratado de Assunção (1991), no Protocolo de Ushuaia, que regula o procedimento, e também no Protocolo de Olivos, que rege o funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão, e o Protocolo de Ouro Preto, todos integrando o texto do Tratado de Assunção.

Recentemente, o Mercosul vivenciou um episódio concreto de suspensão de um de seus Estados-parte, o Paraguai, que, desde o final de junho de 2012, por decisão dos líderes políticos da região, sofre os efeitos decorrentes da pena de suspensão aplicada. Para os chefes de Estado, houve rompimento da ordem democrática na forma como se procedeu o *impeachment* do então presidente Fernando Lugo. Questionou-se o ato, pois Lugo foi submetido a um processo de *impeachment* que durou menos de 24 horas. As autoridades paraguaias, por seu turno, negam o desrespeito da ordem democrática, afirmando que o procedimento seguido teria recebido integral amparo da Carta Constitucional paraguaia, acrescentando inclusive que a Lugo teria efetivamente sido concedido o exercício da ampla defesa, dentro das condições previstas na legislação pátria.

O secretário-geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, questionou o processo que levou ao *impeachment* do ex-presidente do Paraguai, em menos de 24 horas (UCHOA, 2012). Lugo foi retirado do poder em votação no Senado em 22 de junho, como resultado de uma crise política iniciada com a morte de dezessete pessoas em confrontos entre policiais e sem-terra durante uma ação de reintegração de posse. O processo de *impeachment* durou apenas pouco mais de 24 horas e foi duramente criticado pelo próprio Lugo, que afirmou que o processo era inconstitucional, e pela comunidade internacional (BBC Brasil, 2012).

A partir da análise do conjunto, cabe aqui ressaltar que a adesão de novos Estados constitui uma das manifestações fundamentais da capacidade jurídica internacional de toda Organização, sendo particularmente importante, no caso do Mercosul, caso considerada sua vocação de constituir-se em um polo de atração dos países sul-americanos. As consequências que derivam de tal ato para a entidade internacional e para o Estado que ingressa nela são determinantes para sua evolução e seu desenvolvimento futuro (JIMENEZ, 2010, p. 53-58).

Estas, porém, não parecem ter sido as preocupações levadas em conta pelos chefes de Estado que tomaram a decisão de suspender o Paraguai e de, no mesmo ato, sancionar o ingresso da Venezuela como membro do bloco. Para Mata Diz, o ingresso da Venezuela como *membro* pleno foi uma desconsideração dos textos e dos objetivos dos tratados e das normas do Mercosul, prejudicando a afirmação do Mercosul como bloco fundado no Estado Democrático de Direito e estruturado na defesa dos direitos e das garantias juridicamente constituídos. Destaca que "[...] o descumprimento das normas jurídicas estabelecidas pelos próprios Estados circunda de forma recorrente o processo de integração do Cone Sul, de modo que o episódio envolvendo a entrada da Venezuela contribui para uma corrosão ainda maior deste já delicado esquema de integração" (MATA DIZ, 2012, p. 4-6).

A autora relembra que, para pertencer ao Mercosul, é preciso que um país incorpore o chamado *acervo normativo* do bloco, que deveria ser observado pela Venezuela em vários temas, mas principalmente no que se refere ao programa de liberalização comercial e com a adoção da Tarifa Externa Comum (TEC). Passados sete anos da solicitação de adesão pela Venezuela, o país ainda não providenciou a adequação às exigências do bloco.

Ademais, observando-se o princípio da plena vigência das instituições democráticas como condição indispensável

à existência e ao desenvolvimento do Mercosul e a cláusula democrática implícita, consolidada pelo Protocolo de Ushuaia e por seus documentos subsequentes, desaparecem quaisquer vestígios de coerência neste ingresso como ato contínuo da suspensão paraguaia (STURARO, 2012, p. 49).

Tendo em vista que a *Era Chávez* corresponde apenas parcialmente à definição mínima de democracia[1] que se possa ter, não é admissível que este ingresso possa ser um passo direcionado à persecução de quaisquer dos objetivos eventualmente preconizados pelo bloco. Estando os direitos políticos e civis básicos comprometidos, de que constituem clara expressão a repressão à liberdade de expressão naquele país, mediante controle das emissoras de radio e televisão, e a limitação do direito de reunião, punida por leis que criminalizam o protesto político, a incompatibilidade com os valores democráticos pelos quais *prima(va)* o Mercosul é aviltada.

Mata Diz entende que o ato foi praticado pelos demais Estados-parte na ausência de um maior rigor na aplicação dos dispositivos e na interpretação dos fatos, a partir de entendimentos nitidamente ideológicos e nacionais, invocando-se a lógica de que decide por representar o povo, e que este fato legitimaria a decisão. A falta de um controle técnico e racional da decisão adotada fica igualmente exacerbada no episódio em apreço.

Tendo em vista que esse episódio deu ensejo à aplicação do mecanismo de suspensão do Estado do Paraguai do Mercosul, seus termos, suas consequências e sua repercussão serão objeto de apreciação na etapa subsequente deste artigo.

---

[1] De acordo com Sturaro e Matsuno da Frota, citando Mainwaring, esta definição mínima compreende apenas os elementos cuja ausência não permita classificar o regime como democrático, sendo estas: a) eleições competitivas, livres e limpas; b) sufrágio universal da população adulta; c) proteção aos direitos políticos e civis básicos; e d) governo efetivo dos representantes eleitos (Op. cit., p. 48-49).

2 Processo Sancionatório do Paraguai como Fator de Dispersão no Mercosul

Foi de grande amplitude a repercussão que tiveram os fatos ocorridos em junho de 2012 no Paraguai na realidade integracionista do Mercosul. Os fatos ocorridos desencadearam séria crise político-institucional no seio do bloco, gerando questionamentos acerca da legitimidade de suas instituições, no que toca aos princípios e fundamentos sobre os quais se assenta, bem como em torno de seu referencial jurídico.

Como resposta ao episódio ocorrido no Paraguai, foi emitida Declaração dos Estados-partes do Mercosul e Estados Associados a respeito da ruptura da ordem democrática ocorrida no Paraguai, em 24 de junho de 2012, sendo posteriormente confirmada na XLIII Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum (CMC), realizada em Mendoza (Argentina), em 29 de junho de 2012. Teve como fundamento o artigo 5, do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático, afirmando que que "[...] toda ruptura da ordem democrática constitui um obstáculo inaceitável para a continuidade do processo de integração". À mesma ocasião, ressalvou-se que as medidas tomadas não deveriam produzir prejuízo algum ao povo paraguaio.

Nesse sentido, as sanções aplicadas ao Paraguai em virtude da alegada *ruptura democrática*, que teria sido causada pela prática do ato questionado, que estaria em desacordo com os valores do Mercosul, teriam sido sanções *leves* e políticas, mas não econômicas, segundo a presidente Cristina Kirchner, ainda que sua repercussão tenha-se revelado particularmente significativa neste campo. Os dados indicam que os Estados do Mercosul seriam os parceiros mais relevantes do Paraguai em termos numéricos, o qual seria nitidamente a parte mais prejudicada, por ser muito dependente dos outros parceiros do bloco (CARTA CAPITAL, 2012).

Giorgio Romano Schutte afirma que não seria interessante nesse momento colocar em prática sanções econômicas ao Paraguai, tais como a exclusão do Mercosul ou o corte da ajuda recebida por este país pelo FOCEM (Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul), o que prejudicaria a população paraguaia. O que os Estados do bloco precisam é posicionar-se de forma efetiva, para prestigiar as democracias do grupo e evitar novos problemas semelhantes.

Contudo, o caráter dito *leve* é amplamente discutível, tendo em vista que essa suspensão acarretou outro evento amplamente contraditório: o ingresso da Venezuela no bloco. As críticas são tecidas principalmente em relação aos fundamentos jurídicos e democráticos em torno da legitimidade e adequação do procedimento aos tratados e protocolos do bloco.

Para o professor Fernando Sarti, da Unicamp, a suspensão do Paraguai aporta danos a todas as partes do bloco. Sua legitimidade fica profundamente afetada diante deste quadro, na medida em que todos seus fundamentos jurídicos estariam esvaziados em face da decisão arbitrária tomada pelos chefes de Estado, que teriam desrespeitado os documentos que estariam a reger a situação ocorrida, sobretudo o Tratado de Assunção, lei fundamental do bloco, que prevê a unanimidade entre os membros como requisito para admissão de novos membros no bloco (Artigo 20).

Ainda que a decisão de suspender ou não um Estado do bloco não seja de caráter jurídico, mas sim de cunho político, é indispensável que se dê de acordo com as previsões constantes dos tratados e protocolos que regem o bloco. Inafastável aqui, portanto, a análise do tema, porque intrinsecamente ligado ao evento da suspensão do Paraguai do Mercosul. O ingresso da Venezuela no bloco por via tão ou mais antidemocrática do que aquela por meio da qual se procedeu à suspensão do Paraguai ter-se-ia dado igualmente com amparo jurídico.

O fundamento legal apresentado pelos chefes de Estado quando da suspensão do Paraguai e ingresso da Venezuela assentou-se sobre o artigo 40, incisos II e III, do Protocolo de Ouro Preto. Na declaração emitida na mesma ocasião pelos presidentes de Brasil, Argentina e Uruguai, é invocado o Protocolo de Adesão assinado pelos quatro Estados-parte do Mercosul, com a Venezuela, em 2006, apontando que os dispositivos mencionados determinam os procedimentos para vigência simultânea nos Estados-parte das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, após sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

A mesma norma legal era invocada também na primeira declaração, na parte decisória, onde destaca-se que "[...] enquanto durar a suspensão, o previsto no inciso III, do artigo 40, do Protocolo de Ouro Preto, produzir-se-á com a incorporação que realizarem Argentina, Brasil e Uruguai, nos termos do inciso II do referido artigo" (MERCOSUL, 2012). Essas disposições suscitam acalorado debate acerca da propriedade do mecanismo por meio do qual estes atos se perfizeram e em torno da extensão dos direitos e deveres que são mantidos ou não, durante a vigência da suspensão. Desta discussão depende a resposta de grande parte das questões inerentes ao estudo deste caso, ainda sem um deslinde concreto, em razão da recusa ao enfrentamento do tema pelo Tribunal Permanente de Revisão, como será exposto na sequência.

Na esteira do que dispôs o Informe Mercosul nº 17, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, editado em dezembro de 2012 (p. 52), o único órgão legítimo para proceder ao controle da legalidade dos atos ocorridos e dos procedimentos adotados durante o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Lugo seria o poder judiciário paraguaio. No momento em que os Estados-parte do bloco aceitam um Estado como membro, aceitam também suas instituições e seu ordenamento

jurídico de forma plena. Dessa forma, a aceitação do julgamento que teve lugar no Paraguai estaria de acordo com a Constituição daquele país, implicitamente aceita pelos Estados do Mercosul. Desta feita, não haveria que se falar em questionamento quanto a legitimidade do processo neste momento.

Nesse bojo, a cláusula democrática constante do Protocolo de Ushuaia, que foi invocada pelos demais chefes de Estado dos membros do Mercosul, se houvesse que por alguém ser invocada, que o fosse pelo povo paraguaio, eleitor daqueles poderes entre os quais se instaurara o entrave (HOFFMANN, 2009, p. 351). Desde há muito, no Paraguai, existe conflito entre os poderes executivo e legislativo. Isso ocorre em razão de o poder legislativo paraguaio ser detentor de ampla margem de manobra em razão de lhe caber a regulamentação do instrumento de *impeachment*, condicionando, assim, o executivo.

O Estado paraguaio, inconformado com a decisão dos chefes de Estado dos membros do Mercosul, encarada como arbitrária, levou o caso à apreciação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, requerendo a instauração do procedimento de urgência previsto pelo Protocolo de Olivos, que aperfeiçoou a estrutura institucional do bloco, instituída pelo Protocolo de Ouro Preto. Diante do impasse que tomou lugar no bloco, bem como das pressões da crítica tanto de repercussão interna como internacional, procedeu-se ao julgamento da demanda paraguaia com respeito ao regulamento e ao cronograma que regem esta instância (BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, 2012, p. 49).

O TPR foi acionado com fulcro no artigo 24, do Protocolo de Olivos, que prevê mecanismo excepcional e de urgência, que estabelece o emprego de procedimentos especiais para solução de controvérsias surgidas de acordos emanados de reuniões de ministros do Mercosul que possam ocasionar danos irreparáveis às partes (DELUCA, 2011, p. 93). A admissão da

causa pelo TPR depende do cumprimento de quatro requisitos de admissibilidade constantes do artigo 2, incisos, da Decisão nº 23/04 do Conselho Mercado Comum (MERCOSUL, 2004), os quais, segundo esse Tribunal, não teriam sido cumpridos pela demanda apresentada.

Da análise da demanda, o TPR entendeu não ser competente para resolver a controvérsia proposta, recusando-se a adentrar no mérito da causa, sob alegação de não se tratar o objeto da demanda de questão comercial, mas de assunto de cunho meramente político. É claro que uma análise jurídica da situação atual do Mercosul no que se refere aos dois episódios examinados não pode estar completamente afastada da esfera política. No entanto, se a decisão política ocorre à margem das normas criadas e adotadas pelos próprios Estados, ela é não somente incoerente como também ilegal.

Afirma o Paraguai que o TPR seria a única instância à que poderia recorrer dentro do sistema de solução de controvérsias previsto no bojo do Mercosul, tendo em conta que ficariam as demais excluídas diante da condição de membro suspenso e os efeitos dela decorrentes que lhe cercavam, em razão das exigências procedimentais em torno de cada procedimento (TPR, 2012, § 16). Nessa situação, a negação do TPR em apreciar o caso poderia mesmo ser encarada como negação à prestação jurisdicional.

O centro do debate instaurado estaria entre dois posicionamentos: o primeiro, correspondente ao do entendimento defendido pela OEA, segundo o qual a causa se trataria de embate político entre os poderes executivo e legislativo paraguaios, cabendo a resolução exclusivamente à lei paraguaia, de acordo com sua Carta Constitucional; o segundo, consistente na opinião dos chefes de Estado dos demais Estados-parte do Mercosul, Argentina, Brasil e Uruguai, de acordo com o qual teria havido uma ruptura da ordem democrática, em razão do cerceamento de defesa do ex-presidente impedido e do desrespeito ao devido processo legal.

Dessa segunda hipótese, decorre o argumento desses países em favor da legalidade e adequação da entrada da Venezuela como membro do bloco, como ato contínuo à suspensão do Paraguai. De acordo com este entendimento, o país que não estivesse sob a égide de um governo democrático não poderia opinar em questão como aquela relativa à adesão de novos Estados ao bloco. Este ato, ao contrário, tornaria ineficaz o protocolo de Ushuaia, que traz em seu bojo o compromisso com a ordem democrática, já que estaria sendo aceita a participação no processo de governo conduzido em condições adversas.

Sustentou ainda o Paraguai que a suspensão referida não se instrumentalizou mediante norma emanada dos órgãos enunciados no Protocolo de Ouro Preto nem por meio da aplicação das fontes jurídicas enunciadas no artigo 41, do Protocolo de Ouro Preto. Questiona a legitimidade dos chefes de Estado para adotar decisões obrigatórias, tendo em vista que as Reuniões de Cúpula presidenciais não constituem nem integram os órgãos do Mercosul, de maneira que suas decisões não se ajustariam à normativa da organização (TPR, 2012, § 16).

Nessa medida, o Tratado de Assunção teria sido violado em razão do desrespeito ao requisito de unanimidade constante do seu artigo 20, n. 3, para a admissão de novos membros, tendo sido igualmente desrespeitados o artigo 40, do Protocolo de Ouro Preto, que trata da simultaneidade de vigência nos Estados-parte das normas emanadas dos órgãos do Mercosul (inciso III), e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por consequência.[2]

A legitimidade do instrumento pelo qual se operou tanto a suspensão do Paraguai como a incorporação da Venezuela ao

[2] Sob este argumento, o caso poderia ser levado a conhecimento perante a Corte Internacional de Justiça em Haia, o que, contudo, foi apenas ventilado, mas não se consumou.

bloco é questionada. De acordo com as alegações paraguaias, uma decisão presidencial não teria o condão de perfazer tais atos. As decisões objeto da demanda padeceriam de falta de motivação, carecendo, portanto, de validade jurídica, dando origem, assim, à responsabilidade internacional pelo descumprimento dos documentos do Mercosul (TA, POP e PU), bem como de outras normas e princípios de Direito Internacional.

Em sede de contestação, Brasil, Argentina e Uruguai alegam, em sede preliminar, incompetência *ratione materiae*, em razão da natureza política da decisão atacada no marco do Protocolo de Ushuaia e da natureza comercial do sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Alegam os demandados, subsidiariamente, que o Protocolo de Olivos não seria aplicável para dirimir conflitos emergentes da aplicação do Protocolo de Ushuaia. Afirmam ainda ter sido inadequada a via eleita e também a incompetência do TPR devido à falta de consentimento para o exercício da competência originária do artigo 23, do Protocolo de Olivos.

No mérito, alegaram que não há exigências específicas quanto à forma do procedimento previsto no artigo 5, do Protocolo de Ushuaia. Nada dispondo acerca do assunto, quanto a rito solene ou a demais formalidades, as medidas adotadas da forma que o foram, ou seja, por decisão presidencial e de competência dos Chefes de Estado, seriam, além de lícitas e legítimas, estritamente políticas (alegação da qual se discorda, tendo em vista a séria repercussão econômica para o país em virtude de sua suspensão do bloco), o que afastaria ainda a necessidade de realização de um processo com contraditório para que fosse proferida.

No que toca à alegada violação do artigo 20, com relação à forma da aprovação da solicitação de adesão da Venezuela e à declaração de incorporação do novo membro, afirmam os demandados que a primeira decisão, prevista no artigo 20,

do Tratado de Assunção, requereria unanimidade, que fica, contudo, prejudicada, em razão de a participação do Paraguai, na condição de suspenso, tornar ineficaz o protocolo de Ushuaia,[3] "suprindo" o requisito de unanimidade. Quanto à segunda alegação, afirma-se de caráter declaratório, dispensando, portanto, a unanimidade, que o Protocolo de Adesão da Venezuela entraria em vigor trinta dias após a data de depósito do último instrumento de ratificação dos Estados-partes *não suspensos*, de modo que o Paraguai, suspenso, não contaria para tal fim.

Caso não acolhidas as preliminares, pugnaram pela improcedência da apresentação, seja no que se refere ao pedido de cancelamento da suspensão do Paraguai, seja quanto ao pedido de suspensão dos efeitos da Declaração sobre a Incorporação da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Diante dos argumentos apresentados por ambas as partes, entende-se que não ficou suprido o requisito da unanimidade, em razão da suspensão do Estado do Paraguai. O país era o depositário do Protocolo de Adesão da Venezuela, e de sua ratificação dependia o ingresso desta no bloco. Na há que se falar em suprimento quando o texto é claro. Descabida igualmente a alegação de que seria de caráter declaratório o instrumento de incorporação, uma vez que ausente previsão deste procedimento para adesão de novos membros no corpo normativo do bloco. Nitidamente, foi feita foi uma manobra para satisfação de interesses políticos.

Ainda que não tenha admitido a análise do caso em seu mérito, o TPR avocou a consideração do pedido formulado, entendendo que a suspensão estabelecida em relação à participação de um Estado-parte nos órgãos do Mercosul não afeta seu direito de recorrer ao sistema de solução de

[3] Em razão da permissão de participação de Estado não democrático no processo de decisão (artigo 5, Protocolo de Ushuaia).

controvérsias estabelecido no Protocolo de Olivos. O Paraguai alega, em sua representação, que a gravidade das medidas adotadas na 43ª Reunião de Cúpula de Presidentes causa dano irreparável por impedirem o exercício de seus direitos soberanos e inalienáveis como Estado fundador do Mercosul (TPR, 2012, § 16).

Com base nos argumentos expostos pelas partes (e também em razão da potencial discussão política que qualquer emissão de opinião causaria), o TPR declarou-se incompetente para a apreciação do caso em razão da matéria, afirmando ausentes, por unanimidade, os requisitos exigidos à admissibilidade do procedimento excepcional de urgência regulamentado pela Decisão 23/04. Por maioria, ainda decidiu que, nas condições da demanda, era inadmissível a intervenção direta do TPR sem consentimento expresso dos demais Estados-parte, sendo, pela mesma razão, inadmissível a concessão das medidas solicitadas na demanda.

Não tendo sido examinado o mérito, muitas questões essenciais ao deslinde do feito deixaram de ser apreciadas. A definição de termos indispensáveis, tais como o conceito de *membro suspenso*, bem como o alcance desta condição para definição dos direitos e deveres mantidos ou não durante este estado, são essenciais para determinação da legitimidade da decisão de incorporação da Venezuela como membro, na mesma ocasião da suspensão. Não se fecham, contudo, as portas para apreciação da demanda por outras vias.

A resposta para essas questões ficaria para a apreciação de recursos eventualmente interpostos pelo Paraguai a tribunais internacionais, tais como a Corte Internacional de Justiça, em Haia, cuja opção foi inclusive aventada, porém até então não empreendida. A resposta não se encontra tampouco no principal modelo de integração regional fundada sobre um

tratado constitutivo semelhante, e até mais abrangente, que é o caso da União Europeia. Naquele âmbito, o procedimento que envolve a prevenção e a suspensão de um Estado-membro em caso de desrespeito aos princípios sobre os quais se funda a União nunca foi antes empregue, como visto na primeira parte deste artigo.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, poderia aportar contribuições, com relação à discussão em torno de ter ou não havido violação do Tratado de Assunção e dos Protocolos adicionais que regem o Mercosul em todo este episódio. Entretanto, o mérito, como foi dito, não foi alvo de apreciação ainda, e antes que o seja, inúmeras questões políticas deverão ser consideradas.

Nesse caso específico, ainda que tenha havido recurso por parte do Paraguai ao sistema de solução de controvérsias do bloco, este, instado a se manifestar, considerou que o procedimento excepcional de urgência solicitado pelo Paraguai não era aplicável nesse caso, em uma nítida tentativa de lavar as mãos, evitando posicionar-se acerca do ocorrido. Tal atitude é inaceitável em se tratando da mais alta instância jurídica de uma organização internacional de vocação regional. Desde que judicializada a relação, esta deve ser objeto de decisão exclusivamente pelo órgão jurídico competente, não havendo que se falar em decisão política, portanto.

A corte de revisão do Mercosul, no caso em apreço, teria o dever de se manifestar, não apenas em razão de ter a competência para tanto e de ter o dever de se manifestar acerca da legalidade dos atos praticados no âmbito do bloco, mas pelo essencial papel que desempenham os tribunais em um projeto integracionista: sua atividade não deve ser meramente revisional, pertencendo também a sua esfera à promoção do diálogo entre as cortes e os tribunais constitucionais (KEGEL, 2012).

Diante da situação, em manifestação acerca do assunto, o presidente do Uruguai, José Mujica, afirmou estar-se vivenciando uma *crise institucional* no Mercosul. Mujica reivindicou que o bloco realize mudanças de forma a reequilibrar as discrepâncias políticas e comerciais entre os Estados-parte: Uruguai, Argentina, Brasil, Paraguai (que está suspenso) e a recém-incorporada Venezuela. Afirma o presidente que "[...] [é] preciso fazer um balanço da realidade, aquele Mercosul dos anos 90, nascido em pleno neoliberalismo, mudou. Hoje, temos uma crise institucional e serão necessárias mudanças para flexibilizá-lo" (BBC Brasil, 2012, p. 1).

Em nota, o secretário-geral da OEA, José Miguel Insulza, lamentou que já tenham sido "[...] várias as ocasiões (na América Latina) que em alguns países, apegando-se ao pé da letra da lei, violam-se princípios democráticos que devem ter vigência universal" (UCHOA, 2012).

A ministra da defesa do Paraguai, María Liz García, afirmou, em vinte de agosto, que: "*[la] UNASUR, evidentemente ya no genera ninguna confianza al menos al Paraguay. Es el problema cuando se desvirtúan los principios, se traspolan los valores, se viola el principio de la autodeterminación de los pueblos*", referindo-se à sanção sofrida pelo país em razão do acordo entre os demais países em realizar o "bloqueio econômico" ao novo governo não reconhecido de Frederico Franco (LA RED 21, 2012, grifos nossos).

Sem dúvida, o principal impacto a ser sofrido pelo bloco, com relação às decisões recentemente adotadas, foi o da confirmação de que o processo de integração, após tantos contratempos, entre avanços e retrocessos, continua sendo palco de interesses particulares de alguns Estados. Nem mesmo as políticas econômicas do grupo, finalidade precípua para a qual foi constituído, convergem (FERRERES, 2012, p. 12-13).

Ao desconsiderarem o sistema jurídico que os cerca, as lideranças políticas de Argentina, Brasil e Uruguai violaram a ordem democrática, uma vez que esta se encontra estreitamente vinculada ao Estado de Direito. Portanto, resta-nos repetir a questão: haverá suspensão provisória dos demais Estados, inclusive da Venezuela e do Brasil, dado que esses países também descumpriram a ordem democrática?

Considerações Finais

Ao contrário do que se verifica na União Europeia, que instituiu um verdadeiro sistema articulado e complexo fundado sobre seus tratados para a suspensão de um Estado-membro do bloco, no caso de violação ou por ameaça de violação dos princípios fundamentais do bloco, ressaltando o caráter democrático do procedimento de suspensão de um Estado da União, o Mercosul apresenta total ausência de um mecanismo de controle da legalidade dos atos das instituições do bloco, o que reflete a desordem instaurada e explica inúmeras perguntas sem resposta. No exemplo europeu, é reconhecida a verdadeira dimensão desta decisão, cujas consequências representam profunda ingerência na esfera interna do Estado penalizado.

Há quem diga que o ocorrido no Paraguai em 2012 teria sido uma institucionalização de um golpe de Estado pela oposição paraguaia: o processo inteiro ocorrido no âmbito interno daquele Estado-parte foi realizado de acordo com as normas e com a constituição paraguaia, como observado. No entanto, uma vez aceito o Estado no bloco, não se aceita apenas seu executivo, seu legislativo, ou apenas seu judiciário, mas o conjunto. Foi aceito o modelo paraguaio de regulamentar o *impeachment* pelo legislativo, tendo sido igualmente aceitas as instituições que o conduzem.

Ainda que julgado demasiadamente célere ou mesmo injusto e, é claro, antidemocrático, o procedimento de suspensão adotado pelos líderes do Mercosul veio em hora errada e pela via errada. Teria sido de grande auxílio, neste bojo, a existência de previsão de um mecanismo como aquele instituído na União Europeia, por exemplo, que dispõe de mecanismo para prevenção da ocorrência de violação grave, e também um rigor maior para a adoção das medidas de suspensão. O modelo reflete a importância da rigidez desse procedimento que, em razão de ser puramente político, deve-se ater às exigências impostas.

O que ocorreu no Mercosul foi um retrato da sobreposição de interesses econômicos ao marco jurídico do bloco. Tentou-se manejar os Protocolos e Tratados existentes, de modo a promover a entrada da Venezuela, passando-se, assim, por cima da anuência paraguaia, única ratificação faltante do instrumento de adesão da Venezuela ao bloco (VALIM, 2012). A medida para promover seu ingresso forçado, e então satisfazer os interesses econômicos em jogo, nomeadamente em torno do petróleo venezuelano e da atração do comércio deste com o bloco, revelou-se no mínimo tortuosa, aniquilando com qualquer marco jurídico que pudesse existir no bloco. Fica claro o emprego de dois pesos e duas medidas.

O ocorrido não pode ser analisado isoladamente, no caso em apreço, tendo em vista que não envolve questões apenas jurídicas, apenas políticas ou apenas econômicas, adquirindo, ao contrário, caráter sistêmico, o que demanda uma análise também no plano racional. Assim, embora tenha havido correção sob algum prisma, seja no procedimento de suspensão do Paraguai, seja no procedimento de adesão da Venezuela, reluz a manobra realizada para satisfação de interesses que fazem cair por terra, novamente, todos os princípios sobre os quais se assenta o bloco, fundamentalmente a ordem democrática.

Do exposto, o mínimo que se pode concluir é que os atos praticados pelos Chefes de Estado do Mercosul são incompatíveis com o que se espera de um bloco regional, que tem por pressupostos a democracia e o respeito aos direitos humanos e fundamentais. É no mínimo incompreensível suspender-se um Estado-parte sob alegação de ruptura da ordem democrática, em razão de um procedimento que nem sequer vai de encontro ao documento supremo do Estado em que teve lugar, que seria a Constituição paraguaia, e a admissão de outro, cuja tradição é essencialmente antidemocrática, que prega o *anti-imperialismo* e que reconhecidamente viola direitos humanos e fundamentais em sua ordem interna.

Por esse prisma, sim, é evidente a ruptura da ordem democrática venezuelana, que, por seu turno, acaba de ingressar como membro deste agregado institucional que é o Mercosul. A impressão que fica é a de contradição, quando analisados ambos os acontecimentos em conjunto, comprometendo a credibilidade do regime. Quanto aos argumentos ventilados de que se estaria primando pela finalidade precípua do bloco, do desenvolvimento econômico e a da promoção dos interesses de seus Estados-parte, todo e qualquer ato perde sua legitimidade, já que foram simplesmente desrespeitados os fundamentos e princípios sobre os quais se apoia, evidenciando a total desconsideração do marco jurídico do bloco.

Desse modo, ainda que aceita a coesão jurídica ou a coerência do procedimento de suspensão do Estado do Paraguai com o conteúdo dos tratados e protocolos que regem o bloco, não se pode olvidar a incoerência da admissão da Venezuela ao grupo, de forma simultânea (inclusive pela mesma decisão que suspendeu o outro país), tendo em conta o seu histórico. A nítida forma de burla pelos demais chefes de Estado ganha contornos evidentes, diante da admissão da Venezuela como ato contínuo à suspensão paraguaia, e exalta a perda de legitimidade do

bloco, assim como de qualquer menção integracionista que pudesse ser invocada se apoiando sobre os pilares e princípios propostos nos tratados.

O Mercosul, já desacreditado e enfraquecido após a constatação de profundas incoerências entre discurso e atuação, destitui também agora o marco jurídico capaz ainda de sustentar o bloco. Ainda que se considere um projeto quase romântico aquele da integração mais profunda no continente latino-americano, esvaem-se agora as demais esperanças diante da quebra de um dos elos que parecia dar certo: o objetivo de consolidação e manutenção dos valores democráticos no seio do bloco.

A efetividade dessa cláusula democrática passa a ser questionável, pois, sabe-se, o valor dos documentos no Mercosul não tem o condão de se sobrepor às pressões políticas da região. Ainda que a cláusula possa ser invocada neste âmbito como mantenedora e garantidora da democracia do bloco, entende-se que sua aplicação somente será plena quando seja invocada pela sociedade paraguaia, e não apenas pelos presidentes de outros Estados-parte.

Nessa esteira, ainda que a adesão da Venezuela se perfectibilize e se regularize por esta via, analistas apontam que permanecem incontáveis duvidas acerca da capacidade de a Venezuela incorporar e implementar, dentro do prazo estimado, todas as normativas necessárias para que se torne membro pleno do bloco. Quatro anos, conforme estipulado no decreto presidencial que promulgou a adesão do país ao bloco, não são suficientes para implementar as mudanças com as quais a Venezuela já se havia comprometido em 2006, para implementação até janeiro de 2012, e que ainda não o fez desde então (TOKARNIA, 2013, p. 44).

O momento de crise institucional leva-nos a comparar este bloco com o da União Europeia, que, apesar de não ter ainda

posto em prática seu recurso de suspensão, reflete a segurança e os verdadeiros fundamentos sobre os quais deve se assentar um bloco de integração. Todo esse contexto leva-nos a questionar se não seria o Mercosul uma estrutura desgastada e desprovida de núcleo essencial, sem aptidão para prover um sustentáculo firme à persecução de seus objetivos econômicos e sociais por meio da promoção de programas de auxilio aos Estados mais necessitados.

Trata-se do momento propício para repensar a estrutura existente e buscar uma congruência, se é que ainda possível, com os verdadeiros interesses que permeiam as relações entre seus Estados-parte.

Referências

BANCO Interamericano de Desenvolvimento. *Informe MERCOSUL nº 17*. Setor de Integração e Comércio – Instituto para integração da América Latina e do Caribe. Buenos Aires: BID-INTAL, 2012.

BBC BRASIL. Notícia veiculada em 15 ago. 2012. *Para presidente do Uruguai, Mercosul está vivendo "crise constitucional"*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/08/120815_uruguai_mujica_lgb_rn.shtml>. Acesso em: 3 set. 2012.

