



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2014

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 34.1 — jan./jun. 2014

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álison José Maia Melo

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



SOBRE OS AUTORES

Álison José Maia Melo

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (PPGD/ UFC). Mestre em Direito pela UFC. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (Fa7). Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce).

Ana Laís Pinto Martins

Estudante do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

André Lipp Pinto Basto Lupi

Advogado. Doutor em Direito (USP). Ex-Coord. do Programa e Coordenador da Comissão Qualis CAPES.

Carlos César Sousa Cintra

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET). Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET). Advogado em Fortaleza.

Carlos Bolonha

Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro.

Cristina Malaski Almendanha

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável. Assessora Jurídica. Professora.

Daury César Fabriz

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stritu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e

Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

Flávia Soares Unneberg

Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia/Instituto Luiz Flávio Gomes. Promotora de Justiça do Estado do Ceará.

Giuliana Dias Vieira

Doutora em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Paris I — Panthéon-Sorbonne. Professora Adjunta da Universidade Estadual da Paraíba — UEPB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Labirint.

Gustavo Ferreira Ribeiro

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB — Brasília. Doutor em Direito (Indiana University Bloomington). Ex-bolsista Capes/Fulbright. Advogado.

Helena Florindo da Silva

Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES — Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

Henrique Rangel

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região.

José de Oliveira Ascensão

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

Larissa Nunes Cavalheiro

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na área de concentração “Direitos Emergentes da Sociedade Global”, vinculada a linha de pesquisa “Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade, Bolsista CAPES, membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade, vinculado a UFSM. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS), Especialista em Educação Ambiental pela UFSM, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

Luiz Ernani Bonesso de Araujo

Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Coordenador e Professor do Programa de Pós-

Graduação — Mestrado em Direito da UFSM. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM).

Maíra Almeida

Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogada.

Marcus Abraham

Doutor em Direito Público (UERJ) e Professor Adjunto de Direito Financeiro (UERJ). Desembargador Federal no TRF2. Diretor da Escola da Magistratura Federal do RJ — EMARF.

Oksandro Osdival Gonçalves

Doutor em Direito Comercial pela PUCSP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Mestrado e Doutorado). Advogado.

Rafael de Oliveira Costa

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Ricardo Canan

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná e da Universidade Paranaense. Advogado.

Rogério Rolim da Cruz

Bacharel em Direito pela UFAM — Universidade Federal do Amazonas; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas — UFAM. Especialista em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas — CIESA. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas — ESMAM em convênio com a Faculdade do Vale do Ipojuca — FAVIP /PE. Delegado de Polícia.

Suelen Florindo Gonçalves

Acadêmica do 10º Período de Medicina da Universidade Vila Velha/ES.

Tainah Simões Sales

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada.

Valmir César Pozzetti

Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luiz Gonzaga/SP; Bacharel em Direito pelo CIESA — Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas; Mestre em Direito Ambiental pela Université de Limoges; Doutor em Direito Ambiental Comparado pela Université de Limoges. Professor Adjunto do Mestrado em Controladoria e Contabilidade da Universidade Federal do Amazonas; Professor Adjunto do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Professor Adjunto da ESMAM — Escola Superior da magistratura do Amazonas.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A PROPOSTA DE UMA CONSTITUIÇÃO SISTÊMICA

Carlos Bolonha

Henrique Rangel

Maíra Almeida..... 13

O EXERCÍCIO, PELO PODER EXECUTIVO, DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA TRIBUTÁRIA, À LUZ DO ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Carlos César Sousa Cintra..... 39

ANÁLISE ECONÔMICA DO ÔBITO NO DIREITO SOCIETÁRIO

Cristina Malaski Almendanha

Oksandro Osdival Gonçalves..... 51

O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS E SUA REPERCUSSÃO INTERNA

Flávia Soares Unneberg

Álisson José Maia Melo 65

A APLICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL ESTRANGEIRO EM CONTRATOS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS: UMA ANÁLISE SOBRE DEZ ANOS DE JURISPRUDÊNCIA (2004-2013)

Gustavo Ferreira Ribeiro

André Lipp Pinto Basto Lupi..... 81

A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RELAÇÃO ENTRE PAIS FUMANTES E SEUS FILHOS

Heleno Florindo da Silva

Suelen Florindo Gonçalves

Daury César Fabríz 109

O CONSTITUCIONALISMO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO IDEAL DA SUSTENTABILIDADE

Larissa Nunes Cavalheiro

Luiz Ernani Bonesso de Araujo 127

COMMON LAW E OS PRECEDENTES VINCULANTES NA JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Marcus Abraham 145

SEGURANÇA JURÍDICA E (IM)PREVISIBILIDADE DO DIREITO <i>Rafael de Oliveira Costa</i>	169
POLÍTICAS PÚBLICAS E DEFESA DO CONSUMIDOR <i>Ricardo Canan</i>	203
RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO — RELAÇÃO ENTRE ADVERTÊNCIA E RECONHECIMENTO DA JUSTA CAUSA <i>Rogério Rolim da Cruz</i> <i>Valmir César Pozzetti</i>	225
PLANEJAMENTO, TRANSPARÊNCIA, CONTROLE SOCIAL E RESPONSABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS O ADVENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL <i>Tainah Simões Sales</i> <i>Ana Laís Pinto Martins</i>	241
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
L'INTEGRATION DES SYSTEMES EUROPEENS DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX <i>Giuliana Dias Vieira</i>	261
DIREITO DE AUTOR E LIBERDADE DE CRIAÇÃO <i>José de Oliveira Ascensão</i>	287

DOCTRINA NACIONAL



A PROPOSTA DE UMA CONSTITUIÇÃO SISTÊMICA^Δ

Carlos Bolonha*
Henrique Rangel**
Maíra Almeida***

Resumo

O presente artigo defende que a legitimidade da ordem constitucional pode ser avaliada através de uma compreensão menos normativista da Constituição, revestindo-a de um entendimento sistêmico. A Constituição corresponde a um componente com especial destaque dentro da ordem constitucional e o modelo sistêmico de Constituição ora proposto — a *Constituição Sistêmica* — estrutura alguns aspectos determinantes a um eficiente e estável funcionamento deste agregado. A *Constituição Sistêmica* considera as características próprias das instituições que atuam na ordem constitucional e aquelas originadas da dinâmica e da interação presente nas agregações para, através de seus arranjos e mecanismos institucionais, permitir que, da ação coletiva das instituições e dos indivíduos no plano constitucional, possa se desdobrar um resultado com predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade.

Palavras-chave

Sistema Constitucional. Sistemas Complexos. Propriedades Emergentes. Efeitos Sistêmicos. Mecanismos Institucionais.

Abstract

This article argues that the legitimacy of constitutional order can be analyzed by a less normative understanding of the Constitution, starting from a systemic understanding. The Constitution corresponds to a component with a particular relevance within the constitutional

^Δ Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). São financiadores do presente trabalho o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal nº 14/2013 (Processo nº 483289/2013-2), e a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do APQ-1, 2013 (Processo nº E-26/111.351/2013).

* Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

*** Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogada. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com.

order and the systemic model here proposed — the *Systemic Constitution* — structure some key aspects to an efficient and stable functioning of the aggregate. The *Systemic Constitution* considers the characteristics of the institutions involved in the constitutional order and those emergent from the dynamics and interactions present in aggregations. Thus, through its institutional arrangements and mechanisms, it allows the institutional and individual collective action to obtain a result in which benefic effects predominate to the system and to the addressed of its activity.

Keywords

Constitutional System. Complex Systems. Emergent Properties. Systemic Effects. Institutional Mechanisms.

1. INTRODUÇÃO

Quando pesquisadores promovem inserções teóricas acerca de uma “ordem constitucional”, a que precisamente esses autores pretendem se referir? Definir o sentido de ordem constitucional é uma tarefa tão complexa quanto abstrata. Muitas possibilidades podem ser oferecidas dependendo do referencial científico e da demarcação teórica adotada. A título de exemplo, ordem constitucional pode ser compreendida em relação ao conjunto de normas previstas pelo texto constitucional ao lado de suas determinações. Particularmente, no entanto, não se recorrerá a uma perspectiva normativista como esta na abordagem da ordem constitucional no presente trabalho.

Em princípio, é possível afirmar que o objeto principal deste trabalho é a ordem constitucional. Considerando, porém, as demarcações científicas e teóricas que serão adotadas, parece ser mais exato especificar seu sentido enquanto um sistema constitucional. Partindo-se de um marco teórico institucionalista, a legitimidade constitucional, estruturada sob parâmetros normativistas, parece ser insuficiente para compreender os acontecimentos e as circunstâncias presentes de natureza jurídico-política. Com o referencial teórico adotado, a ordem constitucional precisa ser concebida além de seu conteúdo normativo-constitucional, passando a ser integrada pela atividade das instituições que atuam neste plano. A legitimidade, desse modo, pode ser repensada no plano dos efeitos produzidos pela atividade institucional, oferecendo maior valor ao contexto resultante desta atuação, seja alterando a realidade fática de forma positiva, seja de forma negativa.

A proposta de avaliar a legitimidade a partir dos efeitos produzidos pela atividade constitucional pode conduzir a um questionamento muito plausível: como estes efeitos podem efetivamente gerar um quadro legítimo na ordem constitucional. Com isso, a hipótese formulada no presente texto é a seguinte: entre outras possibilidades, a legitimação da ordem constitucional pelo contexto resultante dos efeitos produzidos pode ser obtida com um modelo sistêmico de Constituição. De maneira sintética, esta hipótese representa o pensamento de que a Constituição, superando-se a tradicional compreensão normativista, pode ser avaliada como um importante elemento do

sistema constitucional, e o modo com que esta permite uma atuação dinâmica das instituições é determinante para a produção de efeitos sistêmicos que contribuem positivamente para a legitimação da ordem constitucional.

A pesquisa em direito constitucional, sobretudo no Brasil, pouco se aprofundou na teoria geral dos sistemas¹. Por esta razão, há uma dificuldade em se compreender adequadamente fenômenos e aspectos ocorridos no sistema constitucional brasileiro. A teoria dos sistemas complexos é a mais apropriada para empreender análises sistêmicas entre aquelas encontradas no fórum transdisciplinar da teoria geral dos sistemas. Seu destaque decorre da possibilidade de lidar com as chamadas propriedades emergentes. Quando as partes de um sistema interagem, a agregação dos componentes pode gerar uma propriedade, em nível mais elevado de agregação, que não pode ser extraída diretamente das características de suas partes². Entre os demais posicionamentos na teoria geral dos sistemas, o reducionismo tem dificuldade em identificar estas emergências, pois restringem suas análises aos componentes do agregado, enquanto o holismo, por desconsiderarem as partes do sistema, possui uma particular dificuldade em compreender suas origens ou causas.

A teoria sistêmica e complexa, por sua vez, ainda é pouco explorada na área das ciências sociais aplicadas e, especialmente, no direito constitucional. Sem a ambição de esgotar as possibilidades de resposta a esta questão — como os efeitos sistêmicos podem representar um fator legitimador do sistema constitucional? —, é possível apresentar uma forma de apreciar o sistema constitucional segundo a teoria dos sistemas complexos. Em particular, um modelo sistêmico de Constituição poderia auxiliar o legítimo exercício da

¹ Alguns autores atribuem o crédito do termo “teoria geral dos sistemas” a Ludwig von Bertalanffy, cunhado para se designar a este fórum transdisciplinar. Cf. VON BERTALANFFY, Ludwig. “General System Theory: A New Approach to Unity of Science”. **Human Biology**, Vol. 23, 303, 1951. Cf. BOULDING, Kenneth. “General Systems Theory: the Skeleton of Science”. **Management Science**, Vol. 2, 3, 1956; KAST, Freemont; ROSENZWEIG, James. “General Systems Theory: Applications for Organization and Management”. **Academy of Management Journal**, Vol. 15, 4, 1972.

² As propriedades emergentes podem ser ilustradas pela lógica da ação coletiva dos seguintes exemplos, entre outros: (i) o paradoxo do voto (voting paradox) do cientista e matemático Marques de Condorcet, também difundido somente o paradoxo de Condorcet, e sua extensão promovida pelo economista Kenneth Arrow, que se popularizou como Teorema da Impossibilidade de Arrow (Arrow’s Theorem); (ii) o paradoxo doutrinal (doctrinal paradox) de Lewis Kornhauser e Lawrence Sager e sua generalização sob a forma do dilema discursivo (discursive dilemma) de Christian List e Philip Pettit; (iii) o dilema do prisioneiro (prisoners’ dilemma), inicialmente concebido por Merrill Flood e Melvin Dresher e organizado sob sua clássica estrutura por Albert Tucker; (iv) o mecanismo da mão-invisível do mercado de Adam Smith (market’s invisible-hand mechanism); (v) o problema dos caronistas, enfrentado por Russell Hardin (free rider problem); (vi) o paradoxo da poupança (paradox of thrift), concebido pelo economista John Maynard Keynes; e (vii) a tragédia dos comuns (tragedy of the commons), pensada por Garrett Hardin; e (viii) o teorema do júri de Condorcet (jury theorem). Cf. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

atividade institucional, tendo-se, como parâmetro legitimatório a resultante dos efeitos produzidos nesta ordem.

Basicamente, o que se defende é a necessidade de entender a Constituição de modo sistêmico. A Constituição corresponde a um componente com especial destaque dentro deste sistema e este modelo sistêmico ora proposto — a *Constituição Sistêmica* — estrutura alguns aspectos determinantes a um eficiente e estável funcionamento do agregado. A *Constituição Sistêmica* considera as características próprias das instituições que atuam na ordem constitucional e aquelas originadas da dinâmica e da interação presente nas agregações para, através de seus arranjos e mecanismos institucionais, permitir que, da ação coletiva das instituições e dos indivíduos no plano constitucional, possa se desdobrar uma resultante com predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade.

Desse modo, o objetivo deste artigo é oferecer considerações sobre uma forma de legitimação pelos efeitos sistêmicos desenvolvida a partir de um modelo específico de Constituição: a Constituição Sistêmica. Trata-se de não adotar uma aproximação meramente normativista da Constituição, mas de lhe conferir uma abordagem sistêmica e complexa diante das instituições que integram a ordem constitucional como um todo.

2. A CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER SISTÊMICO

O sistema constitucional concebido na teoria norte-americana contemporânea é estruturalmente composto pela ideia de agregação de instituições³. Não somente instituições formam um sistema constitucional. Cada instituição integrante desta complexa organização tem sua composição formada pela agregação de indivíduos responsáveis por desempenhar suas atividades jurídicas e políticas. Com isso, a teoria institucional tem se referido a instituições e indivíduos como os principais elementos na formação de um sistema constitucional, muitas vezes à frente de qualquer elemento normativo como a própria Constituição. Tais elementos, no entanto, não são os únicos admitidos para compor o sistema constitucional. Embora com relevância menos acentuadas, a teoria institucional tem admitido a presença de componentes objetivos na formação do sistema. Estes referenciais de caráter objetivo também, ao se reconhecerem na formação das agregações, são identificados sob o termo “proposições”.

Adrian Vermeule afirma que “elas [as unidades do sistema] podem ser proposições de fato, moralidade ou de direito” e isso significa que a demarcação teórica adotada pelo presente trabalho, apesar de enfatizar a atuação de

³ Cf. VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

indivíduos e instituições na dinâmica do sistema constitucional, permite perfeitamente que a Constituição se integre a este agregado⁴. Assim, a Constituição é parte integrante — e necessária — do sistema constitucional, condicionada à dimensão de componente objetivo, por se tratar de uma proposição⁵.

O principal critério que se pode aplicar ao sistema constitucional para definir o que efetivamente se comporta como componente de sua integralidade é a interação. A interação pode ser concebida a partir de atos e comportamentos adotados pelas entidades que fazem parte do sistema. Em outras palavras, a agregação que pode ensejar propriedades emergentes e, assim, caracterizar um sistema somente ocorre quando um ato é praticado por uma coletividade — de indivíduos ou de instituições — e, para que esta ação coletiva seja observada, uma interação deve ser, necessariamente, observada. A interação é, portanto, uma via indispensável para a realização de uma ação coletiva.

Em princípio, afirmar que a Constituição não interage com as instituições no sistema constitucional pode sugerir que esta não seja um autêntico componente. Há, todavia, pelo menos, três argumentos que podem ser elencados para sustentar a Constituição enquanto um componente do sistema constitucional. Ao mesmo tempo em que tais argumentos promovem sua integração ao sistema, caracterizam sua qualidade de componente não-ordinário: (i) a Constituição é o ato fundador do sistema constitucional; (ii) a Constituição é o principal objeto da atividade desempenhada no sistema constitucional, independentemente no nível de agregação correspondente à ação coletiva; e (iii) a Constituição, pelos mecanismos institucionais que con-

⁴ No original: “they [the units of the system] might be propositions of fact, morality, or law”. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

⁵ Para os fins do presente artigo, o mais importante é considerar a Constituição como uma proposição, sem aprofundar qual seria sua natureza — de fato, moralidade ou direito. Entre as diversas definições de Constituição, há teóricos que a consideram uma norma, situada no ápice do ordenamento jurídico, e afastada de qualquer elemento extrajurídico que não seja a própria lógica, fonte de sua validade, como no caso da norma hipotética fundamental de Hans Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Esta é uma definição que, sem dúvidas, consideraria a Constituição como uma proposição de direito. Por outro lado, há autores que definem uma suposta Constituição *real*, configurada pelas relações de poder existentes na realidade, como uma proposição mais adequada do que um documento escrito. Neste caso, Constituição poderia ser considerada mais uma proposição de fato do que de direito. Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. Existem autores mais contemporâneos que relacionam o direito e a moral e, neste caso, é possível apontar tanto correntes perfeccionistas, como a de Ronald Dworkin, quanto neopositivistas incorporativistas, como a de Joseph Raz. Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986; RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. New York: Oxford University Press, 1979. De alguma maneira, uma base teórica aproximada destes autores poderia conduzir a afirmações de que a Constituição seria uma proposição de moralidade ou, no mínimo, híbrida, associando este aspecto ao normativo.

cebe, é o componente determinante para a ocorrência da agregação no sistema, bem como a forma e os limites que esta assumirá.

2.1. A Constituição como ato fundador do sistema constitucional

O primeiro argumento em defesa da Constituição como elemento integrante do sistema constitucional possui natureza formal: trata-se do ato fundador do sistema. Embora este não seja o recurso discursivamente mais convincente ou persuasivo, é extremamente necessário ressaltar a importância inaugural da Constituição enquanto elemento originário de todo o sistema. Por mais que a perspectiva sistêmica acerca da ordem constitucional preveja a possibilidade de redesenhos como acontecimentos ou efeitos inerentes a esta organização, certos eventos não podem ser considerados como tal. Uma nova Constituição representa mais do que redesenho do sistema constitucional pré-existente. Quando uma Constituição é sucedida, na experiência democrática de determinado Estado, o que se entende é que uma nova ordem constitucional foi instaurada e, com isso, as instituições são redesenhadas em um grau mais aprofundado — ou, até mesmo, são criadas ou extintas —, de forma que o sistema tende a ser modificado por completo.

Este é um argumento simples e pouco sofisticado que, porém, deve ser considerado e abordado por um aspecto formal. Neste momento inaugural, seria plausível afirmar que a Constituição, por possivelmente redesenhar de modo expressivo as principais instituições da ordem constitucional, pratica um ato — um ato fundador —, mesmo que tal componente represente uma proposição de direito. De qualquer modo, parece mais apropriado considerar esta fundação do sistema como ato praticado por agentes do governo ou populares, dependendo do caso específico, tendo-se a Constituição como instrumento. Mesmo a ocorrência de emendas à Constituição não poderiam ser, a rigor, consideradas, sob uma perspectiva personificada, como atos praticados por esta. Uma vez fundado o sistema constitucional e disposto pela Constituição que determinadas instituições teriam a prerrogativa de modificá-la, o exercício de tal mecanismo deve ser reconhecido como uma atividade da instituição — Legislativo — e ou da interação entre as instituições que iniciaram e aprovaram aquela alteração formal. Portanto, não significa que a Constituição redesenhou o sistema ou certos componentes do sistema, e sim que instituições, ao menos em tese, redesenharam a Constituição; o sistema como um todo; ou, até mesmo, outras instituições⁶.

⁶ É necessário ressaltar que as emendas à Constituição podem ter ou não impacto no plano sistêmico. Algumas alterações formais do texto constitucional não alcançam expressividade, de forma que esta represente uma reforma para o componente — a Constituição — sem, porém, ocasionar uma efetiva modificação no sistema como um todo. Vermeule critica a posição de David Strauss, que defende a completa irrelevância das emendas à Constituição Americana. A crítica se reveste de uma perspectiva sistêmica: mesmo que nenhuma das emendas, sin-

2.2. A Constituição como objeto central da atividade sistêmico-constitucional

A interação como critério para determinação dos componentes do sistema não é suficiente para identificar integralmente seus componentes. Esta insuficiência é causada pela possibilidade de componentes objetivos estarem presentes no sistema. As proposições, enquanto importantes referenciais levados em consideração pelos componentes no momento da ação coletiva, não se manifestam pela interação. Somente os indivíduos e as instituições representam fonte de atividade, ou seja, possuem a regular prerrogativa de praticar atos na ordem constitucional.