BERNALETTE, Oscar Hernández. O tortuoso ingresso da Venezuela ao Mercosul. *Pontes* – Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, Mercosul: crise ou renovação?, Genebra, v. 8, n. 5, p. 7-10, ago. 2012. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/pontes/pontes8-5.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2013.

BONIS, Gabriel. Expulsão do Mercosul traria grande impacto ao Paraguai. *Carta Capital*. Notícia veiculada em 29 jun. 2012. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/expulsao-do-mercosul-traria-grande-impacto-ao-paraguai/>. Acesso em: 1 fev. 2013.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARTA CAPITAL. Notícia veiculada em 29 jun. 2012. *Paraguai é suspenso do Mercosul e Venezuela vira membro-pleno*. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/paraguai-e-suspenso-do-mercosul-e-venezuela-vira-membro-pleno/>. Acesso em: 1 fev. 2013.

DELUCA, Santiago. El procedimento ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. In: DEL POZO, Carlos Molina; PIZZOLO, Calogero (Coord.). *La administración de justicia em la Unión Europea y el Mercosur:* um análisis para su fortalecimento. Eudeba: Buenos Aires, 2011.

FERRERES, Orlando. Mercosul: todos os benefícios para o Brasil. *Pontes* – Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, Mercosul: crise ou renovação?, Genebra, v. 8, n. 5, p. 11-13, 2012. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/pontes/pontes8-5.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2013.

KEGEL, Patrícia. A interconexão dos sistemas jurídicos através dos Direitos Humanos e a posição das Constituições Nacionais. *Congresso internacional:* As integrações regionais e os indivíduos. 3 e 4 de dezembro de 2012. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Democracia e integración regional: el caso del Mercosur. In: BOGDANDY, Armin Von; ARROYO, César Landa; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Ed.). *Integración suramericana a través del Derecho?* Un análisis interdisciplinario y multifocal. 197, Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Max Planck Institut, 2009. p. 339-354.

JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. La adhésion de nuevos miembros al Mercosur: una cuestión fundamental para la evolución de la organización. In: FLAESCH-MOUGIN, Catherine; LEBULLENGER, Joël. *Regards croisés sur les intégrations régionales:* Europe, Amériques, Afrique – Collection Rencontres Européens. Bruxelles: Bruylant, 2010, p. 53-88.

LA RED 21. *Paraguay al Mercosur:* "tenemos que prepararnos para la guerra". Disponível em: <http://www.lr21.com.uy/mundo/1054973-paraguay-al-mercosur-%E2%80%9Ctenemos-que-prepararnos-para-la-guerra%E2%80%9D>. Acesso em: 3 set. 2012.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. A adesão da Venezuela ao Mercosul e a suspensão do Paraguai: considerações sobre um pragmatismo burlesco. *Pontes* – Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, Mercosul: crise ou renovação?, Genebra, v. 8, n. 5. p. 4-6, 2012. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/pontes/pontes8-5.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2013.

MERCOSUL. *Declaração Presidencial da Segunda Cúpula Presidencial do Mercosul*. Mendoza, 2012. Disponível em: <www.mercosul.gov.br>. Acesso em: 1 fev. 2013.

_____. *Decisión sobre la suspensión del Paraguay em el Mercosur em Aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democratico*. Mendoza, 29 jun. 2012.

_____. *Tratado de Assunção*. 26.3.1991. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>. Acesso em: 3 set. 2012.

_____. *Protocolo de Ouro Preto*. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>. Acesso em: 3 set. 2012.

_____. *Protocolo de Olivos*. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-olivos>. Acesso em: 3 set. 2012.

_____. *Protocolo de Ushuaia*. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ushuaia-1/>. Acesso em: 3 set. 2012.

_____. *Comunicado Conjunto dos Presidentes dos Estados-parte do Mercosul, emitido na XLII Reunião Ordinária do CMC*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4368&site=1&channel=secretaria>. Acesso em: 1 fev. 2013

_____. *MERCOSUR/CMC/DEC. n. 23/04:* Procedimiento para Atender Casos Excepcionales de Urgencia art. 24 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur. Disponível em: <www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec2304s.asp>.

STURARO, George Wilson dos Santos; MATSUNO DA FROTA, André Francisco. A suspensão do Paraguai e a entrada da Venezuela: implicações para o regime de defesa coletiva da democracia do Mercosul. *Revista Conjuntura Austral*, v. 3, n. 13, p. 45-53, ago./set. 2012.

TOKARNIA, Mariana. Especialista diz que Venezuela terá dificuldade para ser membro pleno do Mercosul. In: SECRETARIA BRASILEIRA NO PARLAMENTO DO MERCOSUL (PARLASUR). *Cúpula de Presidentes do Mercosul* – Notícias, Documentos e Resultados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/arquivos/cupula-de-presidentes--do-mercosul-2012-noticias-documentos-e-resultados>. Acesso em: 1 fev. 2013.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. *Laudo nº 01/2012*. Laudo do tribunal permanente de revisão no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (Mercosul) e à incorporação da Venezuela como membro pleno. Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo_01_2012_pt.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2013.

UCHOA, Pablo. *Sem consenso e descolada do Mercosul, OEA volta a discutir Paraguai*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/06/120623_oea_paraguai_pu.shtml>. Acesso em: 3 set. 2012.

VALIM, Rodrigo. A influência da integração regional na defesa dos Direitos Humanos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL: AS INTEGRAÇÕES REGIONAIS E OS INDIVÍDUOS, 2012, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: UFRGS, 2012.

Submissão: 10/06/2013
Aceito para Publicação: 14/08/2013

O Consentimento Informado e sua Dinâmica na Relação Médico-Paciente: Natureza Jurídica, Estrutura e Crise

The Informed Consent and its Dynamics in the Doctor-Patient Relationship: Legal Nature, Structure and Crisis

Silvio Romero Beltrão*

Resumo: O presente trabalho tem o caráter interdisciplinar e pretende analisar a dinâmica do consentimento informado, além de sua estrutura jurídica formal, apresentando inicialmente a existência de conflitos entre a autonomia do paciente e o dever do médico, diante da existência de uma crise que dificulta a aplicação precisa do consentimento informado na prática. O presente estudo foi concebido com base na doutrina portuguesa e brasileira, tendo como ponto de partida a análise da natureza jurídica da relação médico-paciente, para em seguida verificar a valoração da autonomia da vontade do paciente como estrutura nuclear da relação jurídica médico-paciente. Define o consentimento informado e sua estrutura e demonstra que o mesmo se encontra em crise. Expõe os requisitos do consentimento informado e aponta ao fim à necessidade do estudo dos diversos fatores que influenciam a correta aplicação do consentimento informado.

Palavras-chave: Consentimento Informado. Médico-Paciente. Vontade. Estudos Comparativos Brasil-Portugal.

---

* Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Abstract: This paper has an interdisciplinary character and intends to analyze the dynamics of informed consent, beyond its formal legal structure, initially presenting the existence of conflicts between the patient autonomy and the duty of the doctor, in face of the existence of a crisis that hampers the precise application of the informed consent in practice. The present study was designed based on Portuguese and Brazilian doctrine, having as its starting point the analysis of the legal nature of the doctor-patient relationship, in order to then verify the valuation of the patient's autonomy of the will as core structure of the doctor-patient legal relationship. It is defined the informed consent and its structure and it is demonstrated that such institute is in crisis. It is outlined the requirements of informed consent and points to, finally, for the need to study the various factors that influence the correct application of informed consent.

Keywords: Informed Consent. Doctor-Patient. Will. Brazil-Portugal Comparative Studies.

Introdução

Este artigo tenciona examinar o consentimento informado do paciente a partir da estrutura dos fatos jurídicos, conforme a disciplina da Teoria Geral do Direito Civil, considerando a manifestação de vontade do paciente requisito essencial à validade da prestação do serviço médico.

O interesse pela matéria relativa ao consentimento informado do paciente é próprio das recentes publicações do Código de Ética Médica no Brasil (2009) e do Código Deontológico em Portugal (2008), sendo o seu estudo ainda pouco explorado no Brasil, o que merece especial atenção neste artigo, com o estudo baseado na doutrina desses dois países.

O Consentimento Informado apesar de reconhecido por aqueles que realizam a prestação dos serviços médicos

é ainda pouco exercitado, podendo de início ser declarado que o mesmo já nasceu em crise, o que dificulta a sua precisa aplicação na prática.

A escolha do tema para a investigação neste artigo envolve assim a necessidade de esclarecer que a dinâmica do consentimento informado na relação médico-paciente não deve ser estudada restritivamente pelo médico, no campo da prática diária da medicina.

As expectativas sociais decorrentes da relação médico-paciente são fenômenos normatizados e merecem o estudo do Direito, diante da necessidade da sociedade de estabelecer uma ordem que possa regular o comportamento nas relações que envolvam a prestação do serviço médico.

Apresentadas essas premissas, o estudo terá início com a demonstração de que a relação médico-paciente é um fenômeno jurídico, apresentando então a sua natureza jurídica, para em seguida demonstrar a valoração da vontade do paciente como elemento estruturante da prestação do serviço médico, com a definição do consentimento informado e seus requisitos, não deixando de apresentar uma análise crítica quanto à sua aplicação na prática, a justificar a declaração de que o consentimento informado se encontra em crise.

Assim, o presente artigo pretende estudar os diversos escritos relativos a consentimento informado, envolvendo a doutrina brasileira e portuguesa, para ao fim definir a prestação do serviço médico como um fenômeno jurídico, aprofundando o conhecimento e os contornos que revestem a problemática do tema, tendo como ponto de partida a definição de sua natureza jurídica, indo até a avaliação dos seus requisitos legais e a configuração da dificuldade prática do exercício da vontade pelo paciente.

1 O Fenômeno Jurídico na Relação Médico-Paciente

As relações entre médico e paciente não escapam do seu enquadramento como fenômeno jurídico normatizado, materializando-se pelas teorias que regulam a sua existência, validade e eficácia, diante da necessidade da sociedade de estabelecer uma ordem que possa regular o comportamento do médico e do paciente, um com ou outro.[1]

O comportamento do médico diante do paciente é tipificado por normas que determinam o seu agir e configuram suas responsabilidades, seus deveres, suas faculdades e seus poderes.[2]

Apesar de o tratamento médico sofrer a influência de fatores que envolvem a saúde do paciente, com diversas variáveis que podem alterar o tratamento, caso a caso, a expectativa social é a de que as ações e reações do médico sigam uma conduta previamente pensada, de modo que se estabeleça uma ordem, um procedimento expectado quanto a este comportamento.

Era assim desde Hipócrates[3], o que atualmente é representado pelo Código de Ética Médica no Brasil, pela Resolução

---

[1] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

[2] Ibid. p. 104.

[3] "Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panaceia, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo

CFM no. 1.931/2009 e em Portugal, pelo Código Deontológico de 26 de setembro de 2008.

A estruturação de normas relativas ao comportamento do médico obriga que a análise da relação médico-paciente não seja simplesmente do ponto de vista da medicina, mas também do ponto de vista do direito e das demais disciplinas envolvidas.

Partindo do princípio de que as relações sociais são conflituosas, o direito surge tanto para regular tais relações impondo uma ordem, um comportamento, como para imputar responsabilidades àqueles que descumpram esta ordem pré-estabelecida, impondo sanções.

O estudo das relações entre médico e paciente deve ser realizado em seu sentido plural, uma vez que o estudo isolado da pessoa não produz relações jurídicas e não interessa ao direito.

Nesse sentido, os atos médicos, bem como todos os atos praticados na área da saúde envolvem uma relação entre pessoas, em que de um lado se encontra a pessoa do paciente em busca de tratamento médico, para prover seu bem-estar físico, mental e social e do outro lado existe um profissional da saúde, em quem repousa todas as expectativas do paciente.

A dinâmica da relação médico-paciente não foge da apreciação do direito.

sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça." JURAMENTO de Hipócrates. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 9 set. 2014.

2 Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente

A primeira questão que suscita o estudo da relação médico-paciente no âmbito do direito é saber qual a sua natureza jurídica. Ou seja, em qual modelo jurídico a relação médico-paciente se inclui.

Perguntar a natureza jurídica é saber em que categoria se enquadra o tipo estudado dentro dos diversos institutos jurídicos. Contudo, quando fala-se da natureza jurídica da relação médico-paciente esta resposta não é assim tão fácil.

Inicialmente, o entendimento de parte da doutrina e dos tribunais brasileiros é o de reconhecer na relação médico-paciente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Apesar da existência de decisões dos tribunais[4] apontando a relação médico-paciente como uma relação de consumo, o que se pode verificar por estes mesmos julgados é que esta regra não é geral, em face da diversidade dos serviços fornecidos pelo médico, que ora se encaixam como uma verdadeira relação de consumo, e que ora se apresentam como um contrato atípico que envolve uma relação personalíssima.[5]

Por sua vez, a doutrina majoritária portuguesa tem o entendimento de que a relação médico-paciente tem a natureza

---

[4] INDENIZAÇÃO - TRATAMENTO MÉDICO - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - NÃO CABE AO PACIENTE DEMONSTRAR AUSÊNCIA DE QUALIDADE DO ATENDIMENTO. AO HOSPITAL E AO MÉDICO CABEM A DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS FORAM CORRETOS E QUE O RESULTADO, MESMO ASSIM, NÃO PODE SER EVITADO. (Apelação Cível Nº 595157199, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 24/09/1996) (TJ-RS - AC: 595157199 RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Data de Julgamento: 24/09/1996, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia.)

[5] "Parece-nos claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, seja ele considerado consumidor dos serviços oferecidos por este profissional" (DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 163).

jurídica correspondente a de um contrato cível, regulado pelo Código Civil Português.[6]

O Professor Pedro Romano Martinez, a respeito da doutrina portuguesa, acentua que a relação jurídica entre médico e paciente é de ordem obrigacional, podendo, caso a caso, ter origem em um contrato de prestação de serviços, em um negócio jurídico unilateral ou em uma atuação em gestão de negócios.[7]

Por outro lado, André Gonçalo Dias Pereira entende que existem situações em que não é possível enquadrar o tipo de relação médico-paciente como contratual, diante da inexistência própria de contrato, citando os casos de um incapaz, sem representantes legais, nos contratos nulos, como é o exemplo da prestação de serviços de aborto e nos atendimentos realizados nos hospitais públicos.[8]

[6] "Perante a Falta de Tipicidade legal, podemos ensaiar uma apresentação sumária do conteúdo desse contrato. Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil (nunca é um acto de comércio), celebrado instituiu personae e é um contrato de consumo e, portanto, merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores." (DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 36).

[7] "Entre o paciente e o médico ou o hospital pode ter sido celebrado um contrato de prestação de serviços, sendo esta a situação jurídica mais comum. E, para efeito da indemnização por responsabilidade civil, é irrelevante o tipo e vínculo existente entre o hospital e o médico, pois aquele responde nos termos do art. 800º. nº 1 do CC. Tendo sido celebrado um contrato de prestação de serviços com o médico (hospital) aplicam-se as regras gerais dos contratos (art. 405º. do CC), o regime especial do contrato de mandato (art. 1156º. CC) e as regras de responsabilidade civil obrigacional (art. 798º. et seq do CC). A relação obrigacional entre médico (ou o hospital) e o paciente pode também decorrer de um negócio jurídico unilateral ou de uma actuação em gestão de negócios." MARTINEZ, Pedro Romano. Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico. In: DUARTE, Rui Pinto; FREITAS, José Lebre de; CRISTAS, Assunção; ALMEIDA, Marta Tavares de; NEVES, Vítor Pereira das (Orgs.). (*Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. v. II. Coimbra: Almedina, 2011, p. 485).

[8] DIAS PEREIRA, op. cit., p. 40.

Nesse sentido, André Gonçalo Dias Pereira alimenta a controvérsia quanto às diferentes experiências do direito comparado e o Direito Português, acentuando que no Direito Português a relação paciente e hospital público seria da prestação de um serviço público, e não de um contrato.[9]

No Brasil, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira entende que a doutrina e a jurisprudência tem se inclinado para a determinação da natureza jurídica da relação entre o médico e o paciente como contratual, a partir da ideia de um negócio jurídico por meio do qual as partes estabelecem os efeitos que pretendem produzir a partir de suas declarações de vontade. Contudo, não exclui a hipótese de que em alguns casos e circunstâncias, a natureza jurídica da relação médico-paciente pode não ser contratual, aí incluindo os serviços de saúde pública.[10]

Ora, toda a discussão a respeito da natureza jurídica da relação médico-paciente envolve o interesse de investigar de que forma deve ser classificada a responsabilidade civil do médico. Trata-se de uma responsabilidade civil contratual, decorrente de uma relação de contrato, ou se uma responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática de um ato ilícito?

O estudo da natureza jurídica da relação médico-paciente é importante para o direito na medida em que é possível determinar em que tipo esta relação se encaixa, a fim de possibilitar a

[9] "Por outro lado, nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes normalmente escolhem os médicos. Os médicos trabalham em condições, com instrumentos e com pessoal auxiliar que não selecionaram. Por outro lado, o utente não está obrigado a qualquer contraprestação, à exceção do pagamento de uma taxa." Ibid. p. 45 et seq.

[10] "É da essência da relação médico-paciente, portanto, o caráter contratual, mas em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não decorrer de vínculo contratual direto entre o médico e o paciente. É o caso do médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, relação regulada pelo direito administrativo, ou do médico empregado, que trabalha em clínica, hospital privado, ou credenciado por plano de saúde." (LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi. *Relação Médico-Paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16).

aplicação correta de seus preceitos, em especial a determinação do prazo prescricional, das obrigações decorrentes do conteúdo do contrato ou do serviço, bem como o ônus da prova.

Todavia, o que se pretende demonstrar é que independentemente da classificação da relação jurídica médico-paciente como contratual ou extracontratual, é imposto ao médico deveres os quais em todas essas situações, quer no tratamento em clínica particular, quer no tratamento em hospital público, o mesmo é obrigado a adotar.

Como o presente trabalho pretende investigar a valoração da vontade do paciente, levando-se em consideração a norma jurídica, nota-se que tal obrigação de informar não vai ser diferente na hipótese de um tratamento em uma clínica particular ou em um atendimento em hospital público. No caso do hospital público, como o elemento confiança é bem menor do que na relação entre um paciente e um médico por ele eleito, maior deve ser a atenção do médico em propiciar ao paciente as informações necessárias para um consentimento livre e esclarecido.

Assim, em suas diferentes formas de se relacionar, o médico tem deveres gerais com o paciente que não serão fruto do tipo em que se encontra classificado, se contratual ou extracontratual, mas deveres oriundos do exercício próprio da profissão, a qual não irá diferenciar do tipo de médico, nem mesmo da natureza jurídica existente.

Dessa forma, o contrato particular será simplesmente o instrumento da relação jurídica, sendo a pessoa o elemento mais importante a ser considerado, pois o objeto da prestação de serviços médicos é a integridade física, a saúde e a vida da pessoa humana.[11]

[11] "O contrato de serviços médicos é instrumental para a realização de determinados interesses existências, pois tem como objetivo a saúde, a integridade psicofísica, a

A importância da discussão da natureza jurídica médico-paciente permite demonstrar que o médico não está isolado em sua relação com o paciente, detentor de poderes ilimitados da vida ou da morte, o médico é sujeito de obrigações, independentemente do contexto em que o mesmo esteja situado, e que o interesse maior tutelado é a dignidade da pessoa humana, em todas as suas formas de projeção.

Para além do enquadramento jurídico da relação médico-paciente, o procedimento e a atuação do médico obedecem a uma função social, com o Estado impondo normas que devem ser observadas como regras e limites ao exercício da profissão.

Para tanto, no Brasil, existe o Código de Ética Médica, e em Portugal, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Além das normas éticas constantes nos códigos médicos, estão os médicos ainda subordinados às normas de direito constitucional, de direito civil, de direito penal, entre outras, as quais regulam o exercício de sua profissão e tutelam interesses da pessoa humana.[12]

Diante disso, focando no tema do presente trabalho, tanto o Código de Ética Médica do Brasil como o Código Deontológico

dignidade do paciente. Por isso, sua análise não pode estar adstrita aos aspectos patrimoniais, pois envolvem direitos da personalidade, o poder de disposição sobre situações existenciais, merecendo regime especial, por meio do qual se garantirá a igualdade substancial entre as partes contratantes, a preservação da dignidade da pessoa humana." (LEMOS PEREIRA, op. cit., p. 19).

[12] "Independentemente da exacta identificação da fonte de onde deriva a legitimidade dessas normas, o resultado é, acompanhando Guilherme de Oliveira, que 'as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária' e que a 'aplicação directa das normas deontológicas, pelos órgãos estatutariamente competentes , não deixa de exigir um controlo pelas instâncias judiciárias normais, na medida em que implica limitações de direitos civil, como o do exercício da profissão' Por outo lado, estas normas permitem 'preencher o conteúdo das normas que estabelecem os deveres do médico." (DIAS PEREIRA, op. cit., p. 102).

da Ordem Médica de Portugal valorizaram a pessoa do paciente, e a manifestação de sua vontade durante o tratamento médico instituindo um capítulo especial regulando as relações entre o médico, o paciente e seus familiares.

> Código Deontológico da Ordem Médica - Portugal
> Artigo 45.
> (Consentimento do doente)
> 1. Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais.
> 2. Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se.
> 3. O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.
>
> Código de Ética Médica - Brasil
> É vedado ao médico:
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

O Estudo da vontade do paciente diante da dinâmica do consentimento informado, nas diversas situações e circunstâncias que envolvem o convívio social, é o objeto do presente trabalho, partindo da noção de autonomia da vontade e dos requisitos para a sua manifestação.

3 A Valoração da Vontade do Paciente como Elemento Estruturante da Relação Jurídica Médico-Paciente

A partir da ideia de que a natureza jurídica da relação médico-paciente é de um negócio jurídico, que pode se expressar pela forma contratual, por uma declaração unilateral de

vontade ou pela gestão de negócios, a vontade da pessoa passa a ser o núcleo essencial deste negócio jurídico.[13-14]

A relação médico-paciente necessita da convergência da atuação da vontade das partes e do ordenamento jurídico para que o negócio jurídico seja válido e produza efeitos.[15]

Quando a vontade declarada pelo paciente se forma sobre uma motivação conforme a realidade e a liberdade, os efeitos jurídicos contidos na declaração serão válidos, pois representam a valoração da sua autonomia. Contudo, pode o paciente por causas diversas expressar uma vontade que não corresponda a sua vontade real, provocando uma divergência que pode influenciar na validade do negócio jurídico envolvendo o médico e o paciente.[16]

Por isso que a compreensão da vontade do paciente é importante para a validade do tratamento médico. O paciente está tomado pela dor, pelo medo, pelo sofrimento, pelas várias circunstâncias que envolvem o tratamento médico, os quais podem ter influência na construção da sua vontade, tendo relevância e importância as informações que receba do médico e os seus valores existenciais, para que o mesmo possa formar a sua convicção.[17]

[13] "O conteúdo do negócio jurídico é a regulação que nele é posta em vigor, no âmbito da autonomia privada" (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 417).

[14] MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 413.

[15] DIAS PEREIRA, op. cit., p. 480.

[16] MOTA PINTO, op. cit., p. 458.

[17] "Os problemas decisivos para o efeito de determinar o conceito de declaração negocial – corresponde aos dados do sistema – são o da divergência entre a vontade e a declaração, o dos vícios da vontade, o da interpretação da declaração negocial, etc." (Ibid., p. 414).

Assim, a relação médico-paciente não foge ao sistema da declaração negocial constitutivos do negócio jurídico, em que normalmente se destacam a declaração propriamente dita, como elemento externo e a vontade, como elemento interno.[18]

Dessa forma, a vontade interior como pressuposto do negócio jurídico deve ser exteriorizada por meio de sua declaração, de modo que o mundo exterior possa reconhecê-la.

A doutrina preocupa-se com o estudo da vontade a partir dessas duas perspectivas, pois é aspecto importante para a determinação da eficácia da declaração negocial na relação médico-paciente.

A construção da vontade dentro da perspectiva psíquica impõe ao paciente uma deliberação[19], uma análise interior, de acordo com as informações que venha a receber do médico e as circunstâncias que envolvem o tratamento médico e dependerá, para a sua validade e eficácia, que a declaração exteriorizada esteja em consonância com o íntimo querer da pessoa, e que não se traduza, em face das circunstâncias, em uma falsa noção da realidade.

Por isso que não se deve afastar o fato de que o paciente, para manifestar a sua vontade recebe, desde logo, os estímulos provocados pelos sintomas do mal que lhe atingem, as aflições, as dores, os sofrimentos, os quais integram as circunstâncias em que a sua vontade é expressa.

E mesmo ainda estando sujeito a esses estímulos exteriores, o paciente deve receber do médico as informações necessárias

[18] Ibid. p. 419.

[19] "No campo puramente psíquico distinguem-se três momentos: o da solicitação, o da deliberação e o da ação. Primeiramente os centros cerebrais recebem o estímulo do meio exterior; em seguida, mais ou menos rapidamente, ponderam nas conveniências e resolvem como proceder; e finalmente reage a vontade à solicitação." (DIAS PEREIRA, op. cit., p. 481).

para compreender a doença e os sintomas que lhe afligem, bem como a forma ou as formas de tratamento daquela doença, e o prognóstico de sucesso e cura.

Diante desses estímulos exteriores, do qual tem relevância as informações prestadas pelo médico, as circunstâncias do tratamento, as dores, o sofrimento, a cultura e os valores que a pessoa possua, o paciente fará sua deliberação, ponderando o que imagina ser melhor para si naquele momento, para ao final elaborar a sua vontade.

Elaborada a vontade, surge o terceiro momento, em que esta mesma vontade é manifestada para o exterior, sendo reconhecida pelo médico.

Ora, a validade e a eficácia da declaração do paciente irão depender de diversos fatores, se o paciente tem a exata noção da realidade dos fatos, se foi devidamente informado, se é capaz, e se as dores não tenham viciado a sua vontade, estando a exteriorização de sua vontade em sintonia com a vontade interior.

Contudo, caso o médico não tenha prestado as informações necessárias, e ainda se o paciente não tiver capacidade de compreender os detalhes do tratamento, de modo que possa influenciar a sua capacidade para decidir, perdendo a exata noção da realidade, a manifestação de vontade exteriorizada por essa pessoa poderá não ser válida, nem eficaz.[20]

É certo que em um tratamento médico não se deve excluir a possibilidade de dor, de sofrimento, de medo, bem como a compreensão de que a liberdade e o discernimento não são

[20] "O negócio jurídico apresenta-se como uma manifestação da autonomia privada; nessa medida, ele deve corresponder à vontade autónoma das pessoas ou mais não será do que um simulacro de autonomia: o Direito – sendo, como é, uma Ciência – não pode assentar em equívocos ou em ficções." (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 542).

absolutos, nem mesmo perfeitos e ilimitados, devendo a declaração ser analisada a partir do conceito médio de uma pessoa normal, diante dessas mesmas circunstâncias.[21]

Para a validade da manifestação da vontade, deve-se acrescentar ao sentido declarado pelo paciente, todas as circunstâncias que envolvem o seu tratamento, como forma de auxiliar a correta compreensão de sua vontade e como elemento essencial para a busca do seu desejo interior.

A busca pela vontade interior, de modo a tentar chegar a uma vontade mais próxima da realidade interna, depende das circunstâncias que determinaram a manifestação da vontade do paciente para a realização do tratamento, pois passa a ter importância os seus valores e a sua cultura, o seu estado de hipossuficiente em relação ao médico, entre outras circunstâncias possíveis.

É evidente que a estrutura do negócio jurídico na relação médico-paciente difere da estrutura de uma relação obrigacional patrimonialista, haja vista que o objeto específico da obrigação envolve interesses da personalidade como o corpo, a saúde e a vida do paciente, valores estes que superam os bens patrimoniais, determinando uma função social específica para os contratos de saúde, com regras próprias para a relação médico-paciente.

[21] "O negócio jurídico, como acto de autonomia privada e como acção que gera e põe em vigor uma regulamentação interprivada, com o seu carácter criador de direito, supõe e exige de parte dos seus autores liberdade e discernimento. Não existem, porém, liberdade e discernimento que sejam absolutos, que sejam perfeitos e ilimitados. A autonomia privada contenta-se com a liberdade e o discernimento normais, isto é, que são próprios das pessoas normais, das pessoas comuns. Para celebrar um negócio jurídico não é, por isso, necessário estar completamente livre de constrangimentos. A própria vida em sociedade, com as suas circunstâncias, o contacto social e o contacto com a natureza, constrangem e limitam a liberdade das pessoas." (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 491).

Assim, a valoração da vontade do paciente integra uma lógica de respeito ao desenvolvimento de sua autonomia pessoal, seu corpo, sua saúde, sua vida, valores estes fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, que alteram a função do negócio jurídico médico-paciente em relação ao negócio jurídico patrimonial.[22-23]

Dessa forma, a busca pela vontade interior do paciente deve ser uma obstinação do médico, pois as suas expectativas em relação ao seu bem-estar envolvem, entre outros aspectos, os seus valores, a sua cultura, os seus sentimentos, de modo que o respeito à vontade do paciente interessa a garantia do livre desenvolvimento da personalidade[24] deste mesmo paciente.

4 O Consentimento Informado

Quando o Código de Ética médica determina a necessidade de se obter o consentimento informado, estabelece que todo paciente tem o direito de decidir livremente, depois de

[22] "O negócio jurídico que se mantenha sem vontade real não é já um verdadeiro negócio mas, antes, uma manifestação de confiança tutelada; tal tutela exige, desde logo, toda uma série de dispositivos legais que a facultem e que não se confundem com a autonomia privada." (CORDEIRO, op. cit., p. 542).

[23] "A autonomia privada, no exercício do direito de personalidade tem dois aspectos principais: o da iniciativa na defesa da personalidade e a da autovinculação à sua limitação ou compressão. No primeiro dos referidos aspectos, o titular é livre de exercer o seu direito ou de se abster de o fazer. Num caso de ofensa corporal, a vítima pode abster-se de se defender e até de recorrer aos meios públicos de defesa (polícia, tribunais), pode, por exemplo, 'dar a outra face'. É livre de escolher a sua atitude perante a ofensa. Esta liberdade é reveladora da autonomia do titular que pode decidir, só por si e livremente, sobre o exercício do direito, sem estar vinculado heteronomamente. Num outro exemplo, o doente pode não querer ser tratado." (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 153).

[24] VASCONCELOS, op. cit., p. 74.

devidamente informado, entre as diversas opções clínicas a que pode se submeter, podendo, inclusive, optar pela recusa ao tratamento.[25]

O consentimento informado deve ser obtido em todo o tipo de intervenção médica, sempre de forma proporcional à capacidade de compreensão do paciente, por isso a importância da informação a ser prestada pelo médico, de modo que o paciente possa compreender e medir a dimensão do tratamento, a sua necessidade e utilidade, para que ao final tenha condições de manifestar a sua vontade.[26-27]

O consentimento informado é assim a expressão da autonomia da vontade do paciente, seguro de seus propósitos, diante dos esclarecimentos apresentados pelo médico.[28]

---

[25] RIESTRA, Sergio Gallego. *El Derecho del Paciente a la Autonomia Personal y las Instruciones Previas:* uma Nueva Realidad Legal. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 112.

[26] "Alejándose del término 'información completa', se refería a ella como información adecuada sobre la finalidad y naturaliza de la intervención y en su Informe Explicativo se indica que debe ser suficientemente clara y formulada de una manera adecuada a la persona que va a someterse a la intervención, de forma que el paciente este en condiciones, gracias al empleo de términos que pueda entender, de sopesar la necesidad o utilidad e del fin y los métodos de la intervención frente a los riesgos, cargas o dolor que ésta supone." (RIESTRA, op. cit., p. 112).

[27] "O esclarecimento não pode ter um caráter estritamente técnico em torno de detalhes de uma enfermidade ou de uma conduta. A linguagem própria dos técnicos deve ser decodificada para o leigo, se não ele tende a interpretações duvidosas e temerárias. É correto dizer ao doente não só os resultados normais, senão ainda os riscos que determinada intervenção pode trazer, sem, contudo, a minuciosidade dos detalhes mais excepcionais. É certo que o prognóstico mais grave pode ser perfeitamente analisado e omitido em cada caso, embora não o seja à família." (FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 21).

[28] "Num segundo grupo, a culpa in contrahendo prevê deveres de esclarecimento a cargo das partes em negociações. A conclusão de um contrato na base de falsas indicações, de informação deficiente ou, até, de ameaças ilícitas, independentemente da aplicabilidade do regime próprio dos vícios na formação da vontade, implica o dever de indemnizar, por culpa na formação dos contratos. Este dever de esclarecimento tem intensidade particular quando um contratante surja, perante outro, como carecido de proteção especial." (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 549).

O consentimento informado envolve dois momentos especiais:

a) o primeiro momento, em que a informação é concedida com clareza suficiente para que possibilite a correta compreensão.[29]

b) e o segundo momento, em que, em razão da reflexão do conhecimento adquirido, há a manifestação livre da vontade.

A razão do consentimento informado será, assim, a de compensar o desnível de informação existente entre o médico e o paciente, desempenhando relevo fundamental à existência de uma especial necessidade de proteção do paciente, resultante do mesmo não ser capaz de divisar seus próprios interesses, impossibilitado de discutir os termos gerais do tratamento médico, sem uma correta informação.

Ora, tratando-se de uma intervenção médica, a necessidade de um consentimento livre e inequívoco decorre do princípio da inviolabilidade do corpo[30] e do princípio da autonomia da vontade, como a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida privada.

Segundo as lições de Marco Segre e Claudio Cohen, a compreensão de autonomia na relação médico-paciente entende que ambos devem ser competentes e, portanto, livres para

[29] "Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. O campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços, utilizáveis como exemplares." (CORDEIRO, op. cit., p. 605).

[30] LEITE, op. cit., p. 31.

poderem avaliar as opções possíveis, permitindo uma escolha consciente e consequente.[31]

Nesse sentido, a autonomia é um conceito que está ligado à escolha reflexiva individual.

Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condições de agir de maneira suficientemente autônoma. As pessoas incapazes, ignorantes, débeis, crianças, dependentes de drogas, não estão em condições de manifestar de forma livre e refletida a sua vontade.

Inicialmente, antes que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável, segundo seu próprio plano de vida ou projeto familiar, deve o mesmo ser informado das possibilidades médicas de intervenção, suas recomendações, além da visão do próprio médico e como as recomendações afetam os valores do seu paciente.

Segundo o Relatório da Entidade Reguladora de Saúde de Portugal a respeito de consentimento informado, publicado em maio de 2009, o consentimento teria os seguintes pressupostos:[32]

a) O consentimento informado para tratamentos médicos, participação de doentes em ensaios clínicos e projectos de investigação e participação de doentes em acções de formação pré-graduada e pós-graduada é um requisito ético e jurídico fundamental.

---

[31] "Para que uma ação possa considerar-se autônoma, poderíamos exigir uma substancial satisfação dessas condições, um completo ou quase completo entendimento da situação e/ou uma completa ausência de influência. Levando essas questões a um último grau, e colocando-as num mundo prático, observaremos o quão serão as ações pessoais autônomas, até mesmo nunca o sendo. O objeto realista é, apenas, que uma decisão consequente seja substancialmente autônoma." (SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. *Bioética*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p. 88).

[32] ENTIDADE Reguladora de Saúde – Consentimento informado – Relatório final. Disponível em: <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014.

b) O consentimento informado é uma manifestação de respeito pelo doente enquanto ser humano. Reflecte, em particular, o direito moral do doente à integridade corporal e à participação nas decisões conducentes à manutenção da sua saúde.

c) O consentimento informado assegura não só a protecção do doente contra a sujeição a tratamentos não desejados, como uma participação activa na definição dos cuidados de saúde a que é sujeito.

d) Para um consentimento informado de qualidade, a comunicação eficaz é fundamental e as instituições devem instaurar mecanismos que a assegurem, não só entre o médico e o doente como também entre os diversos profissionais.

e) O consentimento informado deve ser encarado como um processo contínuo e participado, e não como uma mera assinatura de formulários.

f) O consentimento informado não pode, em circunstância alguma, conflituar com os princípios éticos que regulam a prática médica, e não constitui justificação para que os clínicos deles abdiquem.

g) As situações em que o consentimento não é possível devem estar tipificadas e devem ser assumidas pelas instituições como situações de excepção, devidamente justificadas.

h) Os princípios éticos do consentimento informado não podem, em qualquer circunstância, sobrepor-se às leis gerais do País.

Assim, o consentimento informado, além de um requisito ético fundamental, o qual deve o médico respeitar, é um direito

do paciente, em face do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em defesa de seus interesses próprios na proteção da vida e da integridade física.

5 A Crise do Consentimento Informado

Do estudo do consentimento informado, é possível dizer que ele já nasceu em crise. Ou, até mesmo, dentro de outra forma de pensar, apesar dos fundamentos éticos do consentimento informado ser antigo, o seu conceito ainda é bastante jovem e impreciso.[33]

O ideal ético do consentimento informado, segundo Lewis Vaughn, tem tido bastante dificuldade para ser definido com precisão e aplicado aos casos concretos da vida real, bem como para incorporar e dar efetividade às leis e às políticas públicas, existindo ainda muitas dúvidas entre os profissionais da saúde e dos pacientes quanto à sua verdadeira importância e influência[34].

A concepção paternalista do médico em relação ao paciente e o seu adequado tratamento faz com que a vontade do médico prevaleça, por se sentir superior e especial. Superior em razão de deter o conhecimento científico relativo ao tratamento médico e especial por estar muitas vezes diante de uma complexidade técnica, que regula o próprio tratamento médico, o qual diminui os espaços para a livre manifestação da vontade.

Segundo David Rodrigues-Arias, os hábitos revelam-se mais difíceis de serem mudados do que as próprias leis, pelo menos isso pode ser dito em relação ao consentimento informado,

[33] VAUGHN, Lewis. *Bioethics*. Principles, Issues, and Cases. New York: Oxford University Press, 2013, p. 181.

[34] Ibid., p. 180.

vez que atualmente apenas uma minoria dos pacientes exerce o seu direito de decidir quanto aos limites do tratamento.[35]

Muitos médicos seguem um procedimento padrão para determinados tratamentos, como forma de precaverem-se de futuras ações de responsabilidade civil, de acordo com diretrizes que se tornam verdadeiros regulamentos, limitando tanto a atuação do médico como a liberdade do paciente.[36]

Por outro lado, o próprio paciente não tem a correta percepção do melhor tratamento ao qual deve ser submetido, mesmo depois de devidamente informado, por lhe faltar a devida compreensão dos fatos. Somam-se a isso, aqueles relacionados às pessoas maiores, mas, sem capacidade de consentir, e aqueles relacionados às pessoas incapazes, em que o consentimento deve ser obtido por meio de seu representante legal. Sem falar nas hipóteses de conflito entre a vontade do paciente e o entendimento do médico.

O consentimento informado é justificado na bioética pelo princípio da autonomia e da beneficência.

Contudo, por muito tempo, o que prevaleceu foi a concepção paternalista da relação médico-paciente, baseada no próprio juramento de Hipócrates.[37-38]

---

[35] RODRIGUEZ-ARIAS, David. *Una Muerte Razonable*. Bilbao: Desclée de Brouwe, 2005, p. 38.

[36] DIAS PEREIRA, op. cit., p. 76.

[37] "Note-se que, nos textos atribuídos a Hipócrates, recomendava-se que o médico escondesse tudo o que pudesse do doente, desviando mesmo a atenção dele daquilo que lhe estava a fazer e omitindo o prognóstico que lhe reservava... Mas há quem afirme que o exercício da medicina nunca foi tão autoritário como estas passagens fazem crer senão, porventura, durante a Idade Média, quando a prática clínica esteve confiada aos monges, habituados a relações organizadas de uma forma hierárquica severa, e ao dogma." OLIVEIRA, Guilherme. *Estrutura Jurídica do Acto Médico*, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 60.

[38] "Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y

A teoria paternalista, desde a sua fonte histórica, considerava o paciente um sujeito incapaz, porque a enfermidade perturbava a sua sanidade mental, influenciando, assim, em não poder decidir o seu destino.[39]

O paternalismo é conceituado como uma forma de impor as crenças do médico ao paciente, sem o seu consentimento, ou até mesmo contra a sua vontade, mas com a intenção de prover o próprio beneficio do paciente.

A expressão paternalista é utilizada com frequência para se referir à relação entre pais e filhos, no caso o tratamento que o médico proporciona aos seus pacientes é comparado ao tratamento fornecido pelo pai ao filho, em que, baseada na autoridade paternal, permite-se tomar decisões em nome dos filhos, anulando os seus desejos e decisões.[40]

Podendo-se, então, defini-la, segundo Sergio Riestra, como a limitação intencionada da autonomia de uma pessoa por parte de outra, quando a pessoa que limita a autonomia apela exclusivamente para motivos de beneficência em favor da pessoa que tem a sua autonomia limitada.[41]

Por outro lado, o consentimento informado baseia-se no princípio da autonomia, em que se devem respeitar as eleições e opiniões das pessoas quanto ao seu tratamento de saúde.

Sergio Riestra analisando os princípios que presidem as relações entre médico e paciente declara que somente existe um único princípio nesta relação, que é o princípio da autonomia,

---

distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, anímale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que va a pasar ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro" (RIESTRA, op. cit., p. 54).

[39] Ibid., p. 11.

[40] Ibid., p. 57.

[41] Ibid.

os demais a ele aderem e somente são convocados em caso de impossibilidade de se expressar a autonomia da pessoa.[42]

A autonomia determina que se deva respeitar a capacidade das pessoas de se autorregularem, bem como de serem respeitadas em suas escolhas, mesmo que suas determinações entrem em conflito com as advertências de seus médicos, contrapondo-se a concepção paternalista[43].

O princípio da autonomia supõe, assim, a necessidade de se respeitar a liberdade e autodeterminação do paciente, e é considerada a própria fonte dos direitos do paciente, como uma forma de limitar os poderes dos médicos e de proteger o paciente contra os tratamentos não autorizados[44].

Contudo, muitas vezes, é difícil determinar os elementos que constituem uma ação autônoma do paciente, principalmente quando o mesmo está em uma situação de dor e de sofrimento.

Alguns doutrinadores elegem como requisito da autonomia a ausência de um controle interno, entendendo-se como a ausência de uma coação interna que possa controlar a vontade do paciente, fazendo com que o mesmo tome uma decisão diferente de seus próprios valores. Elegem como coação interna a dor, o sofrimento, o medo, a depressão e as enfermidades mentais. Por outro lado, Sergio Riestra entende que a ausência de coação interna deve ser entendida como elemento do conhecimento, compreensão e intencionalidade, esclarecendo

[42] "No estamos de acuerdo con que los principios éticos sean principios 'prima facie', sino que han de ser jerarquizados por sí mismos y no como consecuencia de que entren en colisión. Ha de haber un principio preferente y tan sólo en determinados supuestos serán de aplicación el resto. Dentro de nuestra propuesta de jerarquización el lugar preeminente lo ocupa el principio de autonomía, siendo realmente el único principio 'prima facie' y tan sólo excepcionalmente entrarán en juego los demás teniendo entonces que hacerse la correspondiente ponderación atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso." (Ibid., p. 12).

[43] VAUGHN, op. cit., p. 180.

[44] RIESTRA, op. cit., p. 66.

que muitas vezes a pessoa coagida por alguma força interna pratica uma ação involuntária, sem qualquer intenção, a qual compreende e tem conhecimento, mas que não tem controle.[45]

A verdade é que a autonomia do paciente pode ser influenciada por problemas relacionados à dor, ao sofrimento, à depressão, entre outros, não sendo isso um caso simples de se revolver, pois a pessoa pode inclusive decidir de forma contrária à sua vontade e a seus valores.[46]

Por sua vez, o agir segundo o princípio da beneficência corresponde à atuação do médico, quando o paciente não pode decidir por si mesmo. Nesse caso, o agir do médico deve ser para beneficiar o paciente, para lhe prover o seu bem-estar, quando o mesmo não possa exercer a sua autonomia.

Muitas controvérsias surgem quando da aplicação desses princípios no dia a dia, em relação aos casos em concreto. O que renova a expressão de que o consentimento informado já nasceu em crise, em que até mesmo o reconhecimento da autodeterminação não garante ao paciente o melhor tratamento, quando a questão econômica interfere diretamente no acesso aos meios sanitários necessários ao paciente, em face do próprio sistema público de saúde, ou até mesmo pela limitação a certas técnicas e processos de diagnóstico.[47]

[45] Ibid. p. 69.

[46] "A 64-year-old woman with MS is hospitalized. The team feels she may need to be placed on a feeding tube soon to assure adequate nourishment. They ask the patient about this in the morning and she agrees. However, in the evening (before the tube has been placed), the patient becomes disoriented and seems confused about her decision to have the feeding tube placed. She tells the team she doesn't want it in. They revisit the question in the morning, when the patient is again lucid. Unable to recall her state of mind from the previous evening, the patient again agrees to the procedure. Is this patient competent to decide? Which preference should be honored?" *ETHICS in Medicine*. University of Washington School of Medicine. Informed Consent: Case 1. Disponível em: <http://depts.washington.edu/bioethx/topics/consntc1.html>. Acesso em: 9 set. 2014.

[47] DIAS PEREIRA, op. cit., p. 76.

Enfim, apesar da teoria determinar os elementos necessários para a obtenção do consentimento informado, e o regulamento médico determinar a obrigatoriedade da obtenção do consentimento informado, a vida real em seus casos concretos está demonstrando a existência de muitas controvérsias envolvendo a autonomia do paciente e o dever de beneficência do médico.

E aí, a ideia de consentimento informado é bem maior do que simplesmente permitir um tratamento, e muito mais do que a autorização do paciente dada ao médico, conforme o desejo e expectativa do médico. O consentimento informado é um procedimento em que a pessoa não diz simplesmente *sim*, mas de forma autônoma e esclarecida decide e assume a responsabilidade por sua decisão. Inclusive, o preenchimento de um formulário padrão não representa, em regra, um consentimento livre, aprofundado e esclarecido[48].

6 Requisitos para um Consentimento Informado

A doutrina tem estudado os requisitos para o consentimento informado, os quais acreditam que compõem o seu próprio objeto.

Então o Consentimento informado válido necessitaria dos seguintes componentes:[49]

a) Capacidade do paciente para decidir;

b) A devida divulgação da informação esclarecida;

c) A devida compreensão da informação;

d) Uma decisão voluntária quanto ao tratamento;

e) O consentimento dirigido ao tratamento.

[48] VAUGHN, op. cit., p. 184.

[49] Ibid. p. 181.

Na teoria, parece simples a compreensão dos requisitos necessários para o consentimento informado, contudo, diante dos fatos que envolvem os casos reais, encontra-se bastante dificuldade para verificar sua adequada aplicação, principalmente diante da análise da capacidade para decidir, bem como quanto à devida divulgação da informação esclarecida.

A capacidade do paciente está ligada tanto à sua capacidade de fato dentro da Teoria Geral do Direito Civil[50], como faculdade que tem a pessoa de por si só tomar as decisões necessárias em sua vida, como sujeito de direito e obrigações, quanto e ainda mais, está ligada verdadeiramente a sua capacidade para tomar decisões acerca das intervenções médicas.

Nesse sentido, as condições pessoais do paciente irão influenciar no modo que essas informações serão prestadas, bem como na capacidade do paciente de decidir.

Podem ocorrer casos em que a pessoa pode ser considerada capaz para os atos da vida civil, mas que não tenha capacidade para expressar a sua vontade, diante de questões médicas, ou porque se encontra diante de uma dor insuportável, ou possua um medo relevante que o impeça momentaneamente de expressar a sua vontade.

Por outro lado, pode uma pessoa ser declarada incapaz para a prática de atos financeiros, por insolvência civil, e apesar disso ter condições de se manifestar quanto à sua saúde e a seu tratamento.

Há ainda casos em que a pessoa declina de sua competência para decidir quanto ao melhor tratamento, e atribui esta responsabilidade ao médico, abrindo mão da sua autonomia e

[50] "A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo." (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263).

do direito de escolha, passando a ser considerado incapaz de decidir, em face da sua renúncia.[51]

A análise desta capacidade é realizada pelo próprio médico.

Aquelas pessoas consideradas incapazes serão substituídas por um procurador de cuidados de saúde ou por um ente familiar próximo. Os quais devem ser devidamente informados quanto aos tratamentos que devem ser praticados, seus riscos e benefícios.

Mas aqui há um detalhe importante: a manifestação de vontade do procurador deve ser sempre no sentido de prover o melhor para o paciente, e na medida do possível deve tentar-se adequar a vontade do paciente declarada no momento em que possuía capacidade.[52]

Assim, a análise da capacidade do paciente para decidir quanto ao melhor tratamento irá depender da análise do médico, caso a caso, o que envolve pacientes com capacidade, pacientes sem capacidade, podendo ainda verificar dentre aqueles que não possuem capacidade, alguns que realizaram manifestação de vontade adiantada, e outros que não se conhece a sua vontade por nunca terem se manifestado.

[51] "Neither is it obligatory in case of waiver, the patient's voluntary and deliberate giving up of the right to informed consent. It is an exercise in autonomous choice – the choice not to choose or decide. Authority to decide medical issues is turned over to the physician or surrogates." (VAUGHN, op. cit., p. 182).

[52] "Segundo este critério toma-se a decisão que está de acordo com os melhores interesses do paciente (best interests of the patient), o que se identifica, naturalmente, com a proposta terapêutica do médico. Assim, a aplicação deste standard poderia ser vista como uma ratificação da proposta do médico. Este critério pretende-se objetivo, no sentido de que não se centra nos valores e na personalidade do paciente, mas na sua condição física e no prognóstico traçado, sendo certa que a neutralidade valorativa é meta inalcançável. Hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades, pelo que, de algum modo, se desenha um 'critério sincrético' que combina os dois últimos referidos." (DIAS PEREIRA, op. cit., p. 239).

Além do mais, quanto maior o risco do tratamento médico, maiores devem ser os cuidados com o respeito aos direitos do paciente, principalmente quanto à análise de sua capacidade para decidir.[53]

A capacidade decisória é, assim, a habilidade para entender os riscos, benefícios e as alternativas, para tomar uma decisão razoável.

Mas, para que a capacidade decisória seja exercida de forma livre e plena, é necessário que a divulgação da informação seja suficientemente esclarecida.

De logo, verifica-se uma assimetria de informações, pois, sendo o próprio médico que irá fazer o tratamento ou a intervenção cirúrgica, também aquele que irá prestar as informações necessárias, é um tanto lógico que ele fará com que prevaleça em seu discurso a sua vontade, demonstrando uma espécie de paternalismo informativo.[54]

Em 1972, no caso Canterburry v. Spence, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia decidiu que o mais importante em relação aos requisitos do consentimento informado é a

[53] "Lo mismo sucede con la capacidad de razonamiento y deliberación. Pero con respecto a ambas cosas vale la idea indudable de que no existe un estándar general de competencia, de forma que pudiéramos decir que dado ciertos rasgos de una persona podemos ya declarar en términos generales si es o no es competente, sino que, muy por el contrario, el grado de competencia de cada uno depende, no sólo de quien es cada uno, sino también de los problemas que tiene ante sí, y en nuestro caso, depende de los problemas de salud sobre los que debe adoptar una decisión. No es lo mismo decidir sobre una cura trivial o un episodio leve de enfermedad conocida (la gripe común, por ejemplo) que decidir sobre una intervención de riesgo." (SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas Incógnitas del Principio de Autonomia Personal en Tratamientos Médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca (Org.). *Autonomia Personal y Decisiones Médicas:* Cuestione Éticas y Juridicas. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 30).

[54] "Lo paradójico entonces es que para que el paciente ejerza su autonomía a través del consentimiento informado es el médico el que tiene que trasmitirle y trivializarle la información, lo que pude ser visto como una suerte de paternalismo informativo." (Ibid. p. 29).

sua adequação com o que aparenta ser relevante para o paciente, e não o que possa ser relevante para o pensamento do médico[55].

O paciente deve receber uma informação adequada com o seu conhecimento e grau de instrução, de modo que possa de forma inteligente analisar os riscos e benefícios do tratamento médico, fazendo a sua melhor escolha.

O melhor método de prestar a informação ainda não está transparente para a doutrina, nem mesmo para os Tribunais, vez que deve variar de caso a caso e de pessoa para pessoa. A mesma doença pode ter pacientes distintos e modos de informar diferentes. Apesar dessas dificuldades, algumas informações são consideradas básicas para o conhecimento do paciente, segundo a doutrina de Lewis Vaughn:

a) A natureza do procedimento (se é um tratamento ou um teste, se é invasivo ou não, se é demorado ou não).

b) Os riscos do procedimento (quais os riscos envolvidos, são riscos prováveis e sérios, qual a sua probabilidade, e quando eles acontecem).

c) Quais as alternativas ao tratamento proposto – inclusive a alternativa de não realizar o tratamento (também inclui sua natureza, riscos e benefícios).

d) Os benefícios esperados quanto ao tratamento proposto – incluindo a sua extensão e possibilidade de ser atingido.[56]

[55] "[…] this 1972 case helped settle the question of what standard should be used to judge the adequacy of disclosure by a physician. The court ruled that adequacy should not be judge by what the medical profession thinks is appropiate but by what information the patient finds relevant to his decision. The scope of the communication to the patient 'must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decisión." (VAUGHN, op. cit., p. 217).

[56] VAUGHN, op. cit., p. 182.

Mas para além da informação exaustiva, podem ocorrer casos em que o melhor para o paciente seja a ignorância parcial do seu problema. Pode ser que a eficácia do tratamento dependa da falta de conhecimento do paciente quanto à realidade do seu problema de saúde.

Dessa forma, em alguns casos, há exceções ao consentimento informado. Nesse caso, o privilégio terapêutico[57], consiste em não informar ao paciente quando o médico acredita que a noticia provavelmente irá fazer algum mal. Ou seja, em face da fraqueza do paciente e da possibilidade de uma depressão, a divulgação da informação poderá causar um mal maior.[58]

A informação que deve ser fornecida ao paciente é, assim, aquela necessária para que ele possa apreciar as consequências de sua doença e o tratamento mais adequado para a sua escolha.

Não pode a autonomia ser reduzida a uma autorização mecânica escrita em um papel, em que o médico visa tão somente a libertar-se de suas responsabilidades pessoais, em face da possibilidade do tratamento não ocorrer conforme o esperado.[59]

[57] Therapeutic privilege.

[58] "Critics worry that too many physicians use therapeutic privilege when they should in fact tell patients the facts and that overuse of it can undo informed consent. In any case, informed consent seems to imply that physicians shouldo not use therapeutic privilege merely to avoid giving unpleasant new sor to prevent them from rejecting a treatment." (VAUGHN, op. cit., p. 183).

[59] "Un papel además que se firma ya en demasiadas situaciones, tanto si estamos ante un trasplante de hígado como si estamos ante una extracción dental. Seguramente ello no se produce sólo como una estrategia defensiva de la profesión médica, sino también porque, como se ha puesto de manifiesto, tomarse en serio la autonomía del paciente fuerza a entablar con él una relación que consume mucho tiempo y no poca reflexión, y eso es sencillamente imposible en las condiciones actuales de la prestación del servicio público de salud. Quizás en la medicina privada sea posible, pero en la sobrecargada e infradotada organización pública de la salud es sencillamente imposible. De ahí ese contraste sobre el que quería llamar la atención." (SANMIGUEL, op. cit., p. 34).

Enfim, há situações em que é impossível para o médico obter o consentimento informado. O próprio Código de Ética, ao determinar como essencial para a realização de tratamentos médicos o consentimento informado, excepcionou a sua obrigatoriedade nos casos de risco iminente de morte.

O médico, diante de uma situação de emergência, não terá possibilidades de obter o consentimento informado do paciente, haja vista o perigo de morte, devendo intervir de forma que melhor assegure a manutenção da saúde do paciente.[60]

Nesse mesmo sentido, em caso de risco à saúde pública, a liberdade do paciente sofre limitações, diante da situação de conjugação de valores com outras situações de risco, em que está em risco, nesse caso, a saúde de outras pessoas.

O propósito da obrigação de prestar informações e esclarecer ao paciente é dotá-lo de autonomia para poder tomar decisões com relação aos assuntos de saúde e seu tratamento de forma consciente. Assim, para que o consentimento e a recusa sejam válidos, ele deve ser baseado na compreensão da situação que se apresenta e deve ser voluntário, pois este direito está baseado no princípio do respeito à autonomia.

É dever de o médico aconselhar o seu paciente esclarecendo as formas de tratamento e os riscos e, caso o mesmo

[60] "As situações de emergência estão neste âmbito, e a decisão deve ser tomada no intuito de obter o melhor prognóstico para o doente. Fala-se, nesta situação, de "consentimento presumido", que pode ser definido como uma situação em que se presume a obtenção do consentimento quando o indivíduo está em perigo de vida, existe comprometimento de saúde ou alteração do estado de consciência, e não é possível obtê-lo junto deste ou de quem o represente (Artigo 39º do Código Penal Português). Em situações de urgência, em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio, considera-se também haver consentimento presumido (artigo 156º do Código Penal Português)." (ENTIDADE Reguladora de Saúde – Consentimento informado – Relatório final. Disponível em: <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014).

não queira se submeter ao tratamento indicado, por questões que envolvam o seu próprio convencimento, terá o médico cumprido o seu papel e, ao respeitar a autonomia do paciente, estará eticamente protegido.

Considerações Finais

O presente trabalho, evidentemente, em face da sua proposta, não tem por objeto alcançar todos os aspectos inerentes ao Consentimento Informado, tendo pontuado pelo estudo de alguns pontos críticos, o que demonstra a sua jovialidade perante a dinâmica da relação médico-paciente.

Pretende-se fazer uma necessária crítica aos casos controversos, a fim de valorizar o consentimento informado, para que ele não seja reduzido simplesmente a uma assinatura em um papel impresso, com o objetivo de liberar o médico e o hospital de suas responsabilidades pessoais e econômicas.[61]

É certo, pode-se concluir que o consentimento informado somente se apresentará como um problema quando a vontade do paciente não vier a coincidir com a expectativa do tratamento médico, aparecendo então a figura do conflito.

Conflitos que não são comuns, porque ainda persiste na relação médico-paciente a figura da confiança, em que em o paciente declina do seu consentimento informado e transfere para o médico todos os poderes de decisão, diante de uma confiança adquirida durante um longo tempo de convivência. Porém, isso não ocorre nos hospitais públicos e nos casos de urgência, o que demonstra que a capacidade para decidir e o dever de informar, irá depender de cada caso em concreto.

[61] SANMIGUEL, op. cit., p. 33.

Por sua vez, diante de um conflito entre o médico e o paciente, os motivos do paciente para a recusa do tratamento ou para a realização de tratamento diverso do planejado pelo médico ocorrem, muitas vezes, por questões de convicção do próprio paciente que foge simplesmente da mecânica do tratamento. Ora, muitas vezes, o que determina a vontade do paciente são seus valores morais, éticos e religiosos, que se apresentam dentro de uma hierarquia que superam a lógica da ciência médica.

Cabe ao médico respeitar a vontade do paciente, mesmo que suas razões não se apresentem dentro de um contexto de racionalidade. É dever de o médico aconselhar o seu paciente esclarecendo as formas de tratamento, os riscos e suas convicções pessoais, para em seguida obter deste mesmo paciente o seu consentimento esclarecido e informado, e, caso o mesmo não queira se submeter ao tratamento indicado, por questões de consciência em face de seus valores, terá o médico cumprido o seu papel, e, ao respeitar a autonomia do paciente estará eticamente protegido.

Assim, diferentemente de alguns negócios jurídicos em que a causa e as razões do declarante não são relevantes para a formação do contrato, no caso da relação médico-paciente para a manifestação da vontade do paciente, as razões do paciente exercem papel relevante, com enorme significado moral, que permite ao intérprete apreciar a liceidade da recusa do tratamento sob outros aspectos diante dos valores do paciente, e não exclusivamente por meio de uma análise científica médica.

Com isso, permite-se ainda determinar a sua capacidade e competência para exercer a sua vontade esclarecida. Muitas vezes, a causa não é juridicamente visível, não consta do contrato, não é objeto de manifestação. Porém, em relação ao

paciente, essas causas somente serão verdadeiramente visíveis pelo exercício de sua autonomia, por meio de razões que vêm antecipadas por seus valores e conceitos a respeito da vida.[62]

Destaco, então, dentro da dinâmica do consentimento informado, os diversos tipos de pessoas e convicções que determinam a inexistência de um padrão único e específico para a atuação da autonomia da vontade.

Assim, o consentimento informado apresenta-se como um direito do paciente e um dever do médico, o qual deve esclarecer e aconselhar o paciente a respeito das formas de tratamento, os riscos e benefícios, para ao final obter o consentimento do paciente, ou até mesmo a recusa de tratamento, no exercício de sua autonomia como forma de se expressar a respeito dos valores da vida.

[62] "Cuando los médicos u otros están en desacuerdo con los valores de los individuos o las estimaciones de la probabilidad, deben razonar con ellos e involucrarse en un diálogo normativo. Pero si el paciente es competente, la mejor razón para no respetar sus elecciones no es el hecho de que sean impudentes o irracionales, sino las consideraciones de justicia, la equitativa asignación de recursos sanitarios o el daño a otros. La importancia de la libertad para construir nuestra propia concepción de la buena vida, y actuar a partir de ella, exige que los médicos respeten las opciones irracionales, y, cuando los recursos lo permitan, faciliten la originalidad y diversidad de la existencia humana." (SAVULESCU, Julian. Autonomia, vida buena y elecciones controvertidas. In: MENDOZA BUERGO, Blanca (Org.). *Autonomia Personal y Decisiones Médicas:* Cuestione Éticas y Juridicas. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 60).

Referências

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. I. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ENTIDADE Reguladora de Saúde – Consentimento informado – Relatório final. Disponível em: <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014.

ETHICS in Medicine. University of Washington School of Medicine. Informed Consent: Case 1. Disponível em: <http://depts.washington.edu/bioethx/topics/consntc1.html>. Acesso em: 9 set. 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JURAMENTO de Hipócrates. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 9 set. 2014.

LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi. *Relação Médico-Paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico. In: DUARTE, Rui Pinto; FREITAS, José Lebre de; CRISTAS, Assunção; ALMEIDA, Marta Tavares de; NEVES, Vítor Pereira das (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. v. II. Coimbra: Almedina, 2011.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme. *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIESTRA, Sergio Gallego. *El Derecho del Paciente a la Autonomia Personal y las Instruciones Previas:* uma Nueva Realidad Legal. Navarra: Aranzadi, 2009.

RODRIGUEZ-ARIAS, David. *Una Muerte Razonable*. Bilbao: Desclée de Brouwe, 2005.

SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. Algunas Incógnitas del Principio de Autonomia Personal en Tratamientos Médicos. In: MENDOZA BUERGO, Blanca (Org.). *Autonomia Personal y Decisiones Médicas:* Cuestione Éticas y Juridicas. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

SAVULESCU, Julian. Autonomia, vida buena y elecciones controvertidas. In: MENDOZA BUERGO, Blanca (Org.). *Autonomia Personal y Decisiones Médicas:* Cuestione Éticas y Juridicas. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. *Bioética*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

SERVAN-SCHREIBER, David. *Podemos dizer adeus mais de uma vez*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2011.

SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. A Ética Médica e o respeito às crenças religiosas. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, 1998. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/329/397>. Acesso em: 9 set. 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VAUGHN, Lewis. *Bioethics*. Principles, Issues, and Cases. New York: Oxford University Press, 2013.

Submissão: 10/09/2014
Aceito para Publicação: 18/12/2014

Entrevista com Michael Stolleis: os Caminhos da História do Direito

Interview with Michael Stolleis: the Paths of Legal History

Gustavo Castagna Machado*

Michael Stolleis (nascido em vinte de julho de 1941, em Ludwigshafen, am Rhein) é professor emérito de Direito Público (Öffentliches Recht) e de História do Direito da Modernidade (Neuere Rechtsgeschichte) da Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Ex-diretor do Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (1992-2009). Doutor honoris causa pelas universidades de Lund (1999), Toulouse (2002), Pádua (2004) e Helsinque (2010). Membro de diversas academias alemãs (Mainz, Göttingen, Berlin-Brandenburg, Halle, Darmstadt), incluindo a Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften (2004), e estrangeiras (Finlândia, Dinamarca), foi agraciado com o Prêmio Leibniz da Deutsche Forschungsgemeinschaft (1991), o Prêmio da Fondazione Eugenio Balzan (2000), com a Bundesverdienstkreuz de 1ª Classe (2010) e com a Pour le Mérite für Wissenschaften und Künste (2014).

---

* Entrevistador e tradutor. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com período doutoral (bolsa CAPES/PDSE) no *Max-Planck--Institut für europäische Rechtsgeschichte* (MPIeR), Frankfurt am Main (proc./CAPES BEX 10549/13-7).