Proposições fazem parte do sistema, não pela interação com os demais componentes, tendo em vista que delas não se origina atividade para a efetivação de ações coletivas, mas pela forma com que os indivíduos e as instituições estabelecem suas premissas, preferências, valores e julgamentos fundados sobre seu conteúdo. Quando a Constituição assume a forma de uma proposição de direito, portanto, passa a representar um componente do sistema constitucional, mesmo que não se trate de um componente dotado de vontade; do que Konrad Hesse chamaria de força normativa; ou de qualquer outro formato personificado⁷.

Os enunciados estabelecidos pela Constituição, quando exigem alguma atividade, dependem estritamente das instituições. Somente estes componentes podem exercer determinados mandamentos previstos no texto constitucional. O fato de a Constituição não interagir com os demais componentes diretamente na dinâmica sistêmico-constitucional a torna um elemento diferenciado deste segundo nível de agregação. Por se tratar do objeto comum à atividade de todo o sistema, tal proposição de direito não pode dele ser excluído. Uma simples decorrência pode ser extraída de sua não interação no sistema constitucional, apesar de corresponder ao objeto central da atividade do sistema, não importando o nível de agregação: a Constituição é um componente não-ordinário do sistema constitucional.

gularmente pareça oferecer alguma relevância à Constituição como um todo, o agregado de emendas pode ser relevante, como expressão de uma propriedade emergente. A irrelevância arguida por Strauss é observada por Vermeule da seguinte forma: para nenhuma mudança constitucional é necessária ou suficiente o processo de emenda à Constituição. Em tese, a Constituição poderia ser interpretada como se fosse a mesma vigente, atualmente, ainda que nunca tivesse sofrido alteração em seu texto. Vermeule, no entanto, compreende que, mesmo que a mudança provocada por uma emenda pudesse ser promovida por outra emenda, seria uma falácia da composição presumir que nenhuma delas desempenha papel relevante no texto constitucional. Com esta premissa de fungibilidade entre as emendas, a irrelevância das modificações de determinada emenda dependeria da existência de alguma outra. Trata-se de um típico exemplo de propriedade emergente em que os componentes objetivos considerados são proposições de direito, e não indivíduos ou instituições propriamente. Cf. VERMEURLE, Adrian, *op. cit.*, p. 24.

⁷ Cf. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

2.3. A Constituição como componente determinante para a agregação

De acordo com o marco teórico adotado, a agregação é o principal critério, ao lado das propriedades emergentes, para o reconhecimento de um caráter sistêmico na ordem constitucional. Particularmente, o sistema constitucional observa sua agregação, evidentemente, ao redor da Constituição. A Constituição não somente faz parte do sistema, como representa um componente não-ordinário e, neste sentido, seus mecanismos serão determinantes para a consolidação da agregação de seus componentes, bem como a forma e os limites assumidos por tal agregação.

A Constituição estabelece desenhos constitucionais em larga e pequena-escala, que viabilizam, amoldam e limitam a maneira com que os componentes do sistema constitucional promoverão suas atividades. Para compreender a qualidade da Constituição como componente determinante à agregação do sistema, é preciso admitir duas perspectivas: a primeira perspectiva corresponde ao nível de agregações do sistema; a segunda é complementar a esta lógica e se observa no plano dos mecanismos institucionais.

Em relação à primeira perspectiva, é necessário ressaltar a existência de dois níveis de agregação no sistema constitucional, um caracterizado pela agregação de indivíduos e outro pela agregação de instituições. De um lado, indivíduos se agregam para, no âmbito de determinada instituição componente do sistema constitucional, realizar um conjunto de ações coletivas. A existência desta agregação de indivíduos, a forma básica de seu desenvolvimento e os limites, em regra, serão encontrados na Constituição, devido a existência de uma distribuição de competências. Trata-se de uma dimensão jurídico-normativa da agregação. O primeiro nível de agregação do sistema constitucional se caracteriza pela presença de regramentos normativos indicando a competência e a atribuição à disposição de seus componentes. De outro lado, instituições se agregam, em nível sistêmico-constitucional, para o desempenho de atividades também de natureza coletiva, atendendo a um nível mais elevado de agregação. O plano sistêmico-constitucional não se organiza da mesma maneira que as instituições em geral. Ao invés de um sistema jurídico-normativo que estabelece as regras da agregação de indivíduos, a interação sistêmica entre as instituições se orienta a partir de desenhos constitucionais em larga-escala, com menor grau de detalhamento e especificação. Não existe, em nível sistêmico, uma distribuição de competências e atribuições constitucionais prevista para balizar a interação entre instituições no plano constitucional. Os desenhos constitucionais em larga-escala somente estabelecem as formas grosseiras de organização do sistema sem, no entanto, parametrizar como as instituições devem proceder para realizar ações coletivas em um segundo nível de agregação. Com isso, tal nível de agregação se orienta por uma lógica político-institucional — e não por uma lógica jurídico-normativa. O resultado desta organização relativizada, mini-

mamente estruturada ao redor de desenhos constitucionais em larga-escala, é a comum e frequente ocorrência de disputas pela autoridade para produzir o direito e a política, o que se apresenta sob o rótulo de *constitutional showdowns* por Eric Posner e Adrian Vermeule, responsável pela ocorrência das supostas mudanças constitucionais⁸.

Em princípio, manter a interação das instituições orientadas a partir (i) da organização pouco sofisticada de desenhos constitucionais em larga-escala e (ii) de recorrentes disputas pela autoridade para produzir o direito e a política parece sugerir um sistema qualificado por uma elevada instabilidade. A segunda perspectiva, no entanto, aproxima-se desta questão. A relação interinstitucional, em nível sistêmico, para que o sistema preserve sua estabilidade e sua própria existência, depende dos desenhos institucionais previstos e concebidos pela Constituição em pequena-escala. Trata-se do que Vermeule compreende por mecanismos institucionais⁹. A organização sistêmica promovida pelos desenhos constitucionais em larga-escala não é suficientemente detalhada e sofisticada para determinar como as instituições devem proceder no segundo nível de agregação, a forma de sua procedência, nem os limites de tais ações coletivas. Quando disputas pela autoridade são deflagradas entre as instituições no plano sistêmico-constitucional, a superação deste dilema, ao menos na maior parte dos casos, dependerá do sucesso da Constituição em prever mecanismos institucionais aptos a coordenar esta dinâmica.