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez recupera em um texto interessantes informações de Stolleis em seu discurso de agradecimento ao receber o Prêmio da Fondazione Eugenio Balzan. Stolleis, nascido na região do Palatinado, atribui às suas origens rurais e às suas ligações com o mundo agrícola (formou-se como viticultor antes de ir para a universidade) uma concepção do trabalho científico como tarefa artesanal e solidária, longe de extravagâncias intelectuais forçadas; foi também aí que se originaram as suas preferências pela tradição narrativa frente à divagação especulativa. Os seus estudos de Direito em Heidelberg e Würzburg transcorreram na sombra da paixão literária, cultivada, por exemplo, nas classes de Erwin Walter Palm, historiador da cultura e da arte que havia recentemente retornado do exílio na América Latina (tendo passado, inclusive, pelo Brasil), que falava a seus estudantes de diversos autores latinos, como Lorca e Alberti, Góngora, Calderon e Lope de Vega. Já em Munique, Stolleis participou dos seminários daquele que se tornou seu professor, o historiador do Direito Sten Gagnér (1921-2000), e este orientou sua tese de doutorado, publicada mais tarde, em 1972, em uma versão revisada, sob o título de *Staatsraison, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts*. Combina, portanto, a filosofia à literatura nos nomes de Lichtenberg e Lesssing, Kant e Jean Paul, Johann Peter Hebel. Não surpreende, portanto, que Stolleis seja, desde 2002, membro da Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung (Academia Alemã de Língua e Literatura) de Darmstadt, ou que exiba seus variados talentos na publicação do livro *Der menschenfreundliche Ton: 24 Kalendergeschichten von Johann Peter Hebel mit kleinem Kommentar* (2003, 2ª edição de 2004), que reúne vinte e quatro textos curtos da melhor prosa didática do Iluminismo alemão e os comenta, conforme as palavras de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, não só magistralmente a partir das perspectivas jurídicas e históricas, mas também

com requintada sensibilidade aos valores literários. Tudo isso determina o estilo do autor, que sempre encontra tempo para se dedicar a livros como *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher* (2004).[1]

O núcleo dos interesses intelectuais de Stolleis, um autor muito produtivo e dono de incrível disciplina e eficiência, como aponta Norbert Frei,[2] é marcado, no entanto, pelo pertencimento a uma geração que, após o "milagre alemão" e da era Adenauer, sentia a responsabilidade histórica de investigar imediatamente o passado nazista. Assim, a atenção à razão de Estado que cultivou em sua tese de doutorado é então vertida para um trabalho sobre invocações ao bem comum na legislação nazista, aceito como sua *Habilitation*, em 1973. Mais tarde, ele compilou alguns de seus muitos estudos da época sob o título de *Recht im Unrecht* (1994, 2ª ed., 2006). Seu trabalho como historiador do Direito foca, entretanto, em primeiro lugar, no Direito público do começo da Idade Moderna. Junto com o surgimento do Estado, com o seu funcionalismo, as suas finanças, seu exército e seu cerimonial, analisa Stolleis, em particular, o papel dos juristas ao abrigo do novo *ius publicum*, suas elaborações teóricas e também sua consolidação estamental. Várias publicações individuais, logo compiladas em *Staat und in der frühen Staatsrason Neuzeit* (1990), abrem a possibilidade a uma exposição geral. Não se tratava de descrever as ações e as grandes instituições do Estado, as guerras e os tratados de paz, a organização do Império, tampouco de retornar a uma história das ideias políticas em um desenvolvimento imaginário livre. A História do Direito Público de Stolleis deveria

[1] GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Presentación. In: STOLLEIS, Michael. *La Historia del Derecho como obra de arte*. Edición y traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Granada: Comares, 2009, p. VII-VIII.

[2] FREI, Norbert. Nachwort. In: STOLLEIS, Michael. *Nahes Unrecht, fernes Recht*. Göttingen: Wallstein, 2014, p. 168.

ser uma história de autores e livros, universidades, faculdades, academias e estudantes, conselheiros e diplomatas. Com o intuito de avaliar a disseminação e o significado das diferentes posições em cada tempo, também era necessário aprofundar os nomes menos lembrados e vencer a tentação de reconstruir racionalmente os processos de acordo com dados disponíveis apenas *a posteriori*. Ele teve de mergulhar no contexto adequado dos autores e suas construções, marcado não apenas pela alta política, mas também, por exemplo, especialmente na Alemanha, pelas diferenças religiosas (luteranos, calvinistas, jesuítas etc.). Trata-se, em suma, de analisar em detalhe a institucionalização progressiva do pensar jurídico-público a respeito do poder.[3]

Surge, então, o primeiro volume de sua *magnum opus*. O primeiro volume da *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, finalmente publicado em 1988, abrange desde meados do século XVI até a queda do Império, em 1806. No segundo volume, que aparece quatro anos mais tarde, é abordado com a mesma ideia norteadora o longo século XIX, que começa com a Revolução Francesa e termina em 1914: tempos politicamente turbulentos que são extremamente produtivos para o pensamento constitucional. O terceiro volume estende-se do final da primeira Guerra Mundial até a queda do regime nazista, o período de ouro da criação intelectual durante a República de Weimar e seu desenvolvimento doloroso sob o regime de Hitler.[4]

Com isso, encerra-se, de certa forma, o arco histórico que delimita a tese e o escrito de *Habilitation*. Porém, isso não

[3] GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Presentación. In: STOLLEIS, Michael. *La Historia del Derecho como obra de arte*. Edición y traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Granada: Comares, 2009, p. VIII.

[4] Ibidem, p. VIII-IX.

esgotou as energias intelectuais de Stolleis, que publicou, em 2012, um quarto volume que tratou da história do Direito público nas duas Alemanhas, de 1945 até a reunificação de 1989/1990. No ano de 2014, sairia um livro que resume os quatro volumes em um único, chamado Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert). A projeção para o futuro das lições da história está geralmente fora de suas reivindicações imediatas, mas elabora estudos como *Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?* (2004) ou *Vormodernes und postmodernes Recht* (2008). No Direito público, especializa-se em Sozialrecht (proteção e assistência social, a proteção da juventude ou deficientes etc.) do ponto de vista histórico (*Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, 2003) e considerando-o também como um objeto da atual política do Direito. Sua contribuição para a difusão da perspectiva histórica ao considerar os problemas jurídico-públicos tem sido decisiva em especial por uma intensa colaboração no Frankfurter Allgemeine Zeitung ou na revista *Mercur*. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez afirma que seus trabalhos docentes na Universidade e no Max-Planck-Institut e seu compromisso com a organização e promoção de pesquisas e seminários elevaram Frankfurt am Main ao status de capital europeia da História do Direito.[5] Já Norbert Frei afirma que "Michael Stolleis die Rechtsgeschichte in Deutschland verkörpert" (Michael Stolleis personifica a História do Direito na Alemanha).[6]

Na presente entrevista, concedida em dezembro de 2014, Stolleis fala a respeito de variados temas, tais como sua trajetória acadêmica, a situação atual da disciplina de História do

[5] Ibidem, p. IX.

[6] FREI, Norbert. Nachwort. In: STOLLEIS, Michael. *Nahes Unrecht, fernes Recht*. Göttingen: Wallstein, 2014, p. 167.

Direito na Alemanha, método, currículo dos cursos jurídicos e o MPIeR, instituto que dirigiu por quase vinte anos. Busca-se, assim, com uma entrevista voltada ao leitor latino-americano e, mais especificamente, brasileiro, fornecer subsídios para um diálogo intercultural a respeito dos rumos da pesquisa e da área da História do Direito.

Gustavo Castagna Machado: *Você poderia nos contar a respeito do que lhe fez optar pela carreira jurídica?*

Michael Stolleis: A minha decisão de estudar Direito não foi por inclinação, mas realmente pragmática – como muitos outros fizeram e fazem. Meu pai estudou Direito e advogou durante minha época de escola. O curso jurídico parecia ser *prático*, uma vez que nele existem muitas opções para encontrar o seu próprio caminho. Meus verdadeiros interesses e paixões estavam nos campos da literatura e da história da arte.

GCM: *Tendo seguido a carreira jurídica, posteriormente você decidiu pesquisar na área da História do Direito. Por que História do Direito? Essa escolha teve a ver com algum professor que você teve? Tem relação com algum fato marcante de sua vida? Algum livro que você leu durante a graduação influenciou de forma especial o caminho que viria a seguir posteriormente como pesquisador?*

MS: A primeira vez que eu tive contato com a História do Direito não foi durante meus estudos, mas enquanto eu estava escrevendo minha dissertação. Em 1965, eu entrei em contato com os historiadores do Direito Hermann Krause e Sten Gagnér. Gagnér (1921-2000) mudou-se da Suécia para Munique no ano anterior. Eu me tornei o seu primeiro doutorando. Todo mundo estava impressionado com seus seminários lendários e eu

também fiquei muito impressionado. Eu ainda sou influenciado por seu livro *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (1960), suas convicções metodológicas e sua personalidade.

GCM: *Quais foram os seus grandes mestres (além dos supramencionados)?*

MS: Embora eu não fosse um de seus alunos, eu gostaria de adicionar Wolfgang Kunkel – grande professor de Direito Romano. Quando eu era um estudante, quase todo mundo já havia lido seu *Römische Rechtsgeschichte* e o admirava por sua erudição. Um segundo jurista, que se tornou muito importante para mim durante o meu tempo em Munique, foi Hans F. Zacher, professor de Direito público e um expert em Direito Social. Certamente foi ele que me levou ao Direito Social, que eu representaria mais tarde, em Frankfurt. Quando ele se tornou o presidente da Sociedade Max Planck, nós nos reencontramos e mantemos contato até hoje.

GCM: *No seu novo livro Nahes Unrecht, fernes Recht, você fala que você possui uma opinião forte, que não é compartilhada por todos os historiadores do Direito: a opinião de que os historiadores do direito são historiadores ("Rechtshistoriker sind Historiker"). Você poderia falar para nós um pouco mais sobre isso? Quando e como foi que você percebeu que a escrita da história do Direito também exige os métodos de pesquisa histórica?*

MS: Todos os historiadores do Direito trabalham com fontes antigas, às vezes *próximos a*, às vezes *com* historiadores. É claro que as nossas perguntas como historiadores do Direito são diferentes daquelas que os historiadores têm, mas os nossos métodos de pesquisa são, inevitavelmente, os mesmos. Ambas

as disciplinas têm de interpretar textos, tentar decifrar o seu significado para compreender e reconstruir o que aconteceu no passado. A única maneira de fazer isso é analisar o texto, isto é, a linguagem.

A História do Direito é necessariamente uma disciplina entre as linhas da pesquisa histórica e das questões jurídicas atuais. Estudar Direito pode ajudar a identificar os elementos jurídicos nas fontes, mas às vezes o "pensamento jurídico" confunde nossa pesquisa. Como juristas, corremos o risco de concluir muito rápido – a partir de nosso ponto de vista contemporâneo, projetar uma maneira de pensar o passado. Apontando para essas questões metodológicas, eu gostaria de mencionar o pequeno livro *La Historia del Derecho como obra de arte* (Editorial Comares, Granada, 2009), traduzido por Ignacio Gutiérrez. Uma versão em português está sendo preparada por Gustavo César Machado Cabral (Universidade Federal do Ceará).[7]

GCM: *Falando em método, qual você acredita ter sido a principal marca metodológica de seus escritos? O que você entende ser a sua principal contribuição para a pesquisa em História do Direito, em termos de método?*

MS: Em termos de método, eu sempre enfatizo a proximidade com os historiadores. Eu nunca fui hostil à teoria, mas eu sempre ressalto que a teoria tem que ser provada pela fonte – não há declaração útil sem exame empírico. Os principiantes muitas vezes pensam que teriam que começar com um monte de teoria, definições e trabalho conceitual. Eu aconselharia a ler o máximo dos originais que puder – *pour prendre le ton*. Se

[7] Aqui Stolleis faz referência, em específico, ao texto traduzido ao espanhol com o título de "Escribir historia del derecho: ¿reconstrucción, narración o ficción?" (original: "Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?").

você faz pesquisa histórica, em primeiro lugar, você tem que entender as necessidades, os desejos, os anseios e as interações das pessoas que você está analisando.

GCM: *Você foi durante quase duas décadas diretor do MPIeR (1992-2009), que carrega a fama de ter uma abordagem sofisticada da História do Direito. Embora entenda-se que o Instituto tem muitos pesquisadores e nem todos eles pensem da mesma forma, em termos gerais, qual é o grande diferencial do Instituto, principalmente durante o seu tempo como diretor?*

MS: O Instituto Max Planck de História do Direito Europeu é um instituto dentre muitos outros. O MPI tem a vantagem de dispor de uma biblioteca excepcional (que possui mais de 400.000 títulos). Você tem a possibilidade de se focar na pesquisa e apenas em pesquisa – em um ambiente estimulante, porque há pesquisadores excepcionais de todo o mundo.

Mas também é claro que não podemos nos separar das universidades – especialmente da Universidade de Frankfurt. Como pesquisadores, temos a responsabilidade de passar o nosso conhecimento e apoiar os jovens profissionais. Eu sempre tentei estar em contato com os historiadores do Direito da Universidade Goethe e, claro, com os outros colegas da Alemanha e do exterior. E eu estou muito feliz que o meu sucessor, Thomas Duve, continua a fazê-lo.

Quando fui diretor do MPI, tentei fazer avançar a digitalização de nosso catálogo da biblioteca. Dieter Simon, meu predecessor e codiretor, começou esse processo. Isso foi uma prova de força de todos – administração, gestão da biblioteca e Sociedade Max Planck. Eu também fiz andar a construção de um novo edifício para o nosso instituto, que foi concluída em 2013. No que diz respeito à pesquisa, voltar-se ao Direito público foi muito importante; em específico, eu comecei a escrever uma

História intelectual do Direito público. Nesse contexto, um grande projeto foi a abordagem das *Policeyordungen* (ordens policiais) no início dos tempos modernos (1500-1800). Mais tarde, estabelecemos grupos de trabalho para o estudo da História do Direito internacional, para a história da normalização técnica e para a questão de *Alter und Recht* (Idade e Direito).

GCM: *(No Brasil, em um curso que tem cinco anos de duração, existe apenas uma cadeira de História do Direito. A disciplina de História do Direito, quando consta na grade obrigatória do curso, ainda está, em uma grande parte das universidades, vinculada a departamentos de Direito privado, sendo pensada como uma escola preparatória para o Direito privado, nos termos de Wieacker. Às vezes, fala-se um pouco de Direito Público, para "equilibrar" a disciplina – até mesmo porque hoje em dia muitos brasileiros especialistas em Direito Privado debatem sobre uma assim chamada "constitucionalização do Direito privado". Esse é o caso, por exemplo, de nossa universidade (UFRGS), que o faz de um ponto de vista europeu, mas nada ou muito pouco se fala sobre a História do Direito no nosso próprio país, a ponto de a maioria dos graduados em Direito brasileiro concluírem o curso ignorando a nossa história jurídica. Mas a impressão de quem olha de fora é que isso não é assim na Alemanha.) Quais foram as mudanças na Alemanha na disciplina da História do Direito na história recente? Qual é a situação geral da disciplina de História do Direito na Alemanha nos cursos de Direito e, mais especificamente, na UniFrankfurt, onde você lecionou durante muitos anos? No caso de Frankfurt, quantas cadeiras obrigatórias de história os principais cursos de Direito costumam ter? Como é feita a divisão por matérias dessas cadeiras? Você chegou a formar opinião a respeito de quantas cadeiras seria o ideal?*

MS: É difícil comparar diferentes currículos. Naturalmente cada país tem sua própria cultura jurídica, o que significa que existem diferentes necessidades e expectativas, diferentes concepções

do que um jurista deve ser, uma vez que existem diferentes formas de pensar o que o Direito deve realizar. E é claro que isso tem um impacto sobre os currículos. Se um país está à procura de *práticos* (juízes, promotores, notários etc.), não haverá ênfase na História do Direito – em tendência. É claro que essa é uma forma de pensar com que não consigo me identificar. A História do Direito não é simplesmente um *refinamento*, mas fundamento para a nossa compreensão do Direito em geral. Os fundamentos históricos, filosóficos e metodológicos do Direito devem fazer parte do currículo. O Direito aplicável muda muito rápido, mas seus fundamentos, não.

Mas na Alemanha essas disciplinas básicas – Filosofia e Teoria do Direito, História do Direito – estão em situação precária, também. A globalização e a expansão da União Europeia trouxeram uma ampliação de matérias relevantes (Direito Financeiro, Direito e Economia, Direito da Proteção de Dados, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Ambiental), mas a duração do estudo permaneceu a mesma. O tempo entre o primeiro e o segundo exame estatal (*Staatsexamen*) foi ainda reduzido.

A História do Direito permanece *conservadora* nestes tempos. A História do Direito privado ainda é muito dominante. A proporção de Direito público, internacional e penal na História do Direito é pequena – você pode dizer que são o *hobby* de alguns professores.

A História do Direito em Frankfurt é uma exceção. Há quatro cátedras; uma de história jurídica antiga (Guido Pfeifer), uma de medieval (Albrecht Cordes), uma do início do período moderno (David von Mayenburg) e, também, uma de história jurídica dos séculos XIX e XX (Louis Pahlow). E nós devemos acrescentar os diretores do MPI (Duve, Vogenauer), bem como o eméritos que ainda estão praticando (Diestelkamp, Dilcher, Rückert, Stolleis). Existiu uma escola de pós-graduação conjunta

como uma forma de interação entre o MPI e a Universidade. E há uma escola de verão a cada ano no MPI e, claro, diversas palestras e conferências. De fato, somos uma numerosa equipe.

GCM: *Em 1996, você publicou um artigo no Frankfurter Allgemeine Zeitung chamado* Der geschichtsblinde Jurist ist gefährlich *(O jurista cego à história é perigoso). Passados quase vinte anos, você ainda mantém a mesma opinião? Como você entende a História do Direito e qual a principal função da disciplina de História do Direito no currículo de uma graduação? Qual a relevância de uma disciplina de História do Direito concebida nos seus termos na grade curricular de um curso de Direito?*

MS: Nada mudou no que se refere a essa declaração. Eu ainda estou convencido de que informar os alunos a respeito da História do Direito é uma necessidade para manter uma cultura de Direito democrático e liberal vivo. É a melhor forma de transmitir os nossos valores. Diante de nossa História, temos uma responsabilidade especial de fazer isso. A esse respeito, eu pleitearia que uma História do Direito contemporâneo tivesse considerada a sua inclusão no currículo. Não é para tentar moralizar, mas para buscar motivos, por que e como as ordens normativas tornaram-se questionáveis e instáveis – e como isso leva à violência e á guerra.

GCM: *Em 2012, foi lançado o quarto e último volume da sua História do Direito público alemão, que lida com a época da divisão alemã. Nele você repetidamente se refere à inseparabilidade entre Direito público e eventos políticos. Você poderia falar um pouco mais sobre isso para nós? Como você caracteriza essa estreita relação entre Direito e política no trabalho de um historiador? Quando se faz História do Direito público, em que medida é importante o pesquisador dominar a História política e social e, também, o pensamento político do país que é objeto de sua pesquisa?*

MS: O Direito público, em especial o Direito constitucional, é inevitávelmente ligado à política. O Direito público é em si mesmo um assunto *político*. Naturalmente, todos os estudos jurídicos são de alguma forma políticos, mas no Direito público é óbvio. E, devido a isso, é um desafio especial para o historiador do Direito. Em minha opinião, temos de aceitar os elementos políticos evidentes em nossa pesquisa e temos que lidar com eles – o que significa incorporar todo o contexto social, econômico e político que for necessário. A dificuldade é encontrar o equilíbrio certo. Precisamos manter o foco no Direito, sem esquecer que o Direito é um produto histórico da sociedade. Então, você tem que mudar a visão constantemente, não apenas olhar fixamente para um ponto.

Vai ficando cada vez mais difícil, quando você corre o risco de perder a distância para o seu objeto de pesquisa, porque você é parte dele – o desafio de uma História do Direito contemporâneo (como aconteceu na quarta parte da minha *Geschichte des öffentlichen Rechts*). Mas é também atraente fazer alguma pesquisa sobre as pessoas que você conhece pessoalmente, quando a "história oral" torna-se relevante. Isso lhe dá a chance de refletir suas próprias experiências.

GCM: *Embora muitas vezes se escute falar em crise da História do Direito na Alemanha, paradoxalmente um estrangeiro olhando de fora para a atual situação da disciplina fica com a impressão de que a História do Direito vem ocupando cada vez mais uma posição que anteriormente era ocupada pela Filosofia e Teoria do Direito, como inspirar e fundamentar debates que buscam uma reflexão em torno de questões básicas da experiência e profissão jurídica, tais como a própria função da academia jurídica, nas suas origens e na atualidade, sobre o conceito de Direito, evolução jurídica, o Estado e seu papel em transformação, discussões sobre a globalização etc. Como você vê isso?*

MS: Devemos ter o cuidado de usar o termo *crise*. Nunca houve um período sem uma. Mas está correto que a transformação dos estudos jurídicos na Alemanha a partir de 1980 (períodos mais curtos de estudo, padronização e economização do pensar) impôs um ônus às matérias fundamentais como História do Direito. Na medida em que o seu *lucro* para a sociedade não pode ser quantificado, esses assuntos são marginalizados. Nessa racionalidade, somente ciências naturais e ciências da vida são competitivas. Mas temos de observar que a Teoria do Direito e a Filosofia estão ainda mais nas garras dessa transformação e que a História do Direito está se saindo relativamente bem.

Em 2013, o Wissenschaftsrat, uma organização independente, mas oficial, insistiu em um relatório especial que fossem revalorizadas as disciplinas fundamentais, caso contrário os cursos jurídicos na Alemanha tornariam-se menos atraentes para o mundo acadêmico internacional (ver a discussão e minha posição a respeito disso em: Juristenzeitung, 2013, p. 693-714).

GCM: *Recentemente, há uma multiplicação de traduções para o português e espanhol de livros dogmáticos do Direito alemão, principalmente na área do Direito público. Como historiador do Direito, como você vê isso, considerando que, embora por um lado se possa ter acesso a clássicos e estabelecer diálogos, simultaneamente, o público leitor (eu estou pensando na América Latina) pouco ou nada conhece sobre tais autores e o contexto jurídico e político em que tais obras foram produzidas (o que, e.g., leva a já clássicas trapalhadas e confusões em relação aos papeis de H. Kelsen e C. Schmidt durante o período nacional-socialista alemão)?*

MS: O que você chama de multiplicação é de fato uma tendência gratificante, especialmente olhando para as línguas espanhola

e portuguesa. Claus Roxin tornou-se, com o seu excelente manual de Direito penal, muito importante para a América do Sul. E o mesmo acontece com Peter Häberle no Direito público, que eu conheço como uma pessoa liberal e diferenciada. Na mesma medida, a tradução de publicações no campo da História do Direito aumenta. E com isso as velhas narrativas (Kelsen, Schmitt) estão desaparecendo, o que abre a possibilidade a um pensamento diferenciado.

Eu sempre advogo mais traduções – fora da língua habitual, que costuma ser o inglês (recentemente escrevi sobre isso em um artigo no *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 1º de outubro). Não devemos ser dependentes do mercado anglo-americano, mas entrar em diálogo.

GCM: *Em que medida o que se discute a respeito da História do Direito vale também para o Direito comparado? Pergunto isso, pois, no Brasil, temos visto a multiplicação de muitos trabalhos de Direito comparado, mas que olvidam contextualizações históricas, de tipo politico, econômico, social etc., ficando muitas vezes em uma comparação superficial de normas e doutrinas jurídicas, algumas vezes colorida por citações de decisões judiciais sem muito contexto.*

MS: O que foi dito a respeito da História do Direito é aplicável ao Direito comparado, também. Uma comparação superficial de diferentes normas, sem ter um olhar para o contexto social e histórico é quase inútil, pode-se dizer. É simplesmente impossível compreender a diferença ou conformidade de normas, se você não observar o contexto em que foram produzidas e em que estão a produzir efeito. As normas podem ser superficialmente iguais – o decisivo é o que elas afetam.

GCM: *Quais livros você considera os seus principais, tem mais orgulho de ter escrito, e por quê?*

MS: Eu confesso estar um pouco encabulado com essa questão. Retrospectivamente, há muito em meus livros que poderia ter sido feito melhor. Mas todo livro que você escreve significa uma nova experiência, um novo conhecimento e talvez um passo adiante na compreensão da História do Direito. E é claro que eu tenho que mencionar aqui o meu *Geschichte des öffentlichen Rechts* (4 vol. 1988; 1992; 1999; 2012),[8] que foi muito traduzido. Foi uma tarefa muito desgastante, mas bem recebida.

GCM: *Para concluir: hoje você é um dos juristas mais premiados da História da Alemanha, tendo realizado pesquisas e escrito a respeito de temas que, na época em que você os fez, não eram mainstream, eram incomuns, ainda mais na academia jurídica, e ainda poderiam lhe causar problemas, como quando você enfrentou a questão do Direito e nazismo na Alemanha, ou ainda quando, em livros como o seu* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland *contextualizou determinados autores e doutrinas jurídicas. Como você vê, do ponto de vista da construção de uma carreira de pesquisador, essa questão de escapar de lugares comuns, de ser um precursor e não um continuador, de ler profundamente e conhecer determinado tema até perceber lacunas na produção científica e, mais precisamente, persistir e não abandonar determinadas linhas de pesquisa quando se está convicto. Que conselhos você poderia dar a pesquisadores que se deparam com os mesmos problemas que você encontrou no começo de sua carreira? Ou ainda, como você os solucionou?*

[8] Uma versão que resume os quatro volumes em um único, chamada Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert), está sendo traduzida ao português por Gercelia Batista de Oliveira Mendes, com revisão de Ricardo Resende Campos, e será lançada em parceria entre o IDP e a editora Saraiva.

MS: Essa também é uma pergunta difícil. Tudo o que posso dizer: se você escrever um livro, lembre-se de seus próprios estudos e daquilo que uma vez você sentiu falta. Então, dará certo. Mas, em geral: não escreva por motivos errados, tais como dinheiro ou apenas para avançar na carreira. Selecione os temas que lhe interessam e trabalhe neles apaixonadamente!

Bibliografia Selecionada de Michael Stolleis

Monografias

Staatsraison, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts. Meisenheim: Anton Hain, 1972.

Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin: J. Schweitzer, 1974.

Pecunia Nervus Rerum. Zur Staatsfinanzierung in der frühen Neuzeit. Frankfurt am Main: Klostermann, 1983.

Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. I, 1600-1800. München: C. H. Beck, 1988 (traduzido ao italiano e ao francês); Bd. 2, 1800-1914, München: C. H. Beck, 1992 (traduzido ao italiano, inglês, francês e chinês), Bd. 3, 1914-1945, München: C. H. Beck, 1999 (traduzido ao inglês e ao chinês), Bd. 4, 1945-1990, München: C. H. Beck, 2012.

Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2003 (traduzido ao inglês em 2014).

Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004 (traduzido ao inglês, francês, italiano, espanhol, estoniano, russo, chinês, português).

Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR. München: C. H. Beck, 2009.

Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte, 16.-21. Jahrhundert. München: Beck'sche Reihe, 2014.

Obras Organizadas (Selecionadas)

Staatsdenker in der frühen Neuzeit. Frankfurt am Main: A. Metzner, 1977 (erw. Aufl. München: C. H. Beck, 1995; traduzido ao japonês em 1995).

Hermann Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

(com Hans Meyer) *Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht*. Frankfurt am Main: A. Metzner, 1983. (5. Aufl. 2000).

(com Bernhard Diestelkamp) *Justizalltag im Dritten Reich*. Frankfurt am Main: Fischer TB, 1988.

(com Bernhard Diestelkarnp) *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*. Baden-Baden: Nomos, 1989.

Policey im Europa der frühen Neuzeit. Frankfurt am Main: Klostermann, 1996.

(com Norbert Frei e Dirk van Laak) *Geschichte vor Gericht*. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit. München: C. H. Beck, 2000.

Juristen. Biographisches Lexikon von der Antike bis zur Gegenwart. München: C. H. Beck, 1995. 2. erw. Aufl. München: C. H. Beck, 2001.

(com Adrienne Heritier e Fritz Scharpf) *European and International Regulation after the Nation State*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

(com Lorraine Daston) *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*. Farnharn: Ahsgate, 2008.

(com Johannes Fried) *Wissenskulturen*. Über die Erzeugung und Weitergabe von Wissen. Frankfurt am Main: Campus, 2009.

(com Yasutomo Morigiwa e Jean-Louis Halperin) *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*. Dordrecht et al.: Springer, 2011.

Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht. München: C. H. Beck, 2011.

Ensaios (Selecionados)

Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990 (traduzido ao italiano em 1998).

Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; 2. Aufl. 2005 mit einem neuen Nachwort (traduzido ao inglês em 1998 e ao francês em 2014).

Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

Ausgewählte Aufsätze und Beiträge. Hrsg. v. Stefan Ruppert und Miloš Vec. 2 Bde. Frankfurt am Main: Klostermann, 2011.

La Textura Histórica De Las Formas Politicas. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Traduções (selecionadas)

Traduções ao espanhol

Reforma y Derecho público en Alemania. In: KONIECKI, Dieter; ALMARZA-MEÑICA, Juan Manuel (Coords.). *Martín Lutero (1483-1983)*. Jornadas hispano-alemanas sobre la personalidad y la obra de Martín Lutero en el V Centenario de su nacimiento. Madrid: Fundación Friedrich Ebert, 1984, p. 121 et seq.

Las líneas de desarrollo de la dogmática en el Derecho Administrativo en la era industrial. *Documentación Administrativa*, n. 234, p. 3-18, abr./jun. 1993.

La Historia del Derecho como obra de arte. Edición y traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Granada: Comares, 2009.

Europa como Comunidad de Derecho. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. *Historia Constitucional:* Revista Electrónica de Historia Constitucional, a. 2009, n. 10, p. 475-484, 2009. Disponível em: <www.historiaconstitucional.com>.

El ojo de la ley. Historia de una metáfora. Madrid: Marcial Pons, 2010.

La textura histórica de las formas políticas. Madrid: Marcial Pons, 2011.

La ínsula Barataria (unas anotaciones sobre utopías, literatura y "policía"). *e-Legal History Review*, a. 2011, n. 12, 2011.

El Reich como Mito y Metáfora. *e-Legal History Review*, a. 2011, n. 12, 2011.

(com Andreas Paulus e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). *El Derecho constitucional de la Globalización*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

La idea de Estado de Derecho. In: LINERA, Miguel Ángel Presno (Coor.). *La metamorfosis del estado y del derecho*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014, p. 25-55.

Traduções ao francês

La réception de Jean Bodin en Allemagne. *Quaderni Fiorentini*, n. 24, p. 141-156, 1995.

Histoire du droit public. Traduction Michel Senellart. Paris: PUF, 1997.

Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le "Troisième Reich"? In: JOUANJAN, Olivier (Ed.). *Figures de l'État de droit*. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionelle de l'Allemagne. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 373-383.

Après le déluge. La reconstruction de l'État de droit et de la démocratie en Allemagne de l'Ouest après la seconde guerre mondiale. *Revue historique de droit français et étranger*, v. 81, n. 3, p. 353-366, juill./sept. 2003.

Respublica mixta. La réception de la constitution mixte en Allemagne du 17ème siècle. In: GAILLE-NIKODIMOV, M. (Ed.) *Le gouvernement mixte*. Saint Étienne: Presses universitaires de Saint-Étienne, 2005, p. 139-151. E In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*. Lisboa: Coimbra Editora: 2007, pp. 275-288.

Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous le national-socialisme. *Astérion*, n. 4, avril 2006. Disponível em: <http://asterion.revues.org/636>

L'Oeil de la loi. Histoire d'une metaphore. Traduction Sylvie Hürstel. Note marginale de Pierre Legendre. Paris: Fayard, 2006.

Publicistique impériale (Reichspublizistik). In: DÉCULTOT, Élisabeth; ESPAGNE, Michel; LE RIDER, Jacques (Dir.). *Dictionnaire du monde germanique*. Paris: Bayard, 2007, p. 894-896.

Le Saint Empire Romain de Nation Allemande, Le Reich Allemand et le Troisième Reich. Transformation et destruction d'une idée politique. Traduction Christian Roques. *Francia. Forschungen zur westeuropäischen Geschichte*, v. 34, n. 3, 2007, p. 19-37.

Christian Wolff. In: CAYLA, O.; HALPÉRIN, J.-L. (Dir.). *Dictionnaire des grandes oeuvres Juridiques*. Genève: Dalloz, 2008, p. 604-609.

Image et réalité de l'état en Allemagne de l'Ouest (1945-1960). *Droits*, n. 49, 135-158, 2009.

Histoire du droit européenne, toujours à l'état de projet? *Clio@Themis*, n. 1, 15 p. 2009.

Histoire du droit public. v. 2 (1800-1914). Présenté par Jean-Louis Mestre. Paris: Dalloz, 2014.

Le droit à l'ombre de la croix gammée. Traduction Christian Roques. *Études sur l'histoire du droit du national-socialisme*. No Prelo.

Publicações em e traduções ao inglês

European Legal History – Traditions and Visions. In: MODÉER, K. Å. (Ed.). *Rättshistoria i förändring:* Olinska stiftelsen 50 år: ett internationellt symposium i Stockholm den 19-21 november 1997. Stockholm: Rönnell Antikvariat, 1997, p. 167-179.

The Influence of the "Ius Commune" in Germany in the Early Modern Period on the Rise of the Modern State. *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, v. 11, p. 275-285, 2000.

Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post- 1945. Chicago: University of Chicago, 2002. Também em: In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh (Eds.). *Darker Legacies of Law in Europe*. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 1-18.

The role of the humanities in western industrialized societies. In: RÜEGG, Walter (Ed.). *Meeting the Challenges of the Future*. A discussion between "the two cultures". Balzan Symposium 2002 organized by the International Balzan Foundation at the Royal Society, London, 13-14 May 2002. Firenze: Leo S. Olschki Editore, 2003. também em: *TRAMES - Journal of the Humanities and Social Sciences*, v. 6, n. 3, p. 211-217, 2002.

Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 266-280, June 2003.

The dissolution of the Union between Norway and Sweden within the context of international law – hundred years later. In: MESTAD, Ola; MICHALSEN, Dag (Red.). *Rett, Nasjon, Union*. Den svensk-norske unionens rettslige historie 1814-1905. Oslo: Universitetsforlaget, 2005, p. 35-48.

Against Universalism – German International Law under the Swastika: Some Contributions to the History of Jurisprudence 1933-1945. *German Yearbook of International Law*, v. 50, p. 91-110, 2007.

Law and Lawyers Preparing the Holocaust. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 3, 2007, p. 213-231, 2007.

State Ethics. In: Darity, W. A. (Ed.). *International encyclopedia of the social sciences*. Detroit et al.: Macmillan, 2008, p. 53-57.

The Eye of the Law. History of a Metaphor. Translated by Thomas Dunlap. With Introduction by Costas Douzinas. London: Birkbeck Law Press, 2008.

The Profile of the Judge in the European Tradition. *Trames – Journal of the Humanities and Social Sciences*, v. 12, n. 2, p. 204-214, 2008.

DASTON, Lorraine; STOLLEIS, Michael (Eds.). *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy. Farnham, Burlington: Ahsgate, 2008.

Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history. *Journal of Constitutional History*, v. 19, p. 45-56, 2010. Também em: *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 19, p. 45-56, 2010.

The Historical Roots of European Legal Culture. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, v. 5, p. 501-503, 2010.

Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien* Régime to Constitutionalism. In: MORIGIWA, Y.; STOLLEIS, M.; HALPÉRIN, J.-L. (Eds.). *Interpretation of Law in the Age of Elightenment*. From the Rule of the King to the Rule of Law, Dordrecht Heidelberg et al.: Springer, 2011, p. 3-17.

History of Social Law in Germany. Translated by Thomas Dunlap. Berlin, Heidelberg: Springer, 2014.

Traduções ao italiano

Stato e Ragion di Stato nell' prima età moderna. Bologna: Mulino, 1997.

Storia del diritto. L'esperienza tedesca. In: Paolo Grossi (Ed.). *L'Insegnamento della Storia del diritto medievale e moderno*. Firenze: Giuffrè, 1993, p. 331-338.

Autogoverno: una indagine semantica. In: GOZZI, Gustavo; GHERARDI, Raffaella (Ed.). *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: il Mulino, 1995, p. 249-262.

Sulla storia della giuspubblicistica: ovvero dodici anni di lavoro alla scrivania. *Le Carte e la Storia*, v. 2, p. 5-9, 1999.

L'Occhio della legge. Cura di Alessandro Somma. Roma: Carocci, 2007.

Storia del Diritto Pubblico in Germania. Pubblicistica dell' Impero e Scienza di Polizia 1600-1800. Milano: Giuffré, 2008.

Nel ventre del Leviatano. La Scienza del diritto costituzionale sotto il Nazional-Socialismo. In: MELIS, Guido (ed.). *Lo Stato negli anni Trenta*. Istituzioni e regimi fascisti in Europa. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 9-34.

Comprendere l'incomprensibile: l'olocausto e la storia del diritto. *Pólemos. Rivista semestrale di diritto, politica e cultura*, n. 1, p. 193-206, 2010.

La polizia nella prima età moderna. In: BLANCO, Luigi (ed.). *Dottrine e istituzioni in Occidente*. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 35-56.

Storia del diritto pubblico in Germania. v. 2 (1800-1914). Milano: Giuffrè, 2014.

Traduções ao português

O Perfil do juiz na Tradição Europeia. Tradução de Isabel Graes. In: BARBAS HOMEM, A. P.; VERA-CRUZ PINTO, E.; COSTA E SILVA, P.; VIDEIRA, S.; FREITAS, P. (Ed). *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 21-34.

Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 9, n. 2, p. 20, p. 13-39, 2014.

O Olho da Lei. Tradução de Thiago Saddi Tannous. Curitiba: Doyen, 2014.

Entrevista realizada em dezembro de 2014.

Seção de Notícias

A seção de notícias é um espaço permanente, apresentado no último número de cada ano do periódico. Sua finalidade é apresentar e registrar os principais acontecimentos acadêmicos do Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito e da UFRGS. Com a seção, a revista apresenta fatos, mas também passa a ser um espaço de memória, que poderão ser acessados no futuro, para estudos sobre o espaço acadêmico no qual se desenvolvia a publicação e a formação de novos pesquisadores.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 2014.

UFRGS comemora Oitenta Anos em 2014 com Programação Especial

21 de fevereiro de 2014

Neste ano, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul completa oitenta anos de existência e, para comemorar, preparou uma programação especial para 2014. Uma das atrações é o fotógrafo Sebastião Salgado, reconhecido internacionalmente por seus registros em preto e branco, que estará em Porto Alegre por ocasião do Festival Internacional da Fotografia de Porto Alegre – FestFotoPoa. No dia quatorze de março, às 10h, Salgado ministra a Aula Magna da UFRGS, no Salão de Atos. A atividade é aberta à comunidade, com entrada franca.

Aula espetáculo com Gilberto Gil – Em maio, a UFRGS recebe o músico Gilberto Gil para uma aula espetáculo. No dia quatro, às 20h, no Salão de Atos, o baiano toca, canta e conversa com o público.

Festival de Violão – Em setembro, acontece o Festival de Violão. O já tradicional evento da agenda brasileira tem como principal atração o compositor, multinstrumentista e cantor Egberto Gismonti, conhecido pela experimentação que desenha em sua obra.

Ópera – Devido ao grande sucesso de público das montagens *Dido e Enéas* e *Orfeu*, em 2013, os espetáculos terão, em 2014, apresentações no Theatro São Pedro. As temporadas ocorrem em julho, de *Dido e Enéas*, e, em outubro, de *Orfeu*.

Compositores gaúchos – Clássico evento de música da UFRGS, o Unimúsica deste ano homenageia os compositores gaúchos Lupicínio Rodrigues, Armando Albuquerque, Nei Lisboa, Octávio Dutra, Teixeirinha, Vitor Ramil e Radamés Gnatalli. As apresentações ocorrem de julho a dezembro.

Samba de aniversário – No dia em que a Universidade completa oitenta anos, em 27 de novembro, um grande show ao ar livre comemora a data. A Velha Guarda da Portela toca para o público em uma estrutura especial montada no Parque da Redenção, a partir das 20h.

Exposição de obras raras – Para promover a memória artística do Rio Grande do Sul, em novembro, o Instituto de Artes exibe obras inéditas à comunidade, de artistas como Ado Malagoli, Aldo Locatelli, Ângelo Guido e Pedro Weingartner, entre outros. São mais de seiscentas peças, que estarão expostas no segundo andar da Reitoria da UFRGS e poderão ser apreciadas pelo público gratuitamente.

Adaptado de:
<http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/ufrgs-comemora-80-anos-em-2014-com-programacao-especial>.

A Profa. Claudia Lima Marques é uma das Dezessete Professoras da UFRGS Homenageadas com a Exposição de Fotografia na Reitoria *Ciência: Substantivo Feminino*

16 de outubro de 2014

Na semana em que se comemora Dia dos Professores, foi lançada na UFRGS a exposição *Ciência, substantivo feminino*, com fotografias de dezessete importantes pesquisadoras da Universidade, no espaço UNIFOTO do Saguão da Reitoria, Campus Centro. As fotografias são da professora da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Ana Taís Portanova, e ficam em exposição até o dia quinze de novembro, com visitação gratuita. O pró-reitor de pesquisa, José Carlos Frantz, representando o reitor no lançamento da exposição, apontou

a iniciativa como "Um marco pela beleza plástica e pelo significado que traz de projeção das mulheres pesquisadoras da Universidade".

O grupo selecionado é de pesquisadoras que fazem parte do nível 1A do CNPq, mais alto nível na pesquisa científica. A docente na Faculdade de Educação (FACED) Denise Leite está entre as fotografadas. Ele afirma que, inicialmente, achou estranho o convite para fazer parte do projeto. "Recebemos visibilidade pelo que produzimos, pelas publicações; nunca pelo nosso ser mulher, nossos corpos... Depois, achei muito interessante". Sobre a fotografia em exposição, ela disse ter sido muito acertada, pois foi feita do lado de fora da Faculdade: "Na Educação, nosso laboratório é aberto, é com as pessoas, com a comunidade", complementa.

Do Universo de pesquisadores 1A do CNPq na UFRGS, cerca de apenas 10% são mulheres. Do total de dezenove mulheres nesse grupo, dezessete aceitaram fazer parte do projeto. Nesse sentido, a exposição tem o objetivo, também, de chamar a atenção para essa diferença entre o acesso ao topo da carreira. A pesquisadora Mara Helena Hutz elogiou a iniciativa e gostou do resultado final. Segundo ela, o número de pesquisadoras na iniciação científica é de 56% do total, mas, nas carreiras de pesquisador nível 1, a proporção de mulheres é inferior à dos homens. Vinda de uma área com presença ainda menor de mulheres, a professora Miriani Pastoriza, da Astrofísica, destaca a oportunidade de visibilidade para a área e o incentivo que pode dar às jovens que são pouco incentivadas a seguir a carreira científica. "A mulher é muito incentivada a ser enfeite na sociedade. Precisamos ser protagonistas e espero que essa exposição incentive isso", comentou.

A responsável pelas fotografias, Ana Taís Portanova, destaca, também, o caráter político da exposição. "A ciência precisa ampliar espaços para a mulher e se feminizar, para dar

maior visibilidade à presença da mulher na ciência e também fornecer modelos para as jovens pesquisadoras". O ensaio integra a programação dos oitenta anos da UFRGS e teve produção fotográfica dentro do programa UNIFOTO, do Departamento de Difusão Cultural da Pró-Reitoria de Extensão, com o apoio da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação (FABICO), do Instituto de Física e Secretaria de Comunicação. A curadoria da exposição é de Mario Bitt-Monteiro, do Núcleo de Fotografia da FABICO.

Homenageadas na Exposição

Adriana Raffin Pohlmann - Química
Amelia Teresinha Henriques - Farmácia
Angela Terezinha de Souza Wyse - Bioquímica
Claudia Lee Williams Fonseca - Antropologia
Claudia Lima Marques - Direito
Denise Balarine Cavalheiro Leite - Educação
Elfrides Schapoval - Farmácia
Iclea Maria Borsa Cattani - Artes Visuais
Jocelia Grazia - Zoologia
Mara Helena Hutz - Genética
Maria Inês Schmidt - Medicina
Miriani Griselda Pastoriza - Física
Regina Zilberman - Letras
Sandra Cristina Pereira Costa Fuchs - Medicina
Silvia Helena Koller - Psicologia
Sílvia Stanisçuaski Guterres - Farmácia
Thaisa Storchi Bergmann - Física

Adaptado de:
<http://www.educacionista.org.br/jornal/index.php?option=com_content&task=view&id=25259&Itemid=56>.

UFRGS obtém Nota mais Alta entre as Universidades avaliadas pelo MEC

19 de dezembro de 2014

Pelo terceiro ano consecutivo, a UFRGS foi a universidade mais bem avaliada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC). Em 2014, recebeu nota de IGC-Contínuo 4,296, o maior entre todas as universidades do País. Esse resultado corresponde ao conceito 5, valor máximo na avaliação de indicadores de qualidade da Educação Superior do Inep/MEC, divulgada nessa sexta-feira, dezenove, pelo ministro da Educação, Henrique Paim, e pelo presidente do Inep, Chico Soares. A classificação abrange um conjunto de 192 universidades e institutos federais. O processo avalia, ao todo, 2.020 instituições de ensino superior.

O IGC leva em consideração o Conceito Preliminar de Curso (CPC) que avalia as graduações e os conceitos médios de Mestrado e doutorado, segundo as avaliações da CAPES. Nos dois anos anteriores, a UFRGS havia obtido IGC de 4,28. Na formulação da nota final, a Universidade também recebeu o maior Conceito Médio para Mestrado do País, de 4,7982, em escala que vai até cinco.

Graduações bem avaliadas

As graduações da UFRGS receberam destaque na avaliação. Os cursos de Biomedicina e Fisioterapia obtiveram o conceito máximo, 5, sendo cada um deles o segundo melhor curso do Brasil em suas áreas, de acordo com o CPC. Os cursos de Farmácia, Enfermagem, Fonoaudiologia (4º melhor do Brasil), Nutrição, Medicina Veterinária, Odontologia e Agronomia receberam o conceito 4.

Apenas Medicina recebeu o conceito insuficiente no CPC, com nota 2. Conforme a direção da Faculdade de Medicina, o resultado deve-se ao boicote dos alunos à prova do Enade, que representa 55% do total da nota. A Faculdade informa que solicitou uma avaliação junto ao Ministério da Educação, compromete-se a cumprir as metas para uma nova avaliação e esclarece que não há qualquer alteração nas vagas ofertadas para o Vestibular 2015.

Para o reitor, Carlos Alexandre Netto, os índices divulgados, que colocam a UFRGS pela terceira vez consecutiva como a melhor entre as universidades brasileiras, demonstram a seriedade do trabalho realizado na instituição. "Não poderíamos receber melhor notícia no ano em que celebramos oitenta anos de existência. Esta conquista é fruto de um esforço conjunto de toda a comunidade universitária. Parabéns àqueles que construíram esse resultado."

Adaptado de:
<http://www.ibe.usp.br/index.php/pt/noticias/355-vencedores-do-1-premio-ibe-apresentam-seus-projetos-no-encerramento-do-3-congresso-anual>.

Defesas de Dissertações e Teses de 2014

Dissertações de Mestrado

A Correta Delimitação do Critério Espacial do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

Larissa Rodrigues Laks
Data de defesa: 02/07/2014

Resumo: O presente estudo trata da definição do critério espacial de incidência do ISSQN segundo os princípios constitucionais da autonomia municipal, do federalismo e da territorialidade tributária. Considerando que a distribuição de competências tributárias é formulada de forma rígida pela Constituição Federal, abordaremos a possibilidade de a Lei Complementar nº 116/03, a pretexto de fixar normas gerais e dirimir conflitos de competência em matéria tributária, tenha a possibilidade de alterar a regra definida segundo o princípio da territorialidade tributária, que determina a competência dos municípios dentro de sua área geográfica. Para o desenvolvimento do estudo, abordaremos os critérios integrantes da regra-matriz de incidência do Imposto, segundo o princípio da territorialidade e as possibilidades de relativização deste princípio nas situações que envolvam os chamados serviços multilocais ou fracionados e as importações de serviços. A dissertação tem como tema central a discussão acerca da possibilidade de cobrança do ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza –, de acordo com a regra estabelecida na legislação complementar, que prevê a incidência do imposto no local onde situado o estabelecimento prestador ou no domicílio do prestador. Nosso objetivo é provar que esta regra não está de acordo com a Constituição Federal e que a correta definição da competência para a cobrança do ISSQN é estipulada segundo o local onde efetivamente prestados os serviços, entendimento este que encontra respaldo nas decisões atualmente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISSQN. Critério Espacial. Competência Tributária Municipal. Decreto-Lei 406/1968. Lei Complementar nº 116/03.

Abstract: The present study is about the definition of space criteria of incidence of the ISSQN according to the constitutional principles of municipal autonomy, federal principle and territoriality taxation. Considering that the distribution of tributary competences is formulated in a rigid way by the Federal Constitution, this study will approach the possibility of the Declaratory Statute nº 116/03, whit the pretext of assigning general norms and resolve competence conflict off tributary laws, given the possibility off changing the rule defined according to the territorial taxation principle, that determines the competence of the municipalities within their geographic area. For the development of the study, the criteria integrating the rule array of the tax incidence will be approached, according to the principle of territoriality and the possibilities of relativization of this principle in the situations involving so-called multi-site and fractional services and the importations of service. The dissertation has as central subject the discussion about the possibility of collection of ISSQN (Acronym for Tax on Services of Any Nature), according the rule established on the declaratory legislation, which predicts the incidence of tax in the site where either the business or the domicile of the service provider are located. The goal in this study is to prove that this rule is not in accordance with the Federal Constitution and that the accurate definition of the competence to collection of ISSQN is determined according to the site where the services were effectively rendered, such understanding that is supported by the recent decisions of the STJ court (Superior Court of Justice).

Keywords: Tax on Services of Any Nature. Space Criteria. Municipal Tax Competence. Decree-Law 406/1968. Declaratory Statute 116/2003.

A Defesa dos Direitos dos Consumidores frente às Alterações no Procedimento de Análise dos Atos de Concentração pelo CADE

Lisiane Maria Giordani
Data de defesa: 11/08/2014

Resumo: O procedimento de análise e aprovação das concentrações foi modificado pela nova Lei n° 12.529/2011, vigorando agora a forma prévia de análise dos atos de concentração. A análise prévia abre, para o consumidor, a possibilidade de mais uma via de proteção, que alarga o campo de ingerência do Estado na defesa do direito dos consumidores, reforçando o respeito à dignidade da pessoa humana. Isso poderá ser feito por meio de terceiros interessados, que promoverão uma proteção prévia do consumidor junto ao CADE. A previsão legal que possibilita essa proteção prévia do consumidor é uma ferramenta importante que amplia o leque de opções na defesa do consumidor, sendo mais uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo a pessoa que é o centro do ordenamento jurídico. Por meio do diálogo entre o direito do Consumidor e o Direito da Concorrência, a intervenção de terceiros interessados na defesa do consumidor poderá contribuir para a evolução do mercado no que toca ao respeito ao direito do consumidor.

Palavras-chave: Direitos dos Consumidores. CADE.

Abstract: The procedure for examining and approving the Merger was modified by the new Law 12.529/2011, now in effect prior form of analysis of mergers. The previous analysis opens to the consumer the possibility of another way of protection, which extends the scope of interference by the State in defending consumers' rights, strengthening respect for human dignity. This can be done by third parties, which will promote a prior consumer protection within CADE. The legal provision that allows such prior consumer protection is an important tool that expands the range of options in consumer and is an embodiment of the principle of human dignity, protecting the person who is the center of the legal system. Through dialogue between the Consumer Law and the Competition Law, the

participation of third parties in protecting consumers can contribute to market developments with regard to respect for the rights of the consumer.

A Noção de "Monarquia Católica" segundo o Historiador Serge Gruzinski: Aspectos Metodológicos, Simbólicos e Institucionais no Período Hispano-Colonial

Grasiela de Souza Thomsen Giorgi
Data de defesa: 18/08/2014

Resumo: O presente trabalho investiga os métodos utilizados pelo etno-historiador Serge Gruzinski – as *Connected Histories* e a História das Sensibilidades – com a finalidade de compreender como foram construídas as instituições jurídico-políticas pela monarquia católica na América Espanhola até o final da dinastia dos Habsburgos, a partir de uma realidade hegemônica preexistente nos povos pré-colombianos. Não foi possível a simples implantação do sistema institucional hispânico e também não se perpetuaram as instituições pré-colombianas, criando-se instituições mescladas. Trata-se de uma realidade complexa, na qual não podem ser considerados apenas indígenas e espanhóis, pois através deste contato surgiram os mestiços e na América nasceram os *criollos*. Aportaram no Novo Mundo negros, povos de outras raças que se misturaram. Esta mistura não ocorreu apenas no aspecto biológico, mas antes na religião, na escrita e nas instituições. O método das *connected histories* foi criado por Sanjay Subrahmanyam e adotado por Gruzinski. Os principais desencadeadores deste método, quando aplicado à América Espanhola, são: a função mediadora dos *passeurs culturels* a descentralização da história e as mestiçagens. Os *passeurs* são quem realiza os processos de ocidentalização e de globalização. A descentralização da história substitui o polo único europeu ou ibérico por uma pluralidade de centros localizados na periferia, buscando a elaboração da história de forma global e não reducionista. A Monarquia Católica é o campo de observação e aplicação deste método porque está para além dos

limites do Estado-nacional. Os elementos mestiços tem sido ignorados ou desvalorizados ao longo da história, mas são importantes porque aprofundam a história e apresentam as realidades complexas, para além de espanhóis e indígenas. Destaca-se também a importância das imagens e do imaginário, que podem expressar uma ideia diretamente, cujas reações são difíceis de traduzir em palavras. É importante captar a história para além das expressões intelectuais ou técnicas, sob pena de haver um reducionismo na apreensão do passado. Trata-se do método da história das sensibilidades. Por fim, é importante destacar a visão de Matthew Restall em relação aos mitos da conquista espanhola, com sua crítica ao mito da superioridade dos espanhóis, pois não podemos partir da premissa de que os espanhóis eram em algum sentido melhores do que os nativos americanos, sob pena de não compreendermos a complexidade da história gerada a partir do contato entre estes dois mundos.

Palavras-chave: Monarquia Universal. Instituições. Simbolismo. Miscigenação. Mestiçagem. Connected Histories. América Espanhola. Civilizações Pré-Colombianas. História do Direito. Ocidentalização.

Abstract: The present work searches the methods used by the etno historian Serge Gruziski – The Connected Histories and the Sensibilities' History – to understand how the Catholic Monarchy built the political and juridical institutions of the Spanish America until the end of the Habsburg Dynasty, upon a hegemonic reality pre-existent in the pre-Columbian peoples. The simple implantation of the Spanish institutional system was impossible, as was the perpetuation of the pre-Columbian institutions, originating mixed institutions. It was a complex reality, in which we cannot just consider Indians and Spaniards, because from this very contact emerged mestizos and in America, *creoles* were born. Negroes and other races docked in America and mixed. This mix don´t happen only in the biologic sense, but also and above all in the religion, in the writings and in the institutions. The connected histories method was created by Sanjay Subrahmanyam and adopted by Gruzinski. The main elements of this method, when applied to the Spanish America, are the mediator paper of the *passeurs culturels*, the history´s decentralization and the miscegenation. The *passeurs* are the actors who made

the processes of the westernization and globalization. The history´s decentralization replaces the only European pole by a plurality of centers situated in the periphery, seeking to elaborate a global history and not a reductionist version of it. The Catholic Monarchy is the field of observation and application of this method, because it is beyond the limits of the State Nation. The mestizos has been ignored or devaluated through the history, but they are important because they deepen the history and show complex realities, beyond Spaniards and Indians. Noteworthy is also the importance of the images and the imaginary, that can express an idea directly, whose reactions are difficult to translate in words. It´s important to understand the history beyond the intellectual and technical expressions, otherwise we generate a reductionist view and comprehension of the past. This is the method of the Sensibilities' History. Finally, it's important to highlight Matthew Restall's view towards the myths of the Spanish Conquer, with his critic to the myth of the Spanish superiority, because we cannot start by the premise that the Spaniards were in either way better than the native Americans, otherwise we will be unable to understand the complexity of the history generated by the contact between this two worlds.

Keywords: Universal Monarchy. Institutions. Symbolism. Miscegenation. Mestizaje. Connected Histories. Spanish America. Pre-Columbian Civilizations. Law History. Westernization.

A Ordem Pública na Arbitrabilidade de Disputas Comerciais Internacionais na Perspectiva Brasileira

Lucas Gerhardt Gavronski
Data de defesa: 24/11/2014

Resumo: A Dissertação trata da influência da Ordem Pública na arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais, na perspectiva brasileira. Na sua primeira parte, traçam-se as bases teóricas da noção de Ordem Pública e as suas repercussões no ordenamento brasileiro. Na segunda parte, examina-se a Convenção de Nova York de 1958 e,

especialmente, o papel que a noção de Ordem Pública desempenha no seu regime. A partir daí, aborda-se a questão da arbitrabilidade e do dever dos árbitros de proferir uma sentença exequível para se concluir que a observância da Ordem Pública é um requisito de arbitrabilidade, nos termos da Convenção de Nova York de 1958.

Palavras-chave: Ordem Pública. Arbitragem Comercial. Convenção de NY.

Abstract: The thesis regards the influence of Public Policy in the arbitrability of international commercial disputes, in the Brazilian perspective. In its first part, it sets the theoretical basis of the Public Pulicy notion and its repercussion in the Brazilian legal system. In its second part, it examines the 1958 New York Convention and, especially, the role of Public Policy in the Convention's regimen. From that point, it analyzes the issue of arbitrability and the arbitrators' duty to render an enforceable award, to conclude that compliance with Public Policy is a requirement of arbitrability under the 1958 New York Convention.

Keywords: Public Policy. Commercial Arbitration. NY Convention.

A Proteção da Boa-Fé na Relação Contratual: uma Abordagem de Direito e Economia

Fernando Santos Arenhart
Data de defesa: 16/10/2014

Resumo: Este trabalho tem como objetivo principal analisar a cláusula geral da boa-fé contratual sob uma perspectiva interdisciplinar, utilizando-se de uma abordagem de direito e economia. Muito embora tenha havido evidente evolução na conceituação da boa-fé, a ponto de hoje se exigir um comportamento observável (aspecto objetivo), a dogmática jurídica muitas vezes reconduz o problema da boa-fé à análise de critérios subjetivos, utilizando-se de expressões tais como "lealdade", "retidão", "honestidade" e "honradez". Tendo em vista que

a cláusula geral da boa-fé só adquire sentido na tarefa jurisdicional, sob uma ótica pragmática, torna-se necessário uma perspectiva que seja efetivamente objetiva, colaborando para tanto a análise econômica. Esta, ao descrever com maior precisão os problemas relacionados à interação estratégica das partes de uma relação contratual, permite a compreensão da boa-fé como uma situação de ausência de oportunismo. A conclusão a que se chega é que a cláusula geral da boa-fé, ao se prestar para a intervenção judicial no âmbito dos contratos, deve ser aplicada com parcimônia, restrita a situações em que os institutos tradicionais do direito privado não são suficientes para combater o comportamento oportunista.

Palavras-chave: Boa-Fé. Contratos. Direito e Economia.

Abstract: This work aims to study the general clause of good faith under an interdisciplinary perspective, using an law and economics approach. Although there has been progress in the conceptualization of good faith, to the point that today it requires an observable behavior (its objective sense), the legal doctrine often leads back the issue of good faith to the analysis of subjective criteria, using expressions such as "loyalty", "righteousness", "honesty" and "integrity". Given that the general clause of good faith acquires meaning only in the judicial task, under a pragmatic perspective it is necessary a perspective that is actually objective, contributing to this the economic analysis. Describing more precisely the problems related to the strategic interaction between the parties to a contractual relationship, the economic analysis allows the understanding of good faith as a situation of absence of opportunism. The conclusion reached is that the general clause of good faith, to justify judicial intervention under the contracts, should be applied sparingly, restricted to situations in which traditional institutions of private law are not sufficient to combat opportunistic behavior.

Keywords: Good faith. Contracts. Law and economics.

A Proteção das Indicações Geográficas e o Direito Internacional

Andréa Rocha Postiga
Data de defesa: 07/07/2014

Resumo: A proteção das indicações geográficas surge como resposta à filosofia da produção em massa, trazida eminentemente pelos países do — novo mundo. Nessa esteira, a preocupação com a qualidade e com a origem dos alimentos adquire crescente importância na gerencia das questões relativas à proteção do consumidor, à livre-concorrência e à saúde pública. Trata-se, assim, de questão de ordem pública, ligada à promoção do desenvolvimento rural, constituindo importante ferramenta para os países que tem o setor rural forte, porém insipiente, carente de controle e desorganizado. O crescimento da procura por esta categoria de bens comprovou que o público consumidor está disposto a pagar um preço premium para ter um produto supostamente melhor. Entretanto, para que as indicações geográficas estejam hábeis a realizar seus objetivos, faz-se necessária sua proteção, buscando coibir fraudes, o mau uso e a contrafação. A regulação e a proteção desses produtos passou então a exorbitar a própria esfera nacional, demandando proteção além das fronteiras, em razão da expansão do comércio internacional. Esse clamor por regulação foi tomado como ponto de partida na elaboração deste trabalho, buscando compreender como foram geridas as necessidades decorrentes da conjuntura apresentada. Busca-se compreender os efeitos decorrentes da diferença entre tipos e níveis de proteção das IGs hoje existentes, apresentando também recomendações para o aprimoramento institucional e regulatório, aumentando-se as oportunidades e benefícios e reduzindo-se as ameaças. A convergência mínima entre os planos nacional, bilateral, regional e multilateral tem papel fundamental nesse projeto, pois dela depende a durabilidade desta proteção. O estudo foi estruturado em duas partes, divididas cada uma em três subpartes. Na primeira, são abordadas as formas de regulação hoje vigentes nos dois principais contextos de proteção desses produtos: UE, com seu sistema específico (sui generis) (1.1) e EUA, fazendo uso da proteção pela via do direito das marcas (1.2). Analisa-se o sistema adotado em cada espaço, atentando-se por último para as diferenças regulatórias existentes e as dificuldades delas

decorrentes (1.3). Na segunda parte, elucida-se a regulação vigente no plano internacional, as instituições envolvidas e os problemas existentes, dividindo-a em três subpartes: a regulação instituída pela OMPI por meio dos acordos administrados (2.1); a regulação imposta pela OMC através do Acordo TRIPS (2.2); e os acordos bilaterais (2.3), que têm-se revelado como forte tendência neste campo. Por fim, conclui-se com a apresentação do cenário atual, trazendo-se ainda uma reflexão acerca da importância deste tema e da existência de um regramento adequado em seu entorno. A preservação desses signos constitui um fim em si mesmo, pois os benefícios que aporta não são meramente econômicos, promovendo uma efetiva mudança no modo de ver o patrimônio imaterial e as riquezas locais.

Palavras-chave: Direito Internacional. Propriedade Intelectual. Indicações Geográficas. OMC. Comércio Internacional. Acordos Bilaterais.

Abstract: The protection of geographical indications is a response to the philosophy of mass production, eminently brought by the countries of the "new world." On this track, the concern with the quality and the origin of the food should be as present as concern for health, consumer protection and free competition in the drafting of the regulation of the matter. It is a matter of public policy, linked to the promotion of rural development as an important tool for countries that have strong rural sector, however incipient, lacking control and disorganized. The growth in demand for this category of goods proved that the consuming public is willing to pay a premium price to have a supposedly better product. However, in order for the geographical indications to accomplish its goals, their protection is essencial, avoiding fraud, misuse and counterfaction. The issue of regulation and protection of these products have reached farther than their own national sphere, demanding protection beyond its borders, due to the expansion of international trade. This call for regulation has been taken as a starting point in the preparation of this work, trying to understand how these needs were managed in this context. We seek to understand the effects of the difference between types and levels of protection of GIs, and also provide recommendations for the institutional and regulatory improvements, increasing the opportunities and benefits and reducing the threats. The minimum

convergence between the national, bilateral, regional and multilateral levels plays a key role in this project, because it determines the durability of this protection. For that matter, the study was structured in two parts, each divided into three subparts. At first, it addresses the forms of regulation currently in force in two main contexts of protecting these products: the EU under its sui generis system (1.1) and the USA adopting the trademark regulation (1.2). It analyzes the systems adopted in each space and finally the focus is turned to the existing regulatory differences and difficulties arising therefrom (1.3). The second part elucidates the current regulations at international level, the institutions involved and the existing problems, dividing it into three subparts: the regulation established by the WIPO administered through agreements (2.1); the regulation imposed by the WTO through TRIPS Agreement (2.2), and concluding by the study of bilateral agreements (2.3), which has proved how strong a trend it is in this field. Finally, it concludes with the presentation of the current scenario, still bringing a reflection on the importance of this issue and the existence of a suitable ruling for the subject. The preservation of these signs is an end in itself; the benefits it brings are not merely economic, playing an important role on the promotion of an effective change in perception intangible heritage and local wealth.

Keywords: International Law. Intelectual Property. Geographical Indications. WTO. International Trade. Bilateral Treaties.