Em síntese, seja em primeiro ou segundo nível de agregação, a Constituição é o componente responsável pela ocorrência, pela forma e pelos limites de tais agregações. A Constituição determinará a possibilidade de sua ocorrência, sua forma e seus limites, de acordo com o regime de distribuição de competências e atribuições constitucionais — em primeiro nível de agregação —, de acordo com os desenhos constitucionais em larga-escala — em segundo nível de agregação — e controlará a estabilidade do sistema como

⁸ Para compreender o conceito de *constitutional showdowns*: “Crises arrive not only from exogenous shocks, such as 9/11 or the financial meltdown of 2008, but also when lawmaking institutions engage in high-stakes brinkmanship over the allocation of lawmaking powers or the choice of policies. We call these moments ‘constitutional showdowns’, and show that popularity and credibility are decisive in such moments. The executive, legislature, and judiciary bargain and bluff their way to a resolution; the outcome is determined by popular support and by the credibility of the player’s threats. Public opinion, not Madisonian deliberation, rules the day. However expansive his legal powers, the president must anticipate such moments and work, even in normal times, to build public support for his policy and to generate credibility for his threats. Overall, we suggest that political constraints on executive government are real, even as legal constraints have atrophied.” POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2011, p. 13-14.

⁹ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ-small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007.

um todo a partir dos mecanismos institucionais que originalmente puderam ser concebidos e que presentemente são exercidos.

3. A CONSTITUIÇÃO SISTÊMICA

O sistema constitucional depende, para sua configuração e seu regular funcionamento, de uma Constituição. Esta Constituição, no entanto, não poderá dispensar seu caráter sistêmico. É fundamental que a Constituição seja observada como um componente daquele sistema, particularmente, caracterizada como seu componente não-ordinário. Ao invés de interagir diretamente com as instituições que o formam, a Constituição se apresenta como componente não-ordinário do sistema constitucional (i) por fundar o próprio sistema, (ii) por ser o principal objeto da atividade desempenhada em seu interior e (iii) por ser determinante à ocorrência do fenômeno da agregação, assim como a forma e os limites desta.

O que faz da Constituição um elemento eminentemente sistêmico, porém, não é somente o fato de esta ser um componente do sistema constitucional, nem mesmo sua caracterização não-ordinária. O sistema constitucional depende, necessariamente, de uma Constituição para sua formação e para que seus componentes se agreguem. O que se questiona, porém, é como a *Constituição Sistêmica* vai além desse aspecto.

A atividade do sistema constitucional depende das propriedades de sua Constituição. Evidentemente, isso dependerá das propriedades de todos seus componentes, bem como das propriedades emergentes que caracterizam o próprio sistema. As propriedades da Constituição, entretanto, são ainda mais determinantes para a manutenção do sistema e de sua dinâmica própria. Com isso, o modelo que ora se pretende sustentar — a Constituição Sistêmica — representa as propriedades indispensáveis para que uma Constituição, no interior de seu sistema, garanta um efetivo e estável funcionamento da ordem constitucional como um todo. Nesse sentido, há duas razões capazes de, por si só, definir uma Constituição especificamente considerada como *sistêmica*: (i) seu *locus*, e (ii) seu papel no interior do sistema.

3.1. O locus da Constituição Sistêmica

Quando Vermeule recorreu às distintas contribuições acadêmicas e científicas observadas no campo da teoria dos sistemas, diversas áreas e subáreas do conhecimento — havendo especial destaque para ciência da computação, biologia e química — foram relevantes para a construção de sua noção de sistema constitucional. Da mesma maneira, existe outra teoria que pode ser considerada na elaboração de um conceito de *Constituição Sistêmica*. Trata-se da ciência da rede, com maior desenvolvimento em disciplinas como ciência da computação, comunicação social e biologia, entre outras, responsável

por promover “o estudo da representação conectada de fenômenos físicos, biológicos e sociais, conduzindo a modelos preditivos destes fenômenos”¹⁰.

Nessa ciência especificamente, uma rede é composta por um conjunto de nós, ou centros, interconectados por bordas, *links*, ou caminhos geodésicos. Os nós são responsáveis por concentrar parcelas daquele objeto ao redor do qual a rede é criada. Caso se trate de uma rede de informações, informações partem de um nó específico para os demais que a ele estejam conectados. Entre as principais preocupações da ciência da rede, há o estudo da centralidade de seus nós. As redes podem assumir indefinidas configurações, formas e modelos, mas, percebendo-se a possibilidade de determinados centros desempenharem uma função de destaque em sua rede, há dois tipos básicos de rede: centralizadas e descentralizadas. A principal distinção entre uma rede centralizada e uma rede descentralizada é a existência, naquela, de um centro conectado a todos os demais, cuja integridade corresponde à integridade da própria rede como um todo. Em outras palavras, a sucumbência de um nó centralizado poderia comprometer a rede como um todo. Assim, foram desenvolvidos alguns critérios definidores da centralidade de um nó em sua rede. Os mais tradicionais são os seguintes: centralidade por número de conexões (*degree centrality*), centralidade por proximidade (*closeness centrality*) e centralidade por intermediação (*betweenness centrality*)¹¹. O primeiro critério define a centralidade do nó a partir do número de links nele incidentes. O segundo critério, por sua vez, considera a soma da distância entre aquele nó e todos os demais que compõem a rede. O terceiro critério, por fim, compreende o montante de tráfego que atravessa o nó em relação aos demais.

Estes critérios de centralidade são, particularmente, de difícil aplicação em uma análise sistêmico-constitucional, porém, a noção de centralidade pode ser aproximada desse objeto. Se o conceito de centralidade se define pela necessidade de se manter íntegro o elemento central da rede para que se mantenha íntegra a rede como um todo, esta é a visão que se deve ter da Constituição Sistêmica. É perfeitamente plausível argumentar que a Constituição representa aquele componente com o maior número de *links*; com a maior proximidade dos demais componentes; ou, até mesmo, com a maior taxa de intermediação entre os demais componentes do sistema. É, porém, quase inquestionável que o sistema constitucional dependa da Constituição

¹⁰ Esta é a definição oficial de *network science* pelo Conselho Nacional de Pesquisa dos Estados Unidos (United States National Research Council). Cf. EUA, Committee on Network Science for Future Army Applications, National Research Council. **Network Science**. Washington, DC: The National Academies Press, 2005.

¹¹ Embora sejam os mais tradicionais, não são os únicos, nem, necessariamente, os mais reconhecidos na ciência da rede. Outros critérios mais complexos e sofisticados já foram concebidos, mas dificilmente seriam aproximáveis de um estudo sistêmico da ordem constitucional. Entre tais critérios mais complexos e sofisticados, há o *eigenvector centrality* e o *katz centrality*.

para sua existência. Por um lado, sem a observância de uma Constituição, não se elimina a possibilidade de sistemas se formarem da agregação de instituições, embora esta ocorra ao redor de objeto diverso, não da Constituição. Por outro lado, quando uma Constituição é sucedida por outra, seja por movimentos democráticos ou autoritários, o mais provável é que um novo sistema se constitua, havendo modificações em seus componentes, na forma e nos limites da agregação.

Desse modo, a primeira razão para se atribuir um caráter sistêmico à determinada Constituição corresponde ao *locus* por ela ocupado dentro do sistema constitucional. A primeira propriedade de uma Constituição Sistêmica é sua centralidade. Caso o sistema constitucional dispense sua presença nos momentos de ação coletiva, devido à preponderância de algum outro componente, tal Constituição não poderá ser caracterizada como eminentemente sistêmica. Mesmo que seja um componente do sistema constitucional, a Constituição Sistêmica requer centralidade para alcançar este *status*, não permitindo que nenhuma instituição ou proposição de fato, moral ou de direito lhe avoque tal propriedade.