A Questão Religiosa e a Relação Igreja-Estado na Visão de Candido Mendes de Almeida

Cézar Rosès Rizzon
Data de defesa: 02/08/2014

Resumo: O presente retrata o debate gerado após o conflito entre Igreja e Estado, mais conhecido como "Questão Religiosa", ocorrido em 1870, na época do Segundo Império, dando-se ênfase ao pensamento do erudito Senador Cândido Mendes de Almeida sobre a referida questão de defender a Igreja Católica perante o Império. Para tanto, são citadas as obras do autor que tiveram maior relevância no assunto,

em especial o Direito Civil Eclesiástico Brasileiro, que ordena as fontes jurídicas civis e eclesiásticas. Ademais, serão analisados demais documentos, autores e posições políticas do período, utilizando-se deste modo o método de análise de fontes da época.

Palavras-chave: Cândido Mendes. Questão Religiosa. Igreja-Estado.

Abstract: This dissertation portrays the debate raised after the conflict between Church and State, better known as "Religious Issue", occurred in 1870, at the time of the Second Empire, giving emphasis to the thought of the Senator Candido Mendes de Almeida on that question of defending the Catholic Church against the Empire. To do so, are cited works of the author that had greater relevance in this subject, particularly the Brazilian Civil Ecclesiastical Law, which orders the civil and ecclesiastical legal sources. In addition to that, other documents, authors and political positions of the period will be analyzed, using the analysis of contemporary sources method.

Keywords: Candido Mendes. Religious Issue. Church-State.

A Regulamentação da Exclusão Extrajudicial de Sócio na Sociedade Empresária Limitada: Requisitos e Procedimentos do Art. 1.085 do Código Civil Brasileiro

Diogo Merten Cruz
Data de defesa: 26/09/2014

Resumo: Esta dissertação propõe-se a analisar a regulamentação da exclusão extrajudicial de sócio na sociedade empresária limitada no direito brasileiro, tendo como núcleo da pesquisa a incidência e aplicação das disposições do artigo 1.085 do Código Civil sobre o tema, a partir do qual são abordados os requisitos de ordem material e procedimental necessários para que se possa lançar mão de tal ferramenta jurídica, que tem por principal objetivo a proteção da empresa e de sua continuidade diante dos atos de inegável gravidade praticados pelos sócios minoritários. Busca-se analisar os elementos que permitam uma compreensão do instituto a fim de facilitar e

disseminar sua utilização. Para tanto, aborda-se no primeiro capítulo os pressupostos deontológicos do contrato de sociedade limitada no direito brasileiro, com a análise dos deveres dos sócios e da utilização do fim social como parâmetro interpretativo da conduta dos sócios frente tais deveres. No segundo capitulo é abordada a justa causa da exclusão extrajudicial de sócio no Código Civil brasileiro, sendo realizada a apresentação das justas causas da exclusão judicial e extrajudicial de sócio, para que, posteriormente, seja abordado o conceito de atos de inegável gravidade que coloquem em risco a continuidade da empresa. No terceiro capítulo são analisados os requisitos prévios ao conclave no qual será tomada a deliberação de exclusão de sócio. Finalmente, no quarto capítulo são abordados os requisitos formais relativos ao conclave no qual a deliberação do sócio será tomada.

Palavras-chave: Sociedade Empresária Limitada. Exclusão. Extrajudicial. Sócio. Empresa. Requisitos Materiais. Procedimento.

Abstract: This master thesis proposes to examine the regulation of the non-judicial expel of a partner from the limited liability companies in the Brazilian Law. The research has as its core the provisions of the article 1085 of the Brazilian Civil Code, from which it examines the material and the procedural requirements for the company to use the legal tool represented by the non-judicial expel of a partner. The main purpose of such nonjudicial expel is to protect the company and the continuity of its enterprise, regarding the undeniable gravity of acts committed by the minority of shareholders. This essay aims to analyse the elements that allow an understanding of the institute to facilitate and disseminate their use. For that, it is discussed in the first chapter the ethical assumptions of the limited liability companies in the Brazilian Law, with the analysis of the partners duties and the use of the company purposes as an interpretative parameter of the members conduct considering those duties. In the second chapter it is addressed the cause of the non-judicial expel of a partner in the Brazilian Civil Code. In this part of the essay, the causes of judicial and non-judicial expel of a partner will be compared to gather the elements to analyze the concept used by the article 1085 of the Brazilian Civil Code: the acts of undeniable gravity to bring the enterprise continuity into risk. In the third chapter, the

requirements prior to the conclave, in which the determination of expel of a partner will be taken, are analyzed. Finally, the fourth chapter examines the formal requirements concerning the conclave in which the expel of the partner will be decided.

Keywords: Limited Liability Company. Partners. Expel. Non-judicial. Enterprise. Material Requirements. Procedural Requirements.

A Vulnerabilidade dos Consumidores no Comércio Eletrônico e a Proteção da Confiança na Atualização do Código de Defesa do Consumidor

Rodrigo Eidelvein do Canto
Data de defesa: 28/08/2014

Resumo: O presente trabalho analisa as relações de consumo no âmbito do comércio eletrônico a partir dos princípios da confiança e vulnerabilidade. Aborda o contexto contemporâneo no qual está inserido o comércio eletrônico e de seus reflexos no agravamento da vulnerabilidade e no abalo da confiança dos consumidores. Expõe, brevemente, as transformações ocorridas na tecnologia, na sociedade, na cultura, na economia e no Estado de Direito, com o intento de demonstrar que o comércio eletrônico emerge de um momento conturbado. Discorre sobre a vulnerabilidade inerente à relação de consumo e o seu agravamento com a nova situação promovida pelo avanço tecnológico. Aponta que a reconstrução da confiança dos consumidores é o caminho a ser seguido para adaptar o direito consumerista aos novos desafios propostos pelo comércio eletrônico. Ressalta a importância do diálogo das fontes para reconstruir a confiança dos consumidores, preencher as lacunas legislativas e assegurar que o direito não se torne um sistema autônomo da realidade. Examina a regulamentação do comércio eletrônico na ONU, na OECD, na União Europeia e nos países do MERCOSUL, como evidência da necessidade de fortalecer o direito do consumidor por intermédio de um tratamento legislativo especializado. Conclui, com base no Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que a atualização

pontual do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é a maneira mais adequada de reconstruir a confiança do consumidor e reforçar o princípio da vulnerabilidade

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Comércio Eletrônico. Contrato Eletrônico. Princípio da Confiança. Princípio da Vulnerabilidade. Proteção do Consumidor.

Abstract: The present work analyses, from the perspective of trust and vulnerability, the consume relations in the scope of electronic commerce. It addresses the contemporary context in which electronic commerce is inserted and its repercussions in the worsening of consumer's vulnerability and in the shake of their trust. It briefly shows the changes that happened in technology, society, culture, economy and state of law, to shows that electronic commerce raises from a troubled time. It talks of the inherent vulnerability of consume relations and its worsening due to the new scenario promoted by technological progress It points that rebuilding of consumer's trust is the path to be followed in order to adjust consumer law to the new challenges proposed by electronic commerce. It highlights the importance of dialogue between sources to rebuild consumer's trust, to till in the law blanks and to ensure that the law do not becomes a system departed from reality. It examines electronic commerce regulation in the UN, in the OECO, in the European Union and in the countries of MERCOSUR, as an evidence of the need to strengthen consumer law through a specialized legislative handling. Based on the Senate bill n. 281/2012, it concludes that punctual updates in Brazilian consumer protection code is the most suitable way of rebuilding consumer's trust and reinforcing the principle of vulnerability.

Keywords: Consumer Law. Electronic Commerce. Electronic Contract. Principle of Trust. Principie of Vulnerability. Consumer Protection.

Alteração do Objeto Social e Exercício do Direito de Recesso

Fernanda Rossetto Fossati
Data de defesa: 11/08/2014

Resumo: O presente estudo versa sobre a hipótese de exercício do direito de recesso no caso de mudança do objeto social da companhia, nos termos dos artigos 136, inciso VI, e 137 da Lei das Sociedades Anônimas. Para tanto, valendo-se dos ensinamos de autores nacionais e estrangeiros, em especial, autores italianos, inicia-se a análise com a conceituação e definição de objeto social, de modo a apresentar elementos necessários ao estudo da hipótese legal prevista no art. 136. Ainda, de forma a apresentar as conceituações básicas para o desenvolvimento do estudo proposto, expõe-se na segunda parte do trabalho uma investigação sobre o instituto do recesso, através de uma análise histórica e conceitual do direito originado no sistema italiano e replicado por diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro. O tema central é trabalhado no último capítulo, onde se propõe o estudo específico sobre a identificação de quais mudanças do objeto justificariam o exercício do direito de recesso, sugerindo uma interpretação casuística com aplicação de critérios de complementaridade, econômico e temporal para definir quais atos de modificação efetivamente poderiam ser considerados para os fins do art. 137 da LSA. Adicionalmente, propõe-se um exame crítico sobre as tutelas garantidas pelo sistema jurídico societário brasileiro nos casos do exercício do recesso quando da mudança do objeto, uma vez que já foram constatados casos de abuso do direito de retirada. Por fim, questiona-se qual a solução prevista no sistema societário para os casos de aplicação genérica do reconhecimento da mudança do objeto para o exercício do recesso, uma vez que a opção da retratação pelos administradores da empresa (art. 137, § 3° da LSA), de forma a evitar o recesso que gere efeitos econômicos substanciais para a companhia, nem sempre é a melhor solução, pois engessa o desenvolvimento das atividades empresariais ao impedir a adaptação das formas de agir em prol da defesa dos interesses econômicos dos acionistas.

Palavras-chave: Direito Societário. Direito de Recesso. Objeto Social. Mudança do Objeto Social. Retirada. Princípio Majoritário. Atividade Empresarial. Abuso de Direito.

Abstract: This study deals with the hypothesis of exercising the right of dissent and appraisal in case of change of a company's business purpose under article 136, item VI, and article 137 of the Brazilian Corporate Law. To this end, based on the teachings of national and foreign authors, especially Italian ones, we start our analysis by conceptualizing and defining 'business purpose' in order to present the elements necessary for studying the legal hypothesis of article 136. In addition, in order to present the basic conceptualizations for undertaking the proposed study, in the second part of the work we conduct an investigation into the doctrine of the right of dissent and appraisal through a historical and conceptual analysis of the right originated in the Italian system and replicated by different legal systems, including the Brazilian one. The central theme is covered in the last chapter, where we propose a specific study aimed at identifying which changes in the business purpose would justify exercising the right of dissent and appraisal, suggesting a case-based interpretation by applying supplementary, economic and temporal criteria to specify which changes could really be considered for the purposes of article 137 of the Brazilian Corporate Law. Additionally, we propose a critical examination of the remedies provided by the Brazilian corporate legal system regarding the exercise of the right of dissent and appraisal when changing the business purpose, considering that cases of abuse of the right of dissent and appraisal have already occurred. Finally, we examine the solution offered by the corporate system to the cases concerning the generic acceptance of the change of business purpose for exercising the right of dissent and appraisal, considering that the option of revocation by company directors (set out in Paragraph 3, article 137 of the Brazilian Corporate Law) to avoid the right of dissent and appraisal that generates considerable costs for the company is not always the best solution, as it restricts the development of business activities by preventing actions in support of the shareholders' economic interests.

Keywords: Corporate Law. Right of Dissent and Appraisal. Appraisal Right. Business Purpose. Change of Business Purpose. Majority Principle. Business Activity. Abuse of Rights.

Comércio Eletrônico: a Especialização do Mercado e a Necessidade de Legislação Específica

Sophia Martini Vial
Data de defesa: 27/08/2014

Resumo: O presente trabalho busca analisar as relações de consumo no âmbito do comércio eletrônico verificando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e das normativas recentes. A inovação no meio de contratação eletrônica tem demonstrado novas circunstâncias que levam à diminuição da confiança. Neste meio, a dificuldade de identificação dos contratantes é grande, gerando uma desconfiança generalizada. Essa não se dá apenas pela despersonalização, mas também pela desmaterialização e desterritorialização das contratações. Assim, será analisada de que modo a proteção do consumidor pode ser alcançada através do princípio da confiança. As relações contratuais pela internet demonstram uma mobilidade e uma aproximação entre barreiras territoriais; neste sentido, analisa-se também a suficiência da legislação existente.

Palavras-chave: Consumidor. Proteção da Confiança. Lei Aplicável. Comércio Eletrônico.

Abstract: This study aims to analyze the relationships within the consumer electronic commerce by attempting to establish the law applicable to such relationships. The means of contracting have brought up new features that lead to reduced confidence. In this environment it is extremely difficult to identify the contractor, generating a widespread mistrust. It doesn't just happen due to the depersonalization, but also because of the dematerialization and deterritorialization of the contracting. So it will be done a strong analysis of the consumer protection through the confidence principle. The contractual relationships over the Internet show mobility and

a rapprochement between territorial barriers. In this sense there is the need for analysis of comparative law on consumer protection and electronic commerce, and thus applicable law will be examined through new rules of connection in private international law in order to increase confidence in between the contracting parties.

Keywords: Consumer. Confidence. Applicable Law. Electronic Commerce.

Concorrência e Regulação no Setor de Energia Elétrica da União Europeia

Alessandra Krüger
Data de defesa: 09/07/2014

Resumo: O presente trabalho é focado na liberalização do setor de energia elétrica ocorrida na União Europeia, sendo estudado como foi esse processo de abertura à concorrência, qual a disciplina atualmente vigente, e quais as perspectivas de regulação desse mercado. Para a concretização do projeto do mercado interno é essencial o funcionamento ótimo deste setor vital e a criação de um mercado a nível unional para esses serviços. Por esta razão, esforços vêm sendo empreendidos para aprimorar a disciplina do setor no bloco. Pela importância do tema e problemas da inserção deste setor na perspectiva concorrencial também no cenário brasileiro, escolheu-se o estudo do caminho percorrido pela União Europeia em busca de eventuais contribuições. Questionamento principal do trabalho é a eficiência da regulação setorial para a abertura do mercado, e se sua evolução, na União Europeia, permitiu uma redução da concentração do mercado e benefícios tanto econômicos como não econômicos. É demonstrado no trabalho que, mesmo com a intensa regulação setorial inserida nesse mercado, há espaço para a aplicação concomitante do direito da concorrência. Para o Brasil, esta experiência demonstra a complementaridade do direito regulatório e do direito da concorrência e a importância de uma atuação proativa da autoridade de concorrência neste setor. Ressalta o presente estudo os benefícios da inserção da concorrência no setor de energia

elétrica e a possibilidade de manutenção desta ao lado das garantias necessárias aos consumidores e outras obrigações de serviço público, como preços médicos, segurança no abastecimento e incentivos às fontes renováveis.

Palavras-chave: Energia Elétrica. União Europeia. Regulação Setorial. Direito Comunitário da Concorrência.

Abstract: This study is focused on the liberalization of the energy sector in the European Union, with an analysis of the process of the introduction of competition into this market, as well as of the current regulatory framework and of the prospects for its treatment in the future. The functioning of this vital sector and the creation of a Union-wide energy market is essential for the achievement of the internal market project. For this reason there has been so much effort applied on the improvement of this sector's regulation. Considering the importance of the subject and the problems on the liberalization of the energy sector experienced in Brazil, the study searches for contributions in the successive stages of gradual reforms verified in the European Union. The main question of this assignment is whether sector specific regulation is efficient for the opening of the markets and whether its gradual reforms allowed a decrease of the market's concentration and introduced any economic and non-economic benefits. This analysis shows that, even with intense regulation on the market, there is still room for the enforcement of competition law besides sector specific rules. For Brazil, this experience demonstrates the complementarity of sector specific regulation and competition law, as well as the importance of the enforcement of competition rules by the competition authorities. The study emphasizes the benefits of inserting competition in the energy sector and the possibility to maintain it side by side with consumer protection and other service public obligation, such as fair prices, secure supply and incentives for renewable energy sources.

Keywords: Electricity. European Union. Sector Specific Regulation. European Competition Law.

Direito Fundamental à Privacidade e Fiscalização Tributária: uma Análise de seus Fundamentos Normativos sob a Perspectiva do Interesse Público

Luiz Eduardo Abarno Da Costa
Data de defesa: 10/06/2014

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar o confronto entre a privacidade e as prerrogativas de fiscalização tributária detidas pela Fazenda Pública. Examinando o conteúdo e a estrutura das normas que instituem o direito fundamental à privacidade e das que atribuem a competência para as atividades fiscalizatórias, busca-se evidenciar a existência, no ordenamento jurídico, de comandos normativos específicos para a solução do conflito. Com base nessa circunstância, se pretende demonstrar, sob o prisma do interesse público, como a Administração Tributária deve empreender os atos de fiscalização em face do contribuinte e como o Poder Judiciário deve realizar o respectivo controle, especialmente designando em que momento e com base em quais critérios.

Palavras-chave: Privacidade. Direitos Fundamentais. Fiscalização Tributária. Interesse Público. Proporcionalidade. Reserva de Jurisdição.

Abstract: This study aims to analyze the conflict between privacy and prerogatives of tax inspection held by the Treasury. Examining the content and the structure of the rules establishing the fundamental right to privacy and those which attribute the power for inspection activities, it seeks to demonstrate the existence, in the legal system, of specific legal standards for resolving the conflict. Based on this circumstance, it intends to demonstrate, through the prism of public interest, how the Tax Administration should undertake acts of inspection over the taxpayer and how judges should implement its control, especially designating when and based on what criteria.

Keywords: Privacy. Fundamental Rights. Tax Inspection. Public Interest. Proportionality. Reservation of Jurisdiction.

Direito Fundamental e Direito Procedimental: Proteção de Direito Fundamental ante o Supremo Tribunal Federal

Pedro Isaias Sônego Búrigo
Data de defesa: 09/05/2015

Resumo: A constituição vigente atribui ao STF a sua guarda precípua. Para que seja possibilitado ao tribunal o cumprimento de sua tarefa constitucional, faz-se necessária a existência de procedimentos adequados que permitam o acesso a ele. É nesse âmbito em que está colocada esta dissertação. Ela se debruça sobre os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira que possibilitam o acesso ao STF. O seu objetivo é determinar se tais procedimentos permitem seja alcançada uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais, vez que a proteção total da constituição só pode ser concretizada por meio da conjugação de procedimentos destinados a sua proteção objetiva e subjetiva. Para isso, em primeiro lugar, é descrita a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, à qual a dissertação se filia, naquilo que é pertinente ao desenvolvimento do tema. Calcada nas premissas fixadas na primeira parte, e valendo-se do recurso constitucional alemão como modelo comparativo, a dissertação adentra, por conseguinte, em sua segunda parte, momento em que são descritos individualmente os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira, com enfoque especial sobre seus objetos/âmbitos de proteção e titularidade/legitimidade para propositura. Ao fim, é feita uma análise em conjunto dos procedimentos no intuito de verificar se permitem uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais e, com isso, se a constituição vigente está totalmente protegida.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito Procedimental. Supremo Tribunal Federal. Proteção Subjetiva. Recurso Constitucional.

Abstract: The current constitution gives to the Supreme Federal Court its essential guard. To allow the court to fulfill its constitutional duty it is necessary the existence of adequate procedures that allow

the access to the court. It is in this context that this dissertation is placed. It leans over the existing procedures in the brazilian constitutional systematic that allow access to the court. Its objective is to determine whether such procedures enable to achieve adequate subjective protection of constitutional rights since the full protection of the constitution can only be reached through the combination of procedures that aim its objective and subjective protection. For this, firstly, it is described the theory of constitutional rights of Robert Alexy, with which the dissertation agrees, in what it is relevant to the development of the subject approached. Grounded in assumptions set out in the first part, and having the german constitutional appeal as a comparative model, the dissertation enters, therefore, in its second part, when it is described each one of the existing procedures in brazilian constitutional systematic with special focus on their objects/areas of protection and entitlement/legitimacy for their use. At the end, it is done a combined analysis of all the procedures in order to determine whether adequate subjective protection of constitutional rights is allowed by them and thus if the current constitution is fully protected.

Keywords: Constitutional Right. Procedural Right. Supreme Federal Court. Subjective Protection. Constitutional Appeal.

Fundamentos da Cooperação Policial Internacional

Autor: Ricardo Arlindo Dias Neves
Data de defesa: 09/07/2014

Resumo: A presente dissertação de Mestrado abordou conhecimentos históricos e jurídicos com vistas à obtenção de um panorama doutrinário e crítico em relação aos institutos de Cooperação Policial Internacional e também em relação aos aspectos do trabalho Policial cooperativo em escala global. Neste sentido, foram angariadas informações de diversas e multifacetadas fontes de conhecimentos: midiáticas (nacionais e internacionais); doutrinárias (de pesquisadores, historiadores e juristas do Brasil e de outros países); e de publicações

na internet. Através de uma síntese dos principais fatos e argumentos jurídicos e históricos, foi traçada uma análise da gênese da Polícia, do papel do Direito Internacional (como fonte da Cooperação Jurídica Internacional) e da Cooperação Policial Internacional propriamente dita. Finalmente, abordamos, de maneira crítica, o tema dos grandes desafios impostos a tais institutos, como por exemplo, o crime organizado transnacional.

Palavras-chave: Polícia. Direito Internacional. Cooperação Jurídica Internacional. Cooperação Policial Internacional. Crime Organizado Transnacional.

Abstract: This LLM (Master) degree academic research amassed historical and juridical (legal and jurisprudential) knowledges in order to establish a scientifical and critical overview towards the foundations of the institutes of International Police Cooperation and also towards the aspects of its integration and cooperative work on a worldwide scale. Following this lead, it gathered information from an immense array of sources: books and doctrine (from researchers all over the world); newspapers and magazines (from Brazil and abroad); and internet based sources (articles and public sites of different international organizations). By presenting a synthesis of key and historical facts, an analysis was developed to pinpoint and establish the origins of the Police institution, the role of International Law and International Cooperation in Legal (Criminal) Matters and the foundations of the International Police Cooperation doctrine as a new area of scholar and academic research. Finally, it presents an overview of some specific great trends faced by these subjects, as for instance, the transnational organized crime.

Keywords: Police. International Law. International Cooperation in Legal Matters. International Police Cooperation. Transnational Organized Crime.

Governança Global de Energia nas Organizações Intergovernamentais: Necessária Transição para uma Energia Sustentável

Matheus Linck Bassani
Data de defesa: 09/06/2014

Resumo: O presente trabalho tem como objeto avaliar a existência e implantação de uma governança global sobre o tema da energia, em face dos indicadores considerados como causadores de uma crise energética, entre eles recursos naturais e sua exaustão, tensões geopolíticas, segurança energética, busca pela estabilidade do clima, ausência de acesso universal à energia e investimentos. Avalia-se a atual posição de organizações intergovernamentais ligadas de alguma forma ao tema energético, como a OMC, ECT, G8, G20, FIE, OPEP e AIE, para identificar as iniciativas que estão sendo elaboradas e se há vontade política para tanto. Verifica-se que algumas organizações estão conectadas, mas com foco limitado e insuficiente. Algumas iniciativas, como o financiamento de investimentos, estão aquém do necessário para alcançar as metas consideradas relevantes. Não se verifica hoje uma efetiva governança global de energia, pela frágil cooperação e colaboração dos atores internacionais, entre eles as organizações intergovernamentais, a amenizar e/ou solucionar a crise energética. O núcleo e o desafio do estabelecimento de uma governança global é a promoção de alteração de uma economia de alto para baixo carbono, mediante transição de uma matriz energética de combustíveis fósseis para energia renovável. Organizações como a IRENA e o programa da ONU Sustainable Energy for All possuem grande potencial para se tornarem catalizadores de uma nova tendência.

Palavras-chave: Governança Global de Energia. Direito da Energia. Organizações Intergovernamentais. Crise Energética. Investimentos. Recursos Naturais. Segurança Energética. Sustentabilidade

Abstract: The present work has the purpose to evaluate the existence and implementation of a global energy governance, due to the indicators considered as causing an energy crisis, including natural

resources and its depletion, geopolitical tensions, energy security, climate change, absence of universal energy access and investments. It assesses the current position of intergovernmental organizations linked in some manner to the energy topic, such as the WTO, ECT, G8, G20, IEF, IEA and OPEC, to identify whether the initiatives are being developed and the political will to do so. Some organizations are connected but with limited and insufficient focus. Funding initiatives are below of what is necessary to achieve the goals considered relevant. Today there is feeble global energy governance due a lack of effective cooperation and collaboration by international actors, as intergovernmental organizations, to effectively mitigate and/or solve the energy crisis. The core and also the challenge to implement a global governance is the promotion to alter from high to low carbon economy, shifting from fossil fuels to renewable energy. Organizations such as IRENA and ONU's program Sustainable Energy for All have the potential to become catalysts of a new trend.

Keywords: Global Energy Governance. Energy Law. Intergovernmental Organizations. Energy Crisis. Investments. Natural Resources. Energy Security. Sustainability.

Igualdade e Processo Civil – Perfis Conceitual, Funcional e Estrutural do Direito Fundamental à Isonomia no Processo Civil do Estado Constitucional

Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu
Data de defesa: 14/05/2014

Resumo: A igualdade relaciona-se ao processo civil, nas mais diversas formas. O trabalho tem por objetivo contribuir para uma renovada compreensão da normatividade da isonomia em suas relações com o processo civil, a partir da análise dos seus perfis conceitual, funcional e estrutural. No seu plano conceitual, essa revigorada compreensão apresenta-se a partir de duas perspectivas. De uma perspectiva macro, busca-se demonstrar a passagem da igualdade perante a lei – formal – (que pressupõe a segurança jurídica pela completude e univocidade da legislação) à igualdade na lei – material – (que

pressupõe a vedação às discriminações arbitrárias na formulação dos textos normativos) e à isonomia na interpretação e aplicação do direito (que pressupõe a segurança jurídica pelo respeito ao precedente). De uma perspectiva micro, busca-se demonstrar como a passagem da igualdade perante a lei à igualdade na lei influiu no processo civil. Assim, pretende-se apresentar a passagem da garantia da paridade de armas (entendida como simetria de posições das partes, de caráter estático) ao Direito Fundamental à Isonomia no Processo (entendido como equilíbrio dos sujeitos do processo, de caráter dinâmico). A isonomia, no plano funcional, ostenta duas finalidades distintas quando das suas relações com o processo civil: de um lado, a partir de uma perspectiva geral e objetiva, serve para todo o sistema, como um norte a ser seguido, agregando coerência institucional, com vistas a uma ordem jurídica isonômica; de outro lado, a partir de uma perspectiva particular e subjetiva, serve, em cada caso, como instrumento para que os sujeitos do processo possam desempenhar as suas capacidades de modo equilibrado, permitindo-se o exercício efetivo do contraditório entendido como potencialidade de influência, com vistas a uma decisão justa. Por fim, em seu perfil estrutural, a igualdade pode ser sistematizada a partir de três óticas: igualdade ao processo (imposição de que o direito preveja – e o judiciário atue para tanto – os meios necessários para que as partes possam chegar ao processo em posição equilibrada), igualdade no processo (imposição de que o processo seja dotado – e o judiciário as utilize – de técnicas processuais que permitam que os sujeitos do processo possam atuar em posição equilibrada) e igualdade pelo processo (imposição de que o processo seja dotado – e o judiciário as promova e respeite – de técnicas processuais voltadas a conferir congruência, aceitação e unidade ao direito).

Palavras-chave: Processo Civil. Igualdade. Contraditório. Precedente.

Riassunto: L'uguaglianza può essere pensata in relazione al processo civile in diversi modi. Proponiamo di contribuire ad una rinnovata portata dela normatività dell'uguaglizana nelle sue relazioni con il processo civile, sulla base dell'analisi dei suoi profili concettuale, funzionale e strutturale. Nel piano concettuale, si presentano due prospettive. Dal punto di vista macro, cerchiamo di dimostrare il passaggio dall'uguaglianza davanti alla legge – formale – (che

richiede la certezza del diritto per la completezza e la univocità delle norme) all'uguaglianza nel diritto – sostanziale – (che richiede il divieto di discriminazioni arbitrarie nella formulazione di testi normativi) e all'uguaglianza nell'interpretazione e applicazione del diritto (che assume certezza giuridica rispetto al precedente). Da un punto di vista micro, cerchiamo di dimostrare come il passaggio dall'uguaglianza davanti alla legge all'uguaglianza nel diritto sostanziale ha influenzato il processo. Quindi, intendiamo presentare il passaggio della garanzia della parità delle armi (intesa come posizioni simmetriche delle parti, con carattere statico) al diritto fondamentale all'uguaglianza processuale (inteso come equilibrio tra i soggetti del processo, con carattere dinamico). L'uguaglianza in termini funzionali ha due scopi distinti nel suo rapporto con il processo: da un lato, da un punto di vista generale e oggettivo, è versata sull'intero sistema, cercando di aggiungere coerenza istituzionale e un diritto isonomico e, d'altra parte, dal punto di vista personale e soggettivo, serve come strumento perché i soggetti del processo possano eseguire le proprie competenze in modo equilibrato, consentendo l'esercizio effettivo del contraddittorio inteso come dirritto di influenza, verso una decisione giusta. Infine, nel suo profilo strutturale, l'uguaglianza può essere sistematizzata da tre punti di vista: l'uguaglianza al processo (che impone che la legge preveda – e la magistratura agisca – i mezzi necessarie per consentire alle parti di arrivare al processo in posizioni bilanciate), l'uguaglianza nel processo (che impone che il processo sia dotato – e la magistratura ne faccia uso – di tecniche processuali che consentino i soggetti processuali ad agire in una posizione di equilibrio) e l'uguaglianza come risultato del processo (imposizione di che il processo preveda – e la magistratura le promuova – tecniche processuali mirate a dare congruenza, accettazione e l'unità al diritto).

Parole-chiave: Processo Civile. Uguaglianza. Contraddittorio. Precedente.

Justificação da Decisão Judicial: a Motivação e o Precedente

Otávio Luiz Verdi Motta
Data de defesa: 12/05/2014

Resumo: O presente estudo propõe que a atual compreensão sobre interpretação judicial influencia no modo de ver a tutela dos direitos. Para isso, parte-se do entendimento de que trabalhar com o direito não é trabalhar com um objeto pronto antes da interpretação, mas com indeterminação.
Isso conduz à conclusão de que a interpretação jurídica é um caminho que se percorre por meio de escolhas. Com o reconhecimento de que interpretar envolve escolher, realça-se o papel da justificação das decisões judiciais como ponto fundamental da atividade jurisdicional. Dado que a finalidade do processo civil é a tutela dos direitos, a justificação da decisão abre espaço para a tutela dos direitos em duas perspectivas. De um lado, considerando-se que no processo a interpretação tem o fim de decidir um caso, estrutura-se o discurso da motivação voltado à obtenção de uma decisão justa para as partes, o que corresponde a um meio de colaborar para a tutela dos direitos numa perspectiva particular. De outro, considerando-se que por meio da resolução do caso reduz-se a sua indeterminabilidade, estrutura-se o discurso do precedente voltado à tutela dos direitos numa perspectiva geral por duas frentes: promove-se um tratamento isonômico das pessoas e cria-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social.

Palavras-chave: Interpretação Jurídica. Formalismo. Antiformalismo. Justificação. Decisão Judicial. Tutela dos Direitos. Motivação. Precedente.

Abstract: This study proposes that the current understanding of judicial interpretation influences the way we understant the protection of rights. In order to achieve this conclusion, we start from the understanding that dealing with the law does not means to deal with a given object finished before the interpretation process, but with indeterminacy. This leads to the conclusion that legal interpretation is a path that runs by making choices. With the recognition that interpretation involves choosing, it is emphasized the role of the

justification of judicial decisions as a key point of judicial activity. Given that the purpose of civil proceedings is the protection of rights, the justification of the decision opens the way for the protection of rights in two perspectives. On the one hand, considering that in the judicial process the interpretation happens for the function of dispute resolutions, it is possible to oganize a discourse of the judicial reason giving aiming to achieve a fair decision for the parties, which corresponds to a means to colaborate for the protection of rights in a particular perspective. On the other hand, considering that through the resolution of the case the indeterminacy of the law is reduced, it is possible to organize a discourse of the judicial precedent aiming to achieve the protection of rights in a broad perspective by two fronts: promoting a isonomic treatment of people and creating a safer enviroment for the development of social life.

Keywords: Interpretation. Formalism. Antiformalism. Justification. Judicial Decision. Judicial Protection of the Rights. Reason Giving. Precedent.

600

Marcos da Política Migratória e a Complementaridade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Lorena Pereira Oliveira Boechat
Data de defesa: 08/04/2014

Resumo: No contexto crescente de migrações forçadas e a consequência de refugiados e deslocados internos, evidencia-se o descumprimento dos Estados das obrigações internacionais e se mostra necessário a busca de meios para se efetivar uma proteção e prevenção eficazes. Baseado na complementaridade entre as vertentes de proteção da pessoa humana em sua função operacional, os órgãos de supervisão de direitos humanos se mostram como uma saída para a situação de descaso dos Estados para com as questões migratórias. O presente trabalho tem como objetivo verificar o modo pela qual o Sistema Interamericano de Direitos Humanos atua nas questões migratórias dos Estados membros da OEA por meio de seus órgãos de supervisão e

se há alguma complementaridade possível do Sistema Interamericano para com o tratamento relativo aos refugiados e deslocados internos nos Estados. Primeiramente realiza-se um estudo das duas dimensões que caracterizam o resultado da migração forçada, o refugiado e o deslocado interno, as legislações internacionais e regionais pertinentes e os respectivos deveres dos Estados. No segundo momento, o Sistema Interamericano é estudado, juntamente com as suas possibilidades de interferência nas questões de migração forçada através da atuação da Comissão e da Corte Interamericana.

Palavras-chave: Migração forçada. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Complementaridade.

Abstract: In the context of increasing consequence of forced migration and refugees and IDPs, there is evidence of noncompliance with the State's international obligations and to seek ways proves necessary to effect an effective protection and prevention. Based on complementarity between the strands of protection of the human person in its operational role, the supervisory bodies of human rights appear as an exit to the situation of neglect of States on migration issues. This study aims to determine the way in which the Inter-American Human Rights System operates in migration issues of OAS member states through their supervisory bodies and if there is any possible complementarity of the Inter-American relating to treatment with refugees and IDPs in the States. First carried out a study of the two dimensions that characterize the result of forced migration, refugee and internally displaced person, relevant international and regional laws and the respective duties of states. In the second phase, the inter-American system is studied, along with their possibilities of interference in issues of forced migration through the action of the Commission and the Court.

Keywords: Forced Migration. Inter-American Human Rights System. Complementarity.

O Ato Institucional de 9 de Abril de 1964

Marcelo Pinho dos Santos
Data de defesa: 24/10/2014

Resumo: O presente trabalho tem como objeto de estudo o instrumento jurídico que inaugura o denominado Regime Militar intitulado de Ato Institucional, anunciado à nação brasileira, em 09 de abril de 1964. Este instrumento jurídico de cunho constitucional foi elaborado pelo movimento político civil-militar que derrubou o Presidente João Goulart, em 31 de março de 1964. Digo movimento civil-militar, porque a pesquisa revelou que seus participantes não eram somente oriundos dos meios militares, mas, compunha-se, também, de políticos, juristas e líderes civis dos quais, inclusive, foram responsáveis diretos pela preparação jurídica do Ato e pela decisão política que o outorgou 1. O tema e os fatos ora pesquisados compõe um período da história do Brasil, ainda marcado por fortes posições ideológicas, devido, talvez, a continuidade ainda nos dias de hoje da disputa política que o cercou. Entretanto, este pesquisador buscou o máximo de isenção na seleção dos fatos históricos e optou, deliberadamente, pelas fontes diretas na confecção da referida lei permitindo que a visão de seus criadores conduzisse a interpretação expostas nos capítulos seguintes. Para seguir a linha mestra do trabalho, as análises jurídicas sobre o Ato são extraídas das próprias considerações posteriores realizadas pelo seu criador, o jurista, Carlos Medeiros da Silva, no qual apresentou, ainda, no ano de 1964, uma -e-, série de comentários sobre a elaboração do documento. Outra fonte de pesquisa importante e ainda inédita é um trabalho recuperado por Elio Gaspari, redigido pelo próprio Carlos Medeiros em que ele conta, com detalhes, os fatos e as tensões que envolveram os dias precedentes a outorga do Ato (Ato Institucional de 9 de Abril citado na Obra "A ditadura Envergonhada").

Palavras-chave: O Ato Institucional de 9 de Abril de 1964.

O Contrato de Transporte Multimodal, Nacional e Internacional, de Mercadorias, à Luz de uma Análise Econômica

Márcio Vasconcellos
Data de defesa: 02/12/2014

O Dano Moral Coletivo e o Caso dos Provadores de Cigarro

Roberta Ludwig Ribeiro
Data de defesa: 13/05/2014

O "Direito por Princípios" na Sociedade Plural: uma Crítica a Partir de Exigências Democráticas e Funcionais

Pedro da Silva Moreira
Data de defesa: 24/02/2014

Resumo: A ideia central deste estudo é proceder a uma leitura crítica do "Direito por princípios" à luz das exigências da pluralidade. Para tanto, requer-se, antes, uma descrição do que se entende por sociedade plural, caracterizada – sobretudo – por inexorável dissenso moral e político. Esse é o objetivo da "Parte I". Uma vez constatado o fato da pluralidade, a "Parte II" consiste em enfrentar uma indagação fundamental: o que a pluralidade exige do Direito? A resposta a essa pergunta depende (1) de uma teoria da democracia e (2) de uma teoria funcional do Direito, desde que ambas estejam posicionadas no seio da complexidade moderna. Como estratégia metodológica, recorre-se à concepção de democracia deliberativa em Jürgen Habermas, sublinhando a noção de autolegislação democrática. Ingressa-se, também, no conceito de autopoiese do Direito formulado por Niklas Luhmann, com o objetivo específico de observar as funções que o Direito desempenha em um cenário de complexidade. Por fim, estabelecidas as exigências da pluralidade, pretende-se – na

"Parte III", proceder a uma leitura crítica do uso dos princípios na aplicação do Direito. Mostrar-se-á que a adjudicação de conflitos políticos (e morais) por meio de princípios pode violar as exigências da pluralidade.

Palavras-chave: "Direito por princípios". Pluralidade. Democracia. Expectativas. Regras.

Abstract: The main ideia of this study is to undertake a critical reading of what we call "Law by principles" given the demands of plurality. To do so, it requires, rather, a description of what is meant by plural society, with emphasis on the fact of disagreement in moral and political terms. Once we have established the fact of plurality ("Part I"), we are able to address a fundamental question: what the plurality requires of law? The answer to this question depends on (1) a theory of democracy and (2) a functional theory of law, both situated in the context of modern complexity. As a methodological strategy, we adopt the concept of deliberative democracy in Jürgen Habermas thought, highlighting the notion of democratic selflegislation.
We will also study the ideia of autopoiesis of law in the thought of Niklas Luhmann, with the specific purpose of observing the roles that law plays in a scenario of complexity. At the last part, we will provide a critical reading of the use of legal principles in adjudication. The use of legal principles to settle political (and moral) disagreements may violate the requirements of plurality.

Keywords: "Law by Principles". Plurality. Democracy. Expectation. Legal Rules.

O Divórcio à Luz da Emenda Constitucional n. 66/2010: um Estudo pela Busca da Interpretação Adequada

Thaís Cesario Nunes da Cunha
Data de defesa: 02/07/2014

Resumo: O trabalho aborda o Divórcio à luz da Emenda Constitucional n. 66/2010, a partir de um estudo pela busca da interpretação adequada. A primeira parte, visando à plena compreensão do referido instituto e suas repercussões no Direito de família, apresenta as peculiaridades e o histórico da família, do casamento e da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. A segunda parte do trabalho foca-se a estudar o divórcio na legislação comparada, no direito internacional e na perspectiva histórica. A terceira parte debruça-se à análise da origem da Emenda Constitucional n. 66/2010; além disso, aborda as correntes teóricas e os posicionamentos doutrinários que se firmaram no ordenamento jurídico pátrio após a sua promulgação, assim como algumas diretrizes interpretativas; e, por fim, comenta acerca de alguns dos seus reflexos no sistema jurídico brasileiro. A quarta parte, por sua vez, aborda o foco central desse trabalho, pois dedica considerações com relação à interpretação da nova ordem constitucional referente ao divórcio, com base em fundamentos jurídicos diversos, com fulcro na hermenêutica jurídica, a partir das influências históricas, e com amparo nos princípios constitucionais da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial, e da liberdade e da autonomia da vontade como meios de concretização da dignidade da pessoa humana. Tais estudos permitiram chegar-se a conclusão que o divórcio, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, não passou a figurar isoladamente como forma de extinção voluntária da sociedade e do vínculo conjugal, pois consagrou-se a possibilidade de livre escolha dos cônjuges para colocar fim na relação conjugal da forma como melhor lhes aprouver, ou pela separação, ou pelo divórcio.

Palavras-chave: Direito de Família. Família. Casamento. Divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Hermenêutica Jurídica. Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia da Vontade.

Abstract: The work approach the Divorce in the light of Constitutional Amendment n. 66/2010, from a study by searching for the appropriate interpretation. The first part, seeking for the complete understanding of this institute and its repercussions on family law, presents the peculiarities and historical of family, marriage and the dissolution of marital bond. The second part of the work focuses on studying divorce on comparative law, international law and historical perspective. The third part approaches the analysis of the origin of Constitutional Amendment n. 66/2010, also discusses the theoretical schools and doctrinal positions that strengthened in the national legal system after their promulgation, as well as some interpretive guidance and, finally, comments about some of their reflections in the Brazilian legal system. The fourth part, on the other hand, present the central focus of this work, because it dedicates considerations related to the interpretation of the new constitutional order referring to divorce, based on several legal grounds, with fulcrum in legal hermeneutics, from historical influences, and with support on the constitutional principles of liberty and autonomy of will as means of concretization of the human being dignity and on the principle of minimum state intervention in Matrimonial Law. These studies allowed us to reach the conclusion that divorce, after the edition of Constitutional Amendment n. 66/2010, did not became to show up singly as a form of voluntary extinction of the society and of the conjugal bond, because was consecrated the possibility of free choice of the spouses to put an end on the marital relationship the way they see fit, or by separation or by divorce.

Keywords: Family Law. Family. Marriage. Divorce. Constitutional Amendment n. 66/2010. Legal Hermeneutics. Constitutional Principles of Freedom and Autonomy of Will.

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e os Serviços Notarial e Registral

Martiane Jaques La-Flor
Data de defesa: 13/06/2014

Ônus da Prova no Processo Civil – Linhas pela Construção de um Dever de Produzir Provas

Vitor Lia de Paula Ramos
Data de defesa: 05/05/2014

Resumo: Na primeira parte do presente estudo pretende-se demonstrar a dimensão epistêmica do processo, ou seja, demonstrar que para que o processo seja justo é necessária a preocupação com a tendencial completude do material probatório. Nesse sentido, pretende-se demonstrar, primeiramente, que a verdade existe, é objetiva e analisada por correspondência; a seguir, que a verdade importa para o direito e que somente é possível falar-se em decisão justa se a decisão basear-se em fatos que realmente ocorreram. Assim sendo, pretende-se, no final da primeira parte, demonstrar que o procedimento tem que ser orientado à tendencial completude do material probatório. Na segunda parte fala-se sobre o estado atual da doutrina. Assim, abordamse os dois aspectos reconhecidos ao ônus da prova, o objetivo, como regra de julgamento, e o subjetivo, como regra de instrução. Em seguida, fala-se sobre a distribuição fixa e dinâmica. Após, são desenhadas algumas bases para as críticas à doutrina tradicional. Nesse sentido, procede-se com distinção entre ônus e dever, assim como demonstra-se qual era o cenário cultural da processualística quando do desenvolvimento da teorização sobre o ônus da prova. Em seguida, são feitas as críticas à doutrina tradicional, demonstrando-se que, por diversas razões, da forma como é pensado atualmente, o ônus da prova não tem o condão de propiciar a maior completude possível do material probatório, uma vez que o direito não fornece estímulos jurídicos concretos às partes nesse sentido. Por fim, na terceira parte do trabalho pretendesse apresentar a ideia de dever de produção de provas. Inicialmente, assim, demonstra-se que a atribuição de um dever às partes faria com que o problema dos estímulos fosse resolvido, promovendo-se, assim, a maior completude do material probatório. Aborda-se, então, a questão constitucional, primeiro demonstrando-se que o dever de produzir provas seria uma forma de aumentar a efetividade do direito fundamental à prova, conferindo-lhe uma eficácia horizontal mediada pela vertical; após, demonstra-se que no campo cível, no

ordenamento jurídico brasileiro, as partes não possuem qualquer direito fundamental de não produção de provas contra si mesmas. Por fim, abordam-se os possíveis limites constitucionais ao dever de produção de provas. A seguir, aborda-se o dito "aspecto objetivo" do ônus da prova, sustentandose ser esse nada mais do que um "critério de desempate", a determinar, de maneira pré-fixada, o resultado da demanda quando não houver, através da valoração racional das provas, formas de determiná-lo racionalmente. Conclui-se, assim, que a construção de um dever de produzir provas tutela de maneira mais efetiva o direito fundamental à prova, fazendo com que sejam solucionados os problemas que as ideias de inversões e dinamizações da prova pretendiam resolver. Ademais, propiciando uma maior completude do material probatório, acaba por construir um procedimento mais orientado à busca da verdade e, portanto, a que o processo seja mais justo.

Palavras-chave: Ônus da Prova. Dever de Produzir Provas. Direito Fundamental à Prova.

Riassunto: Nella prima parte di questo lavoro s'intende dimostrare la dimensione epistemica del processo, ossia, dimostrare che perché il proceso sia giusto è necessaria la preoccupazione con la tendenziale completezza del materiale probatorio. In questo senso, s'intende dimostrare, prima, che la verità esiste, è oggettiva e per corrispondenza; in seguito, che la verità importa per il diritto e che soltanto è possibile parlare di decisione giusta se questa fosse basata in fatti che si sono realmente verificati. Così, s'intende, alla fine della prima parte, dimostrare che il procedimento deve essere orientato alla tendenziale completezza del materiale probatorio. Nella seconda parte, si parla sullo stato attuale della dottrina. Così, sono lavorati i due aspetti riconosciuti all'onere della prova, quello oggettivo, come regola di giudizio, e quello soggettivo, come regola d'istruzione. In seguito, si parla sulla distribuzione fissa e quella dinamica. Dopo, sono disegnate alcune basi per le critiche alla dottrina tradizionale. In questo senso, si procede con la distinzione fra onere e dovere, dimostrando-si come era la scena culturale della processualistica quando dello sviluppo della teorica sull'onere della prova. In seguito, sono fatte critiche alla dottrina tradizionale, dimostrando-si che, per

varie ragioni, nella forma in cui è pensato oggi, l'onere della prova non possiede condizioni di provvedere la maggiore completezza del materiale probatorio, una volta che il diritto non fornisce stimoli giuridici concreti alle parti in questo senso. Finalmente, nella terza parte di questo lavoro, si pretende presentare l'idea di dovere di produzione di prove. Inizialmente, così, si dimostra che l'attribuzione di un dovere alle parti farebbe con che il problema degli stimoli fossi risolto, promovendosi, così, una più ampia completezza del materiale probatorio. Si occupa, in sequenza, della questione costituzionale, prima dimostrando che il dovere di produrre prove sarebbe una forma di incrementare la effettività del diritto fondamentale alla prova, creando-si una efficacia orizzontale mediata dalla verticale; dopo, si dimostra che in ambito civile, nell'ordinamento giuridico brasiliano, le parti non possiedono nessuno diritto fondamentale di non produrre prove contro se stesse. In fine, sono abbordati i possibili limiti costituzionali al dovere di produzione di prove. In seguito, si tratta del detto "aspetto oggettivo" dell'onere della prova, sostenendo-si che questo non sia niente di più di un "criterio di spareggio", che determina, in modo prefissato, il risultato della lite quando non ci siano forme di determinarlo razionalmente, attraverso la valutazione razionale delle prove. Si conclude, così, nel senso di che la costruzione di un dovere di produrre prove tutela in modo più effettivo il diritto fondamentale alla prova, facendo con che siano risolti i problemi che le dottrine sulle inversioni e dinamizzazioni dell'onere della prova volevano combattere. Inoltre, provvedendo una più ampia completezza del materiale probatorio, finisce per costruire un procedimento più orientato alla ricerca della verità e, così, un processo che sia più giusto.

Parole-chiave: Onere della Prova. Dovere di Produzione di Prove. Diritto Fondamentale alla Prova.

Os Desafios Antitruste Brasileiro nos Casos de Concentrações Econômicas Transnacionais

Leticiá Monteiro Hecktheuer
Data de defesa: 18/11/2014

Os Desafios para o Método da "Recuperação do Jurídico" em Paolo Grossi: a Proposta das Narrativas Simbólicas da História em Duby e da Antropologia em Dumézil

Bruna Casimiro Siciliani
Data de defesa: 01/08/2014

Resumo: A Escola dos Annales tem muito a dialogar com o historiador do direito na busca e na construção de novos domínios de investigação, de novos instrumentos de pesquisa, e na detecção de novos problemas. Ao reconhecer que o direito é uma mentalidade, Paolo Grossi defende um estudo da história do direito mais aproximado às áreas da história e da antropologia. Nas palavras do historiador do direito italiano, a recuperação desses termos metodológicos gerais tem fundamento e exatidão, mas o direito exige ser verificado na concretude dos vários ambientes históricos, e ser medido no papel que o direito tem efetivamente desempenhado nas sociedades e culturas. Com base nessas afirmações, a presente pesquisa visa recuperar o jurídico através do método histórico de Georges Duby, e do método antropológico de Georges Dumézil aplicados à historiografia jurídica, na medida em que o direito desempenha seu papel enquanto ordenação e manifestação do imaginário das sociedades.

Palavras-chave: Paolo Grossi. Historiografia Jurídica. Georges Duby. História das Mentalidades. Georges Dumézil. Trifuncionalidade. Antropologia Social e Cultural. Etnologia. Imaginário Simbólico.

Abstract: The Annales School has a lot to dialogue with the legal historian in the development of new research areas, new research tools, and the detection of new problems. By recognizing that law

is a mentality, Paolo Grossi advocates a study of legal law closest to the areas of history and anthropology. In the words of the Italian professor, the recovery of these general methodological terms is justified and has accuracy, but law requires to be verified in the concreteness of various historical environments and to be measured by the role it has played effectively in societies and cultures. Based on these statements, this research aim to recover the legal thought the historic method of Georges Duby and the anthropological method of Georges Dumézil applied to legal historiography in that law plays its role as ordering and manifestation of the social imagery.

Keywords: Paolo Grossi. Legal Historiography. Georges Duby. History of Mentalities. Georges Dumézil. Trifunctionality. Social and Cultural Anthropology. Ethnology. Symbolic Imagery.

Os Valores Supremos no Estado Democrático de Direito

Gladis Helena Jorgens Prado
Data de defesa: 19/12/2014

Resumo: O objeto material do trabalho é o estudo dos fins últimos do Estado Democrático de Direito consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os valores supremos da sociedade fraterna encontram-se relacionados no preâmbulo da Constituição, e, juntamente com os valores relacionais, dão coerência e ajustamento à realidade sócio-jus-política e cultural da sociedade. Valores foram inseridos nas Constituições ocidentais a partir da Segunda Guerra Mundial. Na Constituição brasileira os valores foram identificados apenas na atual Constituição. Procurou-se identificar se os Valores supremos, ou superiores conforme consta na Constituição espanhola, teriam a mesma força dos princípios fundamentais ou postulados? Após o estudo também no direito comparado, concluímos que os Valores têm natureza jurídica diferente de princípios, e, em que pese serem se assemelharem aos postulados, os valores supremos não são postulados porque não estão positivados no texto constitucional brasileiro. Os valores supremos relacionados pelo Legislador Constituinte – a liberdade, a segurança, do bem-estar, do

desenvolvimento, da igualdade e da justiça, são fins do Estado de Democrático de Direito, se ajustam á realidade da vida por meio de outros valores a fraternidade, razoabilidade ou proporcionalidade, sendo a verdade também um valor, a esses identificamos como valores relacionais. Dessa forma, não existe conflito de valores supremos quando ajustados pelos valores relacionais.

Palavras-chave: Valores Supremos. Constituição. Princípios Constitucionais. Estado Democrático de Direito. Direito Constitucional.

Precedentes no Direito Brasileiro – a Tradição Jurídica Ocidental entre Instrumentos, Métodos e História

Tobias Scheffer de Maman
Data de defesa: 27/10/2014

Resumo: A presente pesquisa pretende verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o sistema de precedentes; pretende apurar a viabilidade da introdução do stare decisis em sistema predominantemente de direito legislado. A análise parte de uma comparação histórica entre a tradição romano-canônica e o common law, a fim de identificar as origens, momentos de divergências e o atual estágio de aproximação, sob a ideia de que representam as tradições, em conjunto, uma grande tradição jurídica ocidental. A partir dessa origem histórica, a pesquisa avança à análise do perfil estrutural-funcional de cada uma das tradições, com a identificação dos instrumentos e dos métodos de aplicação do direito, além do perfil das respectivas interpretações jurídicas. Ainda, propõe-se a aferir a superação do paradigma racionalista, na faceta do paradigma ideológico, que afasta do Poder Judiciário do civil law o papel de participação ativa na criação de direito. Sob os avanços da teoria da interpretação jurídica e das novas funções atribuídas aos tribunais de vértice, a pesquisa busca ainda identificar uma norma constitucional que impõe a utilização de precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: Tradição Romano-Canônica. Civil Law. Common Law. Stare Decisis. Precedente.

Abstract: This research investigates the compatibility of the brazilian legal system with the doctrine of precedents; investigates the possibility of introducing the stare decisis in a statutory legal system. The analysis starts from a historical comparison between the civil law and the common law traditions, in order to identify the origins, moments of divergences and the current stage of proximity, with the north that the traditions, together, represents a large western legal tradition. From this historical background, the research advances to the analysis of structural and functional profile of each of the traditions, identifying the instruments and the methods of application of law, besides the related legal interpretations theory. In addition, the research seeks to check the resilience of the rationalist paradigm, on the ideological fashion, that removes from the civil law's judiciary any participation in the creation of law. Under the advances of the legal interpretation theory and the new tasks assigned to the superior courts, this research also seeks to identify a constitutional rule to impose the use of precedents in brazilian law.

Keywords: Civil Law. Common Law. Stare Decisis. Precedent.

Processo Justo: Princípio, Direito Fundamental e Modelo de Processo do Estado Constitucional

Renzo Ivo Cavani Brain
Data de defesa: 17/04/2014

Resumo: A pesquisa desenvolvida visa a investigar a respeito do processo justo e qual deve ser sua dimensão na teoria do processo civil contemporâneo. Para isso, partindo da existência entre uma separação entre Direito e moral busca-se, primeiro, identificar o Estado Constitucional com um modelo valorativo ideal, em que dignidade é fundamento, verdade e segurança meios, e a liberdade e igualdade fins, sendo que todos eles conectados a seu modo com a noção de de justiça. Indaga-se se de fato existe uma indissociabilidade entre Estado Constitucional e justiça para, ainda no plano valorativo, conceber o processo justo como modelo, cuja característica principal é a formação de um sistema direcionado à obtenção de uma decisão justa.

Tenta-se demonstrar que decisão justa é aquela proferida em respeito da correção procedimental, que visa a apurar os fatos mediante a busca pela verdade e que contém uma adequada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, tudo isso dirigido à tutela dos direitos. Posteriormente, verifica-se se a ordem jurídica brasileira espelhou em grau razoável os valores que inspiram o modelo de Estado Constitucional, para, a partir daí, passar a entender o processo justo como sobreprincípio e direito fundamental, precisando as consequências normativas que essas categorias pressupõem. Trabalha-se na identificação de qual seria o estado ideal de coisas a ser realizado próprio do sobreprincípio do processo justo e, finalmente, definem-se os comportamentos que servem à promoção do fim, consistindo esses nos deveres organizacionais do Estado decorrentes da eficácia vertical ínsita ao seu status de direito fundamental.

Palavras-chave: Processo Justo. Justiça. Positivismo Jurídico. Estado Constitucional.

Abstract: This research seeks to study the fair trial and what its role should be in the contemporary theory of civil procedural law. To do this, starting from the existence of a separation between Law and morality it is intended to, first, identify the Constitutional State as an ideal model of values, where dignity is foundation, truth and legal certainty are mediums and freedom and equality are the ultimate purpose, being that all of these are connected to the notion of justice. It is inquired if there actually exists indissociability between the Constitutional State and justice itself so that, while still in the value dimension, it is possible to conceive the fair trial as a model, whose main characteristic is the formation of a procedural system oriented towards the obtaining of a just legal decision. It is intended to demonstrate that a just legal decision is that which is emitted in respect to the correctiveness of the procedure, that it seeks to verify the facts through the search for the truth and that it contains an adequate interpretation and application of the right to the merits, all being directed to the protection of rights. Subsequently, it is verified whether the Brazilian legal system reflected, in a reasonable degree, the values that inspire the model of the Constitutional State, so that, from that point, proceed to understand the fair trial as a principle and a fundamental right, specifying the normative consequences that

these categories presuppose. Furthermore, this research works on the identification of what would the ideal ought to be accomplished of that principle and, finally, it defines the behaviors that positively work towards its purpose, consisting in the State's organizational duties, originating from the vertical efficacy that is intrinsic to its status of fundamental right.

Keywords: Fair Trial. Justice. Legal Positivism. Constitutional State. Rule of Law.

Sociedade em Comum: entre a Construção de uma Nova Disciplina Situada nos Quadros do Direito Societário e a Paradoxal Aplicação do Regime da Sociedade de Fato ou Irregular

José Bráulio Petry Fonseca
Data de defesa: 25/09/2014

Resumo: Esta dissertação tem como tema central a disciplina dispensada pelo Código Civil entre os arts. 986 a 990 à sociedade sem personalidade jurídica chamada de sociedade em comum. O legislador do Código Civil, confessadamente, pretendeu redefinir o tratamento jurídico das sociedades sem atos constitutivos levados ao órgão registrador, colocando fim às discussões de natureza teórica e empírica existentes desde o antigo Código Comercial, no qual estavam presentes as chamadas sociedades de fato ou irregulares. Nesse sentido, a abordagem acerca da disciplina da sociedade em comum prender-se-á ao propósito de deixar evidente o caráter inovador das soluções legislativas. Para tanto, o recurso utilizado foi a exposição dos principais problemas presentes na doutrina e na jurisprudência anteriores à promulgação do Código Civil, na primeira parte do trabalho, passando-se às soluções instituídas pela codificação de 2002, na segunda parte; viabilizando o exame realizado na última etapa acerca do modo como foram efetivamente interpretadas as disposições acerca da sociedade em comum pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, especialmente no sentido de saber se são elas aplicáveis a todas as sociedades sem personalidade jurídica, em razão da falta

de inscrição no órgão registrador, ou se, ao lado do regime da sociedade em comum, é possível possibilidade de aplicarem-se modelos jurídicos e dogmáticos construídos anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Sociedade em Comum. Sociedade de Fato. Sociedade Irregular. Sociedade Civil. Sociedade não Personificada.

Abstract: This essay is focused on the rules of the Civil Code between the articles 986 and 990 regarding the partnership without legal personality which is called sociedade em comum. The legislator of the Civil Code, admittedly, intended to redefine the legal treatment of partnerships with no constitutive acts taken to the competent board of trade, giving end to theoretical and empirical discussions of since the old Commercial Code, in which were existent the called sociedades de fato or irregulares. In this sense, the approach of the discipline of the sociedade em comum will be developed aiming to let evident the innovative features of the legislative solutions. Thus, the method used was the exposure of the main problems present in doctrine and jurisprudence prior to the promulgation of the Civil Code in the first part of the essay, by passing the solutions imposed by the referred codification in 2002 in the second part, enabling the survey, in the last part, of how the legislative solutions have been effectively interpreted by the brazilian doctrine and jurisprudence, especially in the sense of whether they are applicable to all partnerships without legal personality due to lack of registration or if, beside of the rules created to regulate the sociedade em comum, is possible apply legal and dogmatic models built prior to the enactment of the Civil Code of 2002.

Keywords: Unincorporated Partnership. Partnership without Legal Personality. Sociedade em Comum.

Substituição Tributária "Para Frente" no ICMS: da Capacidade Contributiva na Tributação por Fato Gerador Presumido

Cristiano Roesler Barufaldi
Data de defesa: 07/11/2014

Resumo: A utilização da técnica da substituição tributária "para frente" no imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e sua conformação com o princípio da capacidade contributiva são os objetos de estudo deste trabalho. Buscar-se-á, então, no primeiro momento, traçar os contornos da substituição tributária "para frente", dentro das hipóteses de sujeição passiva tributária, bem como compor um histórico dos antecedentes legislativos e jurisprudenciais a respeito do tema. O segundo capítulo dedicar-se-á ao exame do princípio da capacidade contributiva, especialmente no que concerne a sua eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na última parte do trabalho, perscrutar-se-ão os pressupostos e limites para a tributação da capacidade contributiva na substituição tributária "para frente" no ICMS. Neste intuito, serão examinadas a necessidade de vinculação do substituto legal tributário com o fato imponível e com o destinatário legal do tributo, para que ocorra a repercussão do ônus tributário dos valores recolhidos em substituição, e as restrições impostas ao legislador para presunção de base de cálculo na substituição tributária "para frente".

Palavras-chave: Substituição Tributária "Para Frente". ICMS. Princípio da Capacidade Contributiva. Pressuposto e Limites Tributação por Fato Gerador Presumido.

Abstract: The use of the forward taxation substitution technique in the state value-added tax on services and circulation of goods ("ICMS") – and its conformity with the Ability-to-pay Principle are the aim of this paper. Firstly, this study attempts to trace the outlines of the progressive taxation substitution within the assumptions of passive tax subjection, also composing a history of legislative and

jurisprudential precedents on the matter. The Second chapter is intended to examine the Ability-to-pay Principle, especially regarding its effectiveness and enforcement under the Brazilian Legal System. In the last part of the work, the assumptions and the limits regarding the ability to pay taxes are analyzed in relation to the progressive taxation substitution on state value-added tax on services and circulation of goods (ICMS). To this end, this study examines the need to link the tax legal substitute with the enforceable fact and the tax legal recipient, so that the impact of the tax burden of the amounts paid in substitution occurs, as well as the need to link the restrictions imposed on the legislator for the presumed calculation basis on the progressive taxation substitution.

Keywords: Forward Taxation Substitution. State Value-Added Tax on Services and Circulation of Goods ("ICMS"). Ability-to-Pay Principle. Assumption and Limits of Taxation by Presumed Taxable Event.

618 Uma Análise acerca do Artigo 8º do Regulamento Roma II em Face ao Fenômeno das Violações Ubíquas de Direitos Autorais

André de Oliveira Schenini Moreira
Data de defesa: 26/06/2014

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar qual o tratamento que o fenômeno das violações ubíquas de direitos autorais, praticadas essencialmente no âmbito da internet, recebe no direito do conflito de leis, haja vista ser tal ocorrência um terreno fértil para a múltipla aplicação de legislações a um único ato. A análise realizada partiu da clara influência do princípio da territorialidade dos direitos autorais no âmbito do direito internacional privado de diferentes legislações, cujos resultados não se mostraram capazes de lidar com os reflexos do fenômeno das violações ubíquas. Para tanto, buscamos primeiramente no Regulamento Roma II, um instrumento de direito unional que unificou as regras de definição da lei a ser aplicada em casos de violações de direitos de propriedade intelectual

no âmbito da União Europeia, mais especificamente no seu aritgo 8º, alternativas para uma abordagem mais atualizada. Aparentemente, apesar do alardeado teor vanguardista desse regulamento, referido instrumento de direito unional apresentou uma abordagem deveras conservadora no que tange ao conflito de leis para infrações de propriedade intelectual por meio de mídias ubíquas. Devido a isso, o presente estudo buscou em outras alternativas, encontradas em normas de soft law e no próprio direito europeu, possíveis saídas para o entrave criado pelo legislador unional nesse instrumento que deveria servir de modelo às futuras legislações internacional-privatistas. A atual rigidez territorialista existente na forma como as violações ubíquas dos direitos de criação do homem são tratadas, fenômeno crescente com o uso desenfreado da internet em nosso dia a dia, assim como o poder unificador do Regulamento Roma II, foram razões que fizeram com que este trabalho propusesse um novo artigo para o citado conjunto de regras de conflitos de leis, específico para lidar com as violações ubíquas de direitos autorais, baseado em elementos de conexão condizentes com a atual realidade de exploração de obras da criação humana.

Palavras-chave: Violações Ubíquas. Direitos Autorais. Conflito de Leis. União Europeia.