3.2. O papel da Constituição Sistêmica

O caráter sistêmico de determinada Constituição não pode ser aferido somente com base em sua posição no interior do sistema constitucional. A centralidade não é o único parâmetro relacionado à Constituição Sistêmica. Esta deve desempenhar um papel em particular: garantir a estabilidade do sistema constitucional. Em princípio, tal afirmação sugere certa personificação da Constituição, algo que contradiz sua caracterização não-ordinária sustentada no presente trabalho. Ao defender a existência de um papel a ser desempenhado pela Constituição, no entanto, não significa que esta voluntariamente adotará e exercerá este papel.

Na verdade, este papel é definido pelos atores responsáveis por elaborar a Constituição. No momento inaugural de um sistema constitucional, os atores responsáveis por concebê-lo devem ter ciência das propriedades dos componentes e daquelas emergentes do sistema. Isso permitirá prever os efeitos sistêmicos que serão observados a partir da interação das instituições agregadas. Com isso, a garantia da estabilidade depende dos mecanismos institucionais previstos pela própria Constituição em sua origem. Não se trata de uma interação da Constituição com as instituições de modo personificado. As instituições se encontram agregadas em função da Constituição e a maneira com que esta permite a ocorrência de distintas formas de interação será determinante para a garantia da estabilidade do sistema. A Constituição Sistêmica, sob este aspecto em especial, é aquela capaz de, desde o momento inaugural, (i) predizer as propriedades de seus componentes e as que emergiriam do sistema, (ii) predizer os efeitos sistêmicos advindos da agregação

de segundo nível, e (iii) estabelecer arranjos e mecanismos institucionais capazes de suportar a interação em duplo nível de agregação mesmo nos momentos de tensão ou crise.

Garantir a estabilidade do sistema constitucional não significa moldá-lo de forma rígida. Pelo contrário, é permitir que a interação entre as instituições proceda de formas tão distintas quanto as circunstâncias que poderão ser enfrentadas pelo sistema. Tal garantia pode ser concebida como uma necessária elasticidade do sistema para superar os estímulos internos e externos a que estão suscetíveis a agregação como um todo ou mesmo seus componentes singularmente considerados. De um lado, é necessário permitir que a relação entre as instituições assuma formas diversas para se adaptar às circunstâncias internas ou externas ao sistema que poderão comprometer seu regular funcionamento. De outro lado, é preciso prever limites a estas adaptações de modo que, após a superação de tais circunstâncias, a relação entre as instituições do sistema constitucional retornem gradualmente à normalidade.

Em suma, a difícil tarefa de articular formas distintas e limites de interação entre as instituições, ao lado de sua centralidade no sistema, é o que torna um texto normativo em um modelo sistêmico de Constituição. A tarefa de, no momento original do sistema, prever tais possibilidades é tão árdua quanto determinante para a observância de um documento respeitado e com autoridade amplamente reconhecida, mesmo decorridos, na hipótese, mais de dois séculos desde sua aprovação.

4. ENUNCIADOS NORMATIVOS VS. MECANISMOS INSTITUCIONAIS

As contribuições acadêmicas observadas no constitucionalismo contemporâneo brasileiro apontam, com recorrência, supostos problemas jurídicos, em geral, associados ao plano da separação de poderes, da efetivação de princípios constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, ou do controle de constitucionalidade. Em regra, os problemas são identificados sob uma ótica tão normativista quanto às soluções oferecidas. A academia jurídica brasileira possui certa dificuldade em compreender que problemas institucionais não se resolvem a partir de determinações normativas. Na maioria dos casos, uma ordem emanada de um texto legal, por maior que seja sua força normativa — seja qual for o significado disso —, não detém o potencial necessário de constrangimento para determinar que instituições no plano constitucional alterem seu comportamento e passem a exercer suas atividades de modo diferenciado. Elaborar novos enunciados normativos para combater problemas institucionais futuros ou já bem conhecidos no sistema constitucional não parece ser a medida mais estratégica ou efetiva. Problemas institucionais somente podem ser resolvidos à medida que os arranjos institucionais sejam estruturados com a ciência das propriedades emergentes e

dos respectivos efeitos sistêmicos que podem destas decorrer e, principalmente, à medida que mecanismos institucionais são exercidos pelas instituições do sistema constitucional.

Basicamente, trabalha-se com duas definições, cada qual possuindo suas subdivisões. Por um lado, enunciados normativos representam aquelas determinações textuais, com conteúdo de norma jurídica. No presente artigo, consideram-se somente aqueles relacionados à esfera constitucional. Existe uma classificação elaborada pela autointitulada *nova teoria da norma jurídica*, que, atualmente, já dispensa maiores detalhamentos, e pode ser aproveitada para compreender o sentido que se pretende atribuir ao termo “enunciados normativos” — regras e princípios. De qualquer forma, outras referências com caráter vinculante podem ser inseridas nesta categoria, a exemplo dos *standards* decisórios versados por alguns constitucionalistas e teóricos do direito¹². Por outro lado, os desenhos institucionais não possuem finalidade deontológica, possuindo uma função mais prática do que prescritiva. Os desenhos constitucionais podem ser analisados a partir de sua escala. Vermeule elaborou uma classificação baseada neste aspecto, designando-se aos desenhos de larga-escala como arranjos institucionais e aos de pequena-escala como mecanismos institucionais. Os arranjos institucionais, tais como a separação de poderes, a forma federativa de Estado e o governo republicano, seriam desenhos mais robustos, definidores dos principais e mais basilares aspectos da ordem jurídico-política do Estado. Os mecanismos institucionais, por sua vez, seriam desenhos mais pontuais e precisos, visando superar alguns problemas atinentes à atividade institucional, seja internamente ou em sua relação dinâmica com os demais componentes do agregado. Os mecanismos institucionais, particularmente, possuiriam uma função específica de promover valores democráticos através de seu exercício. Apesar da difícil delimitação e sustentação de valores democráticos, que podem ser facilmente conduzidos ao desacordo, Vermeule define o que ele acredita ter a maior possibilidade de atingir o consenso, formando quatro acordos teoricamente incompletos: imparcialidade, responsabilidade, transparência e deliberação¹³.

É possível ilustrar a propriedade, menor ou maior, de tais instrumentos para produzir efeitos práticos no sistema constitucional. De um lado, podem ser apresentados exemplos de enunciados normativos que conseguem atingir somente suas finalidades estruturante-constitucionais ao lado

¹² SCHAUER, Frederick. “The Convergence of Rules and Standards”. **Regulatory Policy Program Working Paper of Harvard University**, RPP-2001-07, 2001; SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

¹³ Para analisar os valores democráticos tratados por Vermeule, Cf. VERMEULE, Adrian, *op. cit.*, p. 4. Para analisar o conceito de acordos teoricamente incompletos, Cf. SUNSTEIN, Cass. “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 147, 2007.

de outros que conseguem produzir efeitos com maior expressividade. Entre os primeiros, há (i) o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e (ii) a seção 1 do artigo I da Constituição dos Estados Unidos, versando sobre o Poder Legislativo. Entre aquelas regulamentações normativas capazes de produzir maiores efeitos, há (i) as Medidas Provisórias (MPs), previstas no art. 59, V, c/c art. 62, todos da CRFB/88, e (ii) o estatuto norte-americano que se popularizou como PATRIOT Act. De outro lado, alguns desenhos institucionais podem ser apreciados como dispositivos eficientes e aptos a produzir significativos efeitos no sistema constitucional. Entre estes, é possível mencionar, no caso brasileiro, (i) o recurso às Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito (CPMI) e, no caso norte-americano, (ii) as denominadas regras submajoritárias.