Abstract: The purpose of this work is to analyze which is the treatment granted by the conflict-of- law to the copyright ubiquitous infringement phenomenon occurred mainly in the internet, considering that such situation is a fertile ground for the multiple application of laws occurred due to the promotion of a sole act. The performed analysis departed from the clear influence of the copyright territoriality principle over the international private law of different legislations, whose results were not capable to deal with the reflexes originated from the ubiquitous infringement phenomenon. In this sense, we firstly searched in the Rome II Regulation, an european law tool that has unified the conflict-of-law rules for intellectual property infringement in the European Union, specifically in its article 8, an alternative for an updated approach. Although the boasted avant-garde content of such regulation, apparently this european legal instrument presented an extremely conservative approach when dealing with the

conflict-of-laws in intellectual property infringements perpetrated through ubiquitous medias, which therefore forced the current work to seek in other alternatives, located in the soft law and in the own european law, possible solutions for this complication created by the European legislator in an instrument that should have served as model to future international private law rules. The current rigidity seen in the way that ubiquitous infringements of creation rights are treated, considering the growing status of such phenomenon due to the vast use of the internet in our daily tasks, as well as the unifying power of the Rome II Regulation, were the reasons that directed this study to create a new rule for the cited group of conflict-of-law rules specifically built to deal with copyright ubiquitous infringements, based on connecting factors that are consistent with the current reality of intellectual creations exploitation.

Keywords: Ubiquitous Infringement. Copyright. Conflict-of-Laws. European Union.

620

Uniões Simultâneas – Solução dos Conflitos no Contexto Sociocultural e Jurídico Atual

Fernando René Graeff
Data de defesa: 17/06/2014

Resumo: Historicamente, a família, célula básica e fundamental da sociedade, sempre evoluiu e se moldou ao contexto social em que esteve inserida. Especialmente no Brasil, o conceito de família sofreu substancial modificação desde a colonização, e, principalmente nas últimas décadas, para acompanhar os fenômenos e anseios sociais. De uma família patriarcal constituída exclusivamente pelo casamento, voltada para sua preservação enquanto instituição, passou-se a uma família fundada no afeto e voltada para a realização de seus integrantes. Diante de tal evolução, sacramentada pela Constituição Federal de 1988, algumas relações informais habituais na sociedade, mas vistas com desprezo e inferioridade por grande parte da população, passaram a ser reconhecidas e tuteladas pelo Estado. Nesse

contexto, uniões informais duradouras, públicas e contínuas entre homem e mulher desimpedidos de casar, com objetivo de constituir família, foram reconhecidas como verdadeiras entidades familiares, sendo denominadas de uniões estáveis. No entanto, em consonância com o modelo monogâmico ordenador do sistema jurídico brasileiro, uniões informais concomitantes a outra relação jamais receberam tratamento legal que lhes tenha atribuído efeitos patrimoniais, tendo o legislador civilista cuidado apenas de restringi-los. Tal histórica omissão legislativa não impediu, todavia, que, em um contexto social marcado pela pluralidade de formas nas relações afetivas e por uma contradição de desejos inerentes à maioria dos seres humanos – de um lado, o de ser o único na vida do parceiro; e, no outro, o de ter mais de um parceiro –, as uniões simultâneas, de tão reincidentes, alcançaram o status de fato social, o qual, todavia, por uma série de razões, continua a ser visto com severas restrições pela própria sociedade, e, consequentemente, pelo Direito. Tais uniões adquirem especial relevância para o mundo jurídico no momento em que ocorrem os seus rompimentos, seja pela morte, seja pelo simples desejo de uma das partes envolvidas. Nasce, então, uma das questões de maior complexidade e de difícil solução no Direito atual: a de conciliar a sensação de injustiça, que muitas vezes paira quando do rompimento de tais relações, com o sistema jurídico atual, o qual não só não reconhece tais uniões como entidade familiar, como veda expressamente seu reconhecimento como união estável. O trabalho tem como foco o estudo dessas uniões simultâneas, as quais podem ser formadas tanto por pessoas impedidas como por pessoas desimpedidas de casar ou de constituir união estável, em especial o tratamento jurídico a elas conferido e os efeitos jurídicos que podem gerar. Assim, a primeira parte do trabalho volta-se precipuamente para os aspectos históricos, sociológicos e psicológicos que envolvem as uniões simultâneas, para que, ao final, se possa alcançar um entendimento jurídico sobre o tema, coerente não só com o sistema jurídico, mas também com a realidade sociocultural da atualidade.

Palavras-chave: União Simultânea. Concubinato. União Estável. Direito de Família. Direito das Sucessões. Efeitos Jurídicos.

Abstract: Historically, the family, the basic and fundamental unit of society, has always evolved and shaped itself with the social context in which it was inserted. Especially in Brazil, the concept of family has undergone substantial changes since its colonization, and mainly in recent decades, in order to monitor the social phenomena and expectations. From the patriarchal family, consisting solely by marriage and aiming at its preservation as an institution, the family unit has changed to a family based on affection and concerned with its members' fulfillment. Due to such developments, empowered by the 1988 Constitution, some usual informal relationships in society, although viewed with contempt and inferiority by much of the population, were recognized and protected by the State. In this context, long-term, ongoing public relationships between man and woman unimpeded to marry, aiming at constituting a family, were recognized as genuine family entities and called stable unions. However, in line with the monogamous model of the Brazilian legal system, an informal relationship concomitant to another relationship has never received the legal treatment to assign it propriety rights, being the civil legislator, in such a case, only concern in restricting them. However, in a social context characterized by the plurality of forms in affective relationships and by a contradiction of desires inherent in most humans beings – in one hand, the desire of being the only one in the partner's life; and, in the other, the desire of having more than one partner – such historic legislative omission has not prevented simultaneous relationships, for being so recidivists, from attaining the status of a social fact, which, for a number of reasons, remains to be seen with severe restrictions by the society itself and hence by the Law. Such unions acquire special relevance to the legal world at the time of their breakups, either by death, or by the simple desire of the parties involved. At this moment, one of the most complex and difficult issues to solve in the current Law is how to conciliate the feeling of injustice, which often hangs when the breakup of such relationships occurs, with the current legal system, which not only does not recognize such unions as a family unit, but it expressly forbids its recognition as a stable union. This paper focuses on the study of these simultaneous relationships, which can be formed both by impeded persons as well as unimpeded ones to marry or to constitute stable unions, in particular, the legal treatment given

to them and the legal consequences that may result. Therefore, the first part of this study turns primarily to the historical, sociological and psychological aspects involving simultaneous unions, so that in the end, one can achieve a legal opinion on the issue not only consistent with the legal system, but also with the sociocultural reality of present days.

Keywords: Simultaneous Relationship. Concubinage. Stable Union. Family Law. Law of Succession. Legal Effects.

Teses de Doutorado 2014

A Justiciabilidade do Direito Prestacional à Saúde e os Critérios para o Controle Jurisdicional

Hector Cury Soares
Data de defesa: 04/09/2014

Resumo: Esta tese objetiva determinar critérios para o controle jurisdicional do direito prestacional à saúde com base na Constituição Federal de 1988. Para tanto, parte de duas premissas: a) a Constituição Federal de 1988 garante exigibilidade do direito à saúde; b) o Orçamento Público, disponível para a realização de despesas para a efetivação dos direitos sociais, é limitado. Assim, em caso de controle judicial, são necessários critérios que assegurem o acesso às prestações em saúde, de forma universal e igualitária, sem, com isto, comprometer as políticas públicas de saúde. Além disso, os critérios para a intervenção estão em consonância com o sentido preconizado pelo princípio da separação dos poderes e o princípio democrático, não havendo, desta forma, comprometimento das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Com base nisto, o primeiro capítulo da tese dedica-se a apresentar os fundamentos materiais e formais que autorizam a exigibilidade do direito à saúde, delimitando a sua eficácia jurídica. O segundo capítulo trata dos custos dos direitos sociais e a necessidade

de limitações nas prestações em prol da sustentabilidade do Estado. Por fim, são expostos os critérios ao controle jurisdicional, divididos em dois grupos: os imediatamente exigíveis (aplicáveis) e os mediatamente exigíveis (aplicáveis).

Palavras-chave: Direito à Saúde. Justiciabilidade. Orçamento Público. Controle Judicial. Critérios.

Abstract: This doctoral dissertation seeks to determine objective criteria for the jurisdictional control of the right to health care based on the 1988 Federal Constitution. Thus, it stems from two assumptions: a) the 1988 Federal Constitution ensures the enforceability of the right to health care; b) the public budget, available for the expenditure to implement social rights, is limited. Therefore, in case of judicial control, criteria are needed to ensure access to health services in a universal and egalitarian way without compromising public health policies. In addition, the criteria for intervention are in accordance with the direction advocated by the principle of the separation of powers and the democratic principle, hence not jeopardizing the typical functions of the Legislative and the Executive Powers. Thus, the first chapter of the dissertation is dedicated to presenting the material and formal foundations that allow the enforceability of the right to health marking out its legal effectiveness. The second chapter covers the costs of social rights and the need for curtailing benefits for the sustainability of the State. Finally, the criteria for jurisdictional control are presented and divided into two groups: the immediately enforceable (applicable) and the non-immediately enforceable (applicable).

Keywords: Right to Health Care. Judicial Enforceability. Public Budget. Judicial Control. Criteria.

A Legitimidade do Produtor Nacional frente às Medidas Antidumping: entre a Ação Nacional e a Abstenção Internacional: o Uso das Medidas Antidumping pelo Brasil

Marc Antoni Deitos
Data de defesa: 27/10/2014

Resumo: Essa tese defende a despolitização e a decorrente legalização do uso das medidas antidumping. Fundamenta-se pela liberação desse instrumento de defesa comercial das constrições políticas internas e internacionais, fortalecendo os fundamentos jurídicos, na direção voltada para o produtor nacional como destinatário principal da norma de direito do comércio internacional assentada no Acordo Antidumping (ADA) da Organização Mundial do Comércio (OMC). A relação fática e jurídica estabelecida na medida antidumping dá-se entre entes privados: o produtor de um país causa dano ao produtor de outro país ao comercializar o bem a preço de dumping. Contudo, nessa relação, o produtor nacional que sofre o dano causado pela concorrência desleal estrangeira não dispõe de um remédio jurídico apto a afastar o dano. O titular do direito de aplicar uma medida antidumping é o Estado, que age em razão do interesse público. Essa tese aponta a arbitrariedade com que o Estado brasileiro, em conduta comum a outros membros da OMC, tem utilizado o interesse público conforme a conveniência política. Essa mesma lógica se faz presente quando uma medida antidumping é aplicada em desconformidade com o ADA. Diante dessa situação, o produtor nacional pode assistir impotente a desconstituição de fluxos comerciais importantes, e que exigiram vultosos investimentos para serem estabelecidos, pois também não se disponibiliza um remédio jurídico para cessar a arbitrariedade da medida aplicada. Novamente, o produtor nacional precisa socorrer-se do Estado para que esse apresente a sua demanda ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Nesse nível de análise, a arbitrariedade do Estado por apresentar ou não a demandas ao OSC imiscui-se à pluralidade de temas que dominam a pauta política internacional, tornando-se um fator transacionável no jogo político entre os membros da OMC. A situação corrente, além de prejudicar o produtor nacional, é também deletéria ao próprio Estado, pois pode

ver-se arrastado para uma controvérsia internacional a depender da influência doméstica que goza o grupo afetado pela medida anti-dumping. Por isso, defende-se a legitimidade do produtor nacional frente às medidas antidumping: seja como uma garantia jurídica contra a concorrência desleal estrangeira seja como um sujeito apto a demandar pela correta aplicação do ADA no OSC da OMC.

Palavras-chave: Produtor Nacional. Dumping. OMC.

Abstract: This thesis defends the depolitization and the resulting legalization of the use of anti-dumping measures. It argues for the unleash of this trade defense measure of domestic and international political constraints, strengthening the legal grounds towards the domestic producer as the mains subject of international trade law, specifically regarding the Anti-dumping Agreement (ADA) of the World Trade Organization (WTO). The factual and legal relationship established in anti-dumping measure relates to private entities: one producer harms another producer located abroad by selling goods underpriced. However, the producer damaged by foreign unfair competition does not have a remedy to avoid such unfair act. The State holds the right to apply an anti-dumping measure. It does that by acting on grounds of public interest. This thesis points out the arbitrariness with which Brazil, in the same path with other WTO members, conducts the use of anti-dumping measures. This same logic is present when an anti-dumping measure is applied in violation of the ADA. The producer can watch helplessly as important trade flows are banned, while in the past it has required huge investments to be established. It also does not have a legal remedy to avoid the arbitrariness of the measure applied. Again, the producer needs to beg protection to the State, because it is not entitled to submit a petition to the Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO. At this level of analysis, the State´s arbitrariness to display or not the demand to the DSB meets a plurality of themes that dominate the international political agenda, becoming a tradable factor in the political game between WTO members. The current situation, besides harming the domestic producer, is also harmful to the State itself, as it can be drawn into an international controversy depending on the domestic influence enjoyed by the interest group affected by the anti-dumping measure. Therefore, this thesis defends the legitimacy of the national

producer on anti-dumping measures as a legal guarantee against unfair foreign competition and also entitle to demand for the correct application of the ADA at the DSB of the WTO.

Keywords: National Industry. Dumping. WTO.

Atuação Estatal Estabilizadora (Pressupostos, Requisitos e Limites)

Marco Antonio Karam Silveira
Data de defesa: 09/04/2014

Resumo: Esta tese sustenta existir um dever constitucional de atuação estatal estabilizadora direta na atividade econômico-empresarial em momentos de desestabilização econômica sistêmica, geradora de instabilidade jurídica. O dever de estabilização é alcançado pela técnica da participação acionária estatal transitória em sociedades empresárias por ações vulneráveis a desequilíbrios sistêmicos do mercado. O fundamento da tese está no sentido que se reconstrói a partir da interpretação sistemática do enunciado normativo do caput do artigo 173 da Constituição da República. O relevante interesse público, fundamento e fim da atuação estatal na economia, indica o dever de atuação do Estado Constitucional com fins de estabilização. O interesse público presente no enunciado normativo, em sua referibilidade à ordem econômica constitucional, apresenta contorno e conteúdo que, a partir dos sentidos reconstruídos pela interpretação desse enunciado normativo, o identifica com diversos aspectos da atividade econômica. O mercado, referência objetiva em que o interesse público é interpretado pelo desenvolvimento de atividade econômica, é orientado pelos valores da liberdade econômica, da igualdade social e da segurança jurídica. A liberdade econômica tem sua projeção na atividade de empresa, na propriedade e no contrato, todos orientados por uma função social segundo os valores da igualdade e da solidariedade social. A tese sustenta existir no enunciado normativo do caput do art. 173 da Constituição da República três âmbitos de significação relacionados ao contorno do interesse público, ao conteúdo da norma de competência e ao preenchimento do "conceito jurídico

indeterminado". Esses âmbitos de significação auxiliam na identificação do nível deôntico da norma. A permissão contida no enunciado é interpretada como obrigação, levando à conclusão da existência de um dever estatal de estabilização. A tese, alfim, realiza um teste de validade dos fundamentos expostos na primeira parte de modo a demonstrar a aptidão normativa infraconstitucional para instrumentalizar o dever constitucional de atuação estatal estabilizadora.

Palavras-chave: Direito e Economia. Interesse Público. Mercado. Liberdade, Igualdade e Segurança Jurídica. Empresa, Propriedade e Contrato.

Abstract: This thesis argues that there is a State constitutional duty to exercise directly a stabilizing role in the economic and business activity in times of systemic economic destabilization that generate legal instability. The aforementioned duty can be achieved by the technique of transient State shareholding for shares in business corporations that are vulnerable to systemic imbalances in the market. The basis of the thesis resides in the sense that is reconstructed from the systemic interpretation of the normative statement of the chapeau of article 173 of the Brazilian Constitution. The relevant public interest, considered as the foundation and purpose of state action in the economy, indicates the role of the Constitutional duty of the State for purposes of stabilization. This public interest seen in the normative statement, in its reference to constitutional economic order, presents an outline and content providing the interpretation that identifies with various aspects of economic activity. The market, as the objective reference in which the public interest is understood by the development of economic activity, is guided by the values of economic freedom, social equality and legal certainty. Economic freedom has its projection in the activity of business, property and contract. All these activities are guided by a social function, according to the values of equality and social solidarity. The thesis draws from the normative statement of the chapeau of art. 173 of the Brazilian Constitution three areas of meaning, to wit: one related to the contour of the public interest, other concerning the content of the standard of competence and, finally, about the completion of "the indeterminate legal concept." These areas of significance help identify the deontic level of the legal rule. The permission present in this normative

statement is interpreted as an obligation, extracted from the State's duty to stabilize. Concluding, the thesis performs a test of validity of the arguments from its first part in order todemonstrate the suitability of the deployment of statutory instruments to fulfill the State`s constitutional duty of stabilization.

Keywords: Law and Economics. Public Interest. Market. Freedom, Equality and Legal Certainty. Company, Property and Contract.

A Superação da Ótica Voluntarista e o Novo Paradigma da Confiança nos Contratos

André Perin Schmidt Neto
Data de defesa: 22/12/2014

Resumo: A tese propõe uma releitura da teoria do negócio jurídico a partir da inclusão da confiança no núcleo do suporte fático a gerar uma ótica plural e reflexa da vontade. Pretende-se a análise dos contratos a partir de um novo paradigma, demonstrando a inclusão da noção de confiança no negócio jurídico, não apenas acompanhando a manifestação de vontade, mas permitindo a análise reflexiva desta. Assim, deve responder a muitas dúvidas deixadas pela teoria do fato jurídico que, criada em um ambiente liberal, estabelecia a vontade individual das partes como único elemento a compor o cerne do núcleo de um negócio jurídico. Hoje, a sociedade de massas, os contratos de adesão e as contratações eletrônicas demandam uma revisão dos conceitos-base da teoria geral do direito civil. Esta tese pretende analisar, não apenas a vontade das partes de maneira isolada, mas a confiança (a partir da noção de vertrauen do direito alemão) que as manifestações de vontade recíprocas e os usos do tráfico provocam em ambos os contratantes. Portanto, no cerne do negócio jurídico não estariam apenas as manifestações da vontade, mas o consenso que se dá de modo dinâmico, variando de acordo com os outros elementos, conjugação entre a manifestação de vontade de um contratante, a confiança provocada no outro e a manifestação de vontade do outro contratante e a confiança, a legítima expectativa, provocada no primeiro, considerando-se as circunstâncias

negociais. O objetivo do trabalho é estudar a flexibilização do princípio da autonomia da vontade que, apesar de ser a base do direito contratual, hodiernamente deve ensejar a releitura da teoria do negócio jurídico, a fim de adaptá-la à realidade das relações sociais e adequá-la às teorias clássicas ao incluir noções de função social do contrato, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico dos pactos, etc., em sua estrutura teórica.

Palavras-chave: Teoria do Fato Jurídico. Negócio Jurídico. Contrato. Contrato de Consumo. Autonomia Privada. Princípio da Confiança.

Abstract: The thesis proposes a reinterpretation of the theory of legal business from the inclusion of the trust at the core of factual support to generate a plural and reflexive perspective of will. We intend to analyze the contracts from a new paradigm, demonstrating that the inclusion of the notion of trust in the legal business, not just following the declaration of intent, but allowing this reflective analysis, answers many questions left by the theory of legal fact who, raised in a liberal environment, established the individual will of the parties as a single element composing the core of the nucleus of a legal business. Today, mass society, contracts of adhesion and electronic contracting, demand a review of the basic concepts of the general theory of civil law. Thus, this thesis aims to analyze, not only the will of the parties in an isolated way, but confidence (from the notion of vertrauen in German law) that the manifestations of reciprocal desire and uses of traffic cause in both contractors. Therefore, at the heart of the legal business would not be the only manifestations of the will, but a consensus that occurs dynamically, varying according to the other elements, conjugation between the expression of the will of a contractor and trust in each other caused, and the consent from the other contractor and the trust, the legitimate expectation, caused on the first, considering the business circumstances. The objective is to study the flexibilization of the principle of freedom of choice, which, despite being the basis of contract law, in our times should give rise to a reinterpretation of the theory of legal business in order to adapt it to the reality of social relations, adapting the classical theories to include the notions of social function of the contract, objective good faith, economic balance of the pacts, etc., in his theoretical framework.

Keywords: Theory of Legal Fact. Legal Business. Contract. Consumer Contract. Private Autonomy. Freedom of Choice. The Principle of Trust. Reliance.

O Controle Disciplinar da Magistratura e o Perfil Ético do Magistrado

Ives Gandra da Silva Martins Filho
Data de defesa: 12/09/2014

Resumo: A presente tese de doutoramento tem como dupla finalidade examinar como se dá no Brasil o controle disciplinar da magistratura e extrair dele o perfil ético do juiz. O que se procurará demonstrar é que o controle preventivo exercido pelas Escolas Judiciais na capacitação dos magistrados e o controle orientativo desenvolvido pelas Corregedorias de Justiça podem ser mais eficazes do que o controle corretivo desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais brasileiros. Para tanto, o enfoque a ser dado à Ética Judicial na formação dos magistrados deve ser o das virtudes judiciais a serem por eles almejadas e adquiridas e não o dos deveres que lhes serão cobrados.

Palavras-chave: Disciplina. Magistratura. Magistrado. TST.

Abstract: This doctoral thesis has as its dual purpose to examine how the disciplinary control of magistracy occurs in Brazil and to extract from it the ethical profile of the judge. What we intend to demonstrate is that the preventive control performed by judicial schools in the qualification of magistrates and the orientative control developed by the Comptroller's Office can be more effective than the corrective control played by the National Council of Justice and the Brazilian Courts. Thus, the focus that has to be given to the Judicial Ethics in the training of magistrates should be the one of the judicial virtues that will be aimed and acquired by them and not the one of the duties that will be demanded from these magistrates.

O Desequilíbrio Excessivo da Relação Jurídica de Consumo e sua Correção por meio da Cláusula Geral de Vantagem Excessiva no Código de Defesa do Consumidor

Fernando Costa de Azevedo
Data de defesa: 14/04/2014

Resumo: A presente tese tem por objetivo analisar o conceito e as espécies de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo, bem como a possibilidade de correção de uma das espécies de desequilíbrio excessivo – o exercício abusivo de posição jurídica dos fornecedores – por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º). Trata-se, em essência, de um estudo sobre a própria relação jurídica de consumo, razão pela qual se impõe, inicialmente, uma análise acerca de seus pressupostos fático-normativos, elementos constitutivos e característica fundamental (Parte I, Capítulo 1) para, só então, enfrentar o tema dos "desequilíbrios" (estrutural e excessivo) existentes nesse tipo de relação jurídica (Parte I, Capítulo 2), quando se busca demonstrar que o desequilíbrio excessivo não se confunde com o desequilíbrio estrutural (intrínseco), na medida em que este é realidade constitutiva da própria relação jurídica de consumo, sendo, por isso mesmo, reconhecida e tolerável pelo direito; ao contrário, o desequilíbrio excessivo é realidade que ultrapassa os limites do "juridicamente tolerável" – isto é, do estado de desequilíbrio estrutural – e, por este motivo, precisa ser corrigida por meio da ordem jurídica (no caso brasileiro, pelo sistema jurídico de proteção e defesa dos consumidores, centralizado nos valores e normas constitucionais e sistematizado no Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). E para a correção das situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo geradas pelo exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores o legislador brasileiro, atento à necessidade de compreensão do direito privado como um sistema jurídico aberto (Parte II, Capítulo 3) construiu o Código de Defesa do Consumidor como um microssistema dotado de normas casuísticas e de normas abertas (as chamadas "cláusulas gerais"), destacando-se, quanto a estas, a cláusula geral de proibição

de vantagem excessiva, que se entende ser a "cláusula fundamental de correção do abuso nas relações jurídicas de consumo" (Parte II, Capítulo 4), na medida em que seu âmbito de aplicação, fixado pelo próprio legislador (CDC, art. 51, §1º), abarca, por sua grande generalidade, o âmbito das demais cláusulas gerais de correção do abuso, como as de função social e econômica do direito, boa-fé objetiva, bons costumes e lesão enorme, tutelando, enfim, a globalidade dos legítimos interesses dos consumidores – isto é, seus interesses de natureza patrimonial e existencial – lesados pela atuação abusiva dos fornecedores no mercado de consumo.

Palavras-chave: Relação Jurídica de Consumo. Desequilíbrio Excessivo. Exercício Abusivo da Posição Jurídica. Cláusula Geral de Proibição de Vantagem Excessiva. Código de Defesa do Consumidor.

Riassunto: La presente tesi ha come obiettivo analisare il concetto e le specie di squilibrio eccessivo della relazione giuridica di consumo, nonché la possibilitá di correzione di una delle specie di squilibrio eccessivo – l'esercizio abusivo della posizione giuridica dei fornitori – per mezzo della clausola generale di divieto di vantaggio eccessivo, previsto nel Codice di Difesa del Consumatore (Art. 39, V c/c art. 51, IV e §1°). Si tratta, in essenza, di uno studio sulla stessa relazione giuridica di consumo, ragione per la quale si impone, inizialmente, un'analisi con riferimento ai suoi pressuposti fatico-normativi, elementi costitutivi e caratteristica fondamentale (Parte I, Capitolo1) per, soltanto dopo, affrontare il tema degli "squilibri" (strutturale e eccessivo) esistenti in questo tipo di relazione giuridica (Parte I, Capitolo 2), quando si cerca di dimostrare che lo squilibrio eccessivo non si confonda con lo squilibrio strutturale (intrinseco), nella misura in cui questo è realtà costitutiva della stessa relazione giuridica di consumo, essendo, per questo, riconosciuta e tollerabile dal dirito; invece, lo squilibrio eccessivo è realtà che supera i limiti del "giuridicamente tollerabile" – cioè, dello stato di squilibrio strutturale – e, per questo motivo, necessita di essere correta da un mezzo dell'ordine giuridica (nel caso brasiliano, dal sistema giuridico di protezione e difesa dei consumatori, centralizzato nei valori e norme costituzionali e sistematizzato nel Codice di Difesa del Consumatore – Legge n. 8.078, dell'11 settembre 1990). E per la correzione delle

situazioni di squilibrio eccessivo della relazione di consumo generate dall'esercizio abusivo della posizione giuridica dei fornitori il legislatore brasiliano, attento alla necessità di comprensione del diritto privato come un sistema giuridico aperto (Parte II, Capitolo 3) ha costruito il Codice di Difesa del Consumatore come uno microsistema dotato di norme casistiche e di norme aperte (le cosidette "clausole generali"), distacandosi, tra loro, la clausola generale di divieto di vantaggio eccessivo, che si intende essere la "clausola fondamentale di correzione dell'abuso nelle relazioni giuridiche di consumo" (Parte II, Capitolo 4), allo stesso tempo in cui suo ambito di applicazione, fissato dallo stesso leggislatore (CDC, art. 51,§1º), contiene, dovuto alla sua grande generalità, l'ambito delle altre clausole generali di correzione e abuso, così come quelle di funzione sociale ed economica del diritto, buona-fede obiettiva, buone abitudine e lesione enorme, tutelando, infine, la globalità dei legittimi interessi dei consumatori – cioè, i loro interessi di natura patrimoniale e esistenziale – danneggiati dalla attuazione abusiva dei fornitori nel mercato di consumo.

Parole-chiave: Relazione Giuridica di Consumo. Squilibrio Eccessivo. Esercizio Abusivo della Posizione Giuridica. Clausola Generale di Givieto di Vantaggio Eccessivo. Codice di Difesa del Consumatore.

O Fideicomisso como Instrumento de Proteção do Concepturo: Oportunidade e Adequação Atual de um Instituto Milenar como Demonstração da Convergência do Direito Civil e do Direito Constitucional

Débora Cristina Holenbach Grivot
Data de defesa: 12/12/2014

Resumo: O fideicomisso existe há mais de dois milênios. Durante a sua existência, o fideicomisso teve diferentes utilizações, desde a mais remota entrega de patrimônio post mortem para pessoas impedidas pela lei de recebê-lo, passando pela perpetuação do

patrimônio numa mesma família, e chegando aos tempos atuais como forma de transmitir patrimônio para o concepturo. Esta atual finalidade do fideicomisso, de proteger uma pessoa que ainda não foi concebida, mostra-se muito oportuna e adequada ao novo formato do Direito Civil pelo seu viés constitucional. Os valores protegidos pelo fideicomisso, como modalidade de direito privado, encontram amparo pleno no rol de tutelas constitucionais, dando ao instituto o seu caráter de direito civil constitucional. Desta forma, o fideicomisso não é apenas um instituto milenar que permanece em vigor, mas é instrumento para demonstrar a mais atual virtude do direito civil que é estar em convergência com o direito constitucional.

Palavras-chave: Fideicomisso. História do Direito Civil. Direito Civil Constitucional.

Abstract: The fideicomisso has existed for over two thousand years. First: In ancient times as a way to distribute assets post mortem to persons restricted by law to inherit these assets. Second: to assure the protection and perpetuation of assets in the same family. Thirdly, in present times as a way to transmit assets to yet unborn persons – the concepturo. This current role and purpose of the fideicomisso, to protect a person who has not yet been conceived, presents itself under a new format of constitutional civil law. Old values protected by the fideicomisso, as a form of private law, are now protecting by the constitutionals principles, thus giving the history institute of a fideicomisso a new character. Consequently, the fideicomisso is not only an ancient institution which remains in use, but has become an instrument whit reflects the current view of civil law as impregnated and strongly influenced by norms of order to give additional protection by force of these constitutional principles.

Keywords: Fideicomisso. Civil Law History. Convergence with Civil and Constitutional Law.

Questionando a Imperatividade do *Jus Cogens* em Direito Internacional

Camila Vicenci Fernandes
Data de defesa: 07/10/2014

Resumo: O objetivo desta tese é questionar o discurso da imperatividade das normas de *jus cogens* no direito internacional, verificando se ele se é compatível com uma sociedade internacional de caráter horizontal, descentralizado e baseada fundamentalmente no consentimento dos Estados. Para isso, a primeira parte deste trabalho examinará se a configuração normativa do *jus cogens* apoia a imperatividade a ele conferida, começando pelo estudo do desenvolvimento e afirmação histórica do conceito, buscando identificar tanto suas raízes remotas quanto o conteúdo desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que culminou com a positivação do *jus cogens* na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. O segundo capítulo da primeira parte tentará esclarecer o conteúdo normativo do *jus cogens*, abordando sua fundamentação teórica e buscando identificar sua fonte, examinando características inerentes a tais normas, como a não-derrogabilidade e a possibilidade de modificação para, ainda, abordar a questão da identificação das normas de *jus cogens*. Na segunda parte, a aplicabilidade das normas de *jus cogens* no direito internacional será verificada, questionando se é possível que tais normas operem os efeitos que lhe são atribuídos. O primeiro capítulo desta parte examinará áreas do direito internacional chamadas de "consolidadas", nas quais existe alguma regulamentação em relação às consequências das normas peremptórias, tais como o direito dos tratados e a responsabilidade internacional do Estado. Em seguida, o segundo capítulo abordará os efeitos atribuídos ao *jus cogens* em campos não consolidados, que não possuem de previsão legal, mas que são objeto de grande produção doutrinária e jurisprudencial, tais como a possibilidade de exercício jurisdicional em virtude de violações às normas peremptórias e de criação de uma hierarquia na ordem do direito internacional para, finalmente, tecer conclusões a respeito do tema. A pesquisa utilizou os métodos histórico e dedutivo, através de pesquisa documental.

Palavras-chave: *Jus cogens*. Imperatividade. Não-Derrogabilidade. Tratados.

Abstract: The aim of this thesis is to question the imperativeness discourse of *jus cogens* norms in international law, verifying if it is compatible with an international society of horizontal and decentralized character, which is primarily based on the consent of states. For this purpose, the first part of this paper will examine whether the normative configuration of *jus cogens* supports the imperativeness attributed to such norms, beginning with the study of the historical development and affirmation of the concept, seeking to identify both its remote roots as well as the content developed by the International Law Commission of the United Nations, which culminated with the provision on *jus cogens* in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The second chapter of the first part attempts to clarify the normative content of *jus cogens*, approaching its theoretical foundation and seeking to identify its source, examining the characteristics inherent to these norms, such as non-derogation and the possibility of modification, also addressing the issue of identification of *jus cogens* norms. In the second part, the applicability of *jus cogens* norms in international law will be verified, questioning whether it is possible for these norms to operate the effects attributed to them. The first chapter of this part will examine the "consolidated" areas, in which there is some kind of regulation regarding the consequences of peremptory norms, v.g. the law of treaties and the international responsibility of the state. Then, the second chapter will address the effects attributed to *jus cogens* in the so-called unconsolidated fields, which lack legal provision, but which are the subject of great doctrinal and jurisprudential production, such as the possible exercise of jurisdiction due to violations of peremptory norms, as well as the creation of a hierarchy in the international law order, to finally draw conclusions on the subject. The research used historical and deductive methods, through documentary research.

Keywords: *Jus cogens*. Imperativeness. Non-Derogation. Treaties.