4.1. Exemplos de enunciados normativos

O art. 2º da CRFB/88 prevê, de modo amplo, a separação de poderes no Estado, determinando que os Poderes sejam “independentes e harmônicos entre si”. Trata-se de um enunciado normativo que estabelece duas qualidades que deveriam caracterizar a relação dinâmica entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Por mais que se defenda a força normativa deste dispositivo constitucional, ou qualquer outra tese de natureza normativa, este recurso é absolutamente irrelevante para a interação que efetivamente se desenvolve no sistema constitucional enquanto agregação em duplo nível. Em primeiro lugar, este enunciado normativo não garante que a relação entre Poderes, no Brasil, caracterize-se por “independência e harmonia”. Em segundo lugar, ainda que esta relação, de fato, caracterize-se pela independência e harmonia dos Poderes, seria ingênuo reputar como sua causa o teor normativo daquele dispositivo constitucional.

Da mesma forma, a seção 1 do artigo I da Constituição dos Estados Unidos é um enunciado normativo contendo determinações prescritivas acerca do desenho constitucional originalmente esperado. Este dispositivo prevê o seguinte: “todos os Poderes legislativos aqui concedidos deverão ser investidos em um Congresso dos Estados Unidos, que deve consistir em um Senado e em uma Casa de Representantes”¹⁴. Trata-se de um dispositivo constitucional elaborado com a finalidade de impedir que um único governante centralizasse poderes que pudessem conduzir a uma tirania. Afirmar que todos os poderes legislativos devem ser investidos no Legislativo significa dizer que o Executivo não deve ter poderes legislativos. É questionável, no entanto, se tal enunciado normativo conseguiu atingir seu objetivo, qual seja, afastar do presidente qualquer poder legislativo. Na verdade, o Executivo

¹⁴ No original: “Article. I. Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.”

norte-americano, ao longo da experiência democrática, passou a controlar poderes legislativos que, por sinal, dificilmente retornarão ao domínio do Congresso. Na obra *The Executive Unbound*, Eric Posner e Adrian Vermeule, ao sustentar a tese de que mecanismos legais são incapazes de constranger a atuação do Executivo, apresentam os denominados problemas-gêmeos do legalismo liberal (*twin problems of liberal legalism*): delegações e emergências¹⁵. Segundo os autores, o Congresso não é o Poder mais preparado para regulamentar assuntos de alta complexidade técnica, nem para assumir uma postura de liderança em momentos de crise. Com isso, delegações e emergências seriam problemas, geralmente relacionados entre si, que ocasionariam um fortalecimento do Executivo. Asseveram Posner e Vermeule, ainda, que os mesmos motivos que levam ao fortalecimento do Executivo impedem que os poderes por este concentrado retornem ao Legislativo. Diante de tais circunstâncias, torna-se difícil sustentar a força deste enunciado normativo da Constituição norte-americana, uma vez que sua determinação não corresponde ao contexto efetivamente observado naquele sistema constitucional.

Entre os exemplos de diplomas normativos que alcançam grande efetividade, há certo destaque, no Brasil, para as MPs. Trata-se de uma espécie legislativa editada pelo Poder Executivo com força de lei, representando um dos instrumentos *de facto* mais eficientes e utilizados no atual contexto político. As MPs demonstram como situações de alta complexidade podem ser enfrentadas por uma estrutura hierarquizada e tecnicamente qualificada, sem que problemas de ordem deliberativa e de ação coletiva em primeiro nível de agregação comprometam seus resultados. Com isso, tais medidas, ao menos em tese, aparentam ter maior propriedade do que os enunciados normativos para atingir suas finalidades e solucionar problemas práticos relacionados ao sistema constitucional. Em regra, a regulação da economia e a solução de crises econômicas, no Brasil, são circunstâncias enfrentadas mediante MPs¹⁶. A título de exemplo, o denominado Plano Real, a que se atribui a maior parte do crédito pela superação da inflação e da crise monetária que assolou as décadas de 80 e de 90, decorreu da MP nº 434/94, que, após duas reedições, foi convertida na Lei nº 8.880/94¹⁷. Mesmo que quase todas as instituições desobedeçam a um preceito normativo da Constituição, o exercício de um dispositivo por parte de somente uma delas pode ser suficiente para reverter um quadro aprofundado de crise.

Do mesmo modo, a experiência constitucional democrática dos Estados Unidos fornece o exemplo de diploma normativo de natureza especial-

¹⁵ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ Embora circunstâncias econômicas não pareçam se relacionar com o sistema constitucional, é necessário observar que, tanto o sistema como um todo, quanto os componentes do sistema, recebem influxos externos capazes de redirecionar o rumo de suas atividades e a economia é um dos fatores capazes de causar significativo impacto no sistema.

¹⁷ As MPs responsáveis pelas reedições da MP nº 434/94 foram as MPs nº 457/94 e nº 482/94.

mente distinta. Após o crítico momento de 11 de setembro de 2001, as instituições norte-americanas coordenaram-se de uma forma altamente peculiar para a tomada de importantes decisões relacionadas à defesa do País. Apesar das críticas sofridas pela edição e pelo exercício dos instrumentos previstos no USA PATRIOT Act de 2001, trata-se de um exemplo diferenciado na história, em que a Presidência observou um provisório alargamento de seus poderes constitucionais com a anuência das demais instituições para o estrito fim de combater o que se entendia por Terrorismo. O título que se popularizou com este estatuto — Patriot Act — é o acrônimo de “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism”. Com um escopo muito claro, diversas liberdades civis tiveram sua eficácia suprimida para auxiliar a chamada “Guerra ao Terror”.

4.2. Exemplos de mecanismos institucionais

No que tange aos mecanismos institucionais, em particular, o caso brasileiro oferece um exemplo de regra submajoritárias que segue os moldes firmados por Vermeule¹⁸. O Congresso Nacional pode, em casos determinados, desempenhar atividades tipicamente judiciárias. Uma das situações mais particulares dessa ordem são as comissões de inquérito, formadas no âmbito do Poder Legislativo para apurar irregularidades definidas na Constituição como “fato determinado e por prazo certo”¹⁹. Tais organizações exercem função tipicamente judicial, gozando, ainda, de poderes de investigação próprios de autoridades policiais, podendo, segundo a jurisprudência, até mesmo, promover a quebra de sigilo de registros telefônicos — embora seja vedado o recurso a interceptações telefônicas²⁰. No particular caso das CPIMs, o quórum exigido pelo Regimento Comum do Congresso Nacional é 1/3 dos membros de cada Casa Legislativa²¹. Trata-se de uma regra submajoritária disposta a forçar a responsabilização das autoridades públicas, permitindo

¹⁸ Cf. VERMEULE, Adrian. “Submajoritarian Rules: Forcing Accountability upon Majorities”. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, No. 54, 2004.

¹⁹ Cf. CRDB/88: “art. 58. § 3º — As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

²⁰ Embora a Constituição tenha cometido a impropriedade técnica ao mencionar que as comissões de inquérito “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, esse não é mais o entendimento sustentado pela jurisprudência, uma vez que o Poder Judiciário não goza de poderes investigativos, algo contrário ao valor democrático da imparcialidade.

²¹ Cf. Regimento Comum do Congresso Nacional: “art. 21. As Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito serão criadas em sessão conjunta, sendo automática a sua instituição se requerida por 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados mais 1/3 (um terço) dos membros do Senado Federal.”

que medidas administrativas, civis e criminais advenham do resultado de suas atividades.

O caso norte-americano possui diversos exemplos de mecanismos institucionais, especialmente aqueles analisados como regras submajoritárias de votação²². As regras submajoritárias possuem a especial finalidade de promover o valor democrático da responsabilidade no sistema constitucional. A título de exemplo, é possível mencionar a difundida *Rule of Four*, observada no plano da Suprema Corte. A agenda da Suprema Corte norte-americana é construída pelos próprios *Justices*, apreciando casos a eles direcionados que constituem o *pool of certiorary*. Mesmo que um *writ of certiorary*, especificamente considerado, seja denegado por um *Justice*, a *Rule of Four* permite que tal controvérsia seja resgatada por um mínimo de agentes da Corte. Com isso, determinada questão com potencial para gerar elevada repercussão e comoção social pode não ser desejável para alguns membros da Corte, em particular, mas este mecanismo institucional permite que uma minoria exija sua apreciação pelo colegiado, como uma forma de provocar o debate acerca daquela temática.

Desse modo, em muitos casos, a saída mais efetiva pode não ser o recurso a medidas normativas. Existem mecanismos normativos capazes de produzir efeitos significativos no sistema constitucional, a exemplo de instrumentos como as MPs no particular contexto brasileiro. A normatividade, no entanto, nem sempre é a propriedade mais adequada para enfrentar problemas de ordem institucional. Ao contrário, alguns desenhos institucionais, destacadamente aqueles que operam em pequena-escala, podem conduzir a medidas mais aptas a produzir efeitos práticos e combater dificuldades imunes a instrumentos caracterizados pela normatividade.

5. INSTABILIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O estudo da ordem constitucional através de um referencial científico relacionado à teoria dos sistemas complexos requer que algumas circunstâncias sejam consideradas. A análise sistêmica, de acordo com este paradigma, deve estar pautada, por exemplo, na não-linearidade da dinâmica de interação em que se envolvem seus componentes. A dinâmica não-linear, enquanto uma variável sistêmica de análise, corresponde a um indicador do determinismo existente entre partes e o todo. No vasto campo das teorias sistêmicas, diversas perspectivas acerca do determinismo, da linearidade das interações e da ocorrência de propriedades emergentes estão contrapostas entre si. Por um lado, a absoluta linearidade conduz à vertente mais ortodoxa de reducionismo das teorias sistêmicas. Por outro lado, a não-linearidade é um importante aspecto na tarefa de racionalizar uma perspectiva complexa em,

²² Cf. VERMEULE, Adrian, *op. cit.*

propriamente, uma ciência. Quando um conjunto de objetos de potencial interação é reunido e apreciado como se nenhum tipo de resultado pudesse ser determinado, radicalizando-se a não-linearidade do sistema, o que se obtém é uma reflexão muito próxima do que se difundiu como teoria do caos, bem diferente da teoria complexa.

Quando se sustenta uma concepção de Constituição Sistêmica, é essencial promover uma análise sistêmica em face da própria categoria. Em princípio, aquilo que se considera Constituição Sistêmica no presente trabalho pressupõe, em primeiro lugar, centralidade no sistema e, em segundo lugar, a garantir de estabilidade em seu funcionamento. Com isso, as propriedades deste componente qualificado como sistêmico estão associadas, em certo grau, com a probabilidade de que todo o sistema se mantenha estável. Assumir a variável sistêmica da não-linearidade, no entanto, significa admitir que a Constituição mais apta a preservar a estabilidade do sistema não será capaz de determinar, segura e rigorosamente, que o sistema se manterá efetivamente estável²³. Isso deriva da perspectiva complexa de sistemas que pressupõe a existência de propriedades emergentes. Na verdade, a coexistência de uma Constituição perfeitamente estabilizadora, enquanto componente, com um sistema marcado pela instabilidade evidencia uma das principais características dos sistemas complexos: uma propriedade emergente. Mesmo que a Constituição avaliada singularmente demonstre promover estabilidade, esta propriedade pode não ser compartilhada pelo agregado como um todo — o sistema constitucional.

Apesar do resultado da análise sistêmica acima, a concepção de Constituição Sistêmica não deve ser descartada. Desconsiderá-la significa negar a

²³ É necessário esclarecer a concepção adotada de estabilidade constitucional. Pressupor que o papel da Constituição Sistêmica é garantir uma interação estática entre seus componentes representa um paradoxo em relação à variável da não-linearidade. A não-linearidade é eminentemente um fator dinâmico, que exclui a estaticidade. Tendo em vista que a estabilidade pode assumir duas formas, estática e dinâmica, aquela primeira não parece ser a mais metodologicamente compatível com a não-linearidade e com os sistemas complexos. Para um exemplo transdisciplinar deste paradigma metodológico-sistêmico, é possível analisar as críticas que se tem feito contemporaneamente ao princípio médico-biológico de homeostase. A homeostase foi sustentada por Claude Bernard e, em seguida, por Walter B. Cannon e representa a manutenção estática e constante das funções e atividades de um corpo como um critério para avaliar seu quadro de saúde. Há algumas posições que criticam este princípio, através de uma perspectiva sistêmica e complexa, direcionando seus argumentos à estabilidade e à constância buscada na medicina por meio da homeostase. A homeodinâmica seria um princípio alternativo a essa vertente reducionista da medicina, capaz de compreender como um comportamento aparentemente desequilibrado do corpo pode ter o objetivo de combater um segundo fator prejudicial à saúde. Em certas ocasiões, uma aparente instabilidade do componente pode ser determinante para a estabilidade dinâmica de todo o agregado. Cf. AHN, Andrew; TEWARI, Muneesh; POON, Chi-Sang; PHILLIPS, Russell, *op. cit.*. Da mesma maneira, a estabilidade que se buscaria com uma *Constituição Sistêmica* não seria a garantia de relações estáticas entre as instituições, mas de relações cujas variações inerentes atendam a um padrão esperado e aceitável. Variações de maior intensidade romperiam com a perspectiva dinâmica de estabilidade constitucional.

existência de qualquer proporção de determinismo entre este componente não-ordinário e todo o complexo resultante da agregação e, consequentemente, aproximar-se da ideia de caos. O caos é um termo polissêmico que, porém, costuma designar, especificamente nessas perspectivas sistêmicas, a falta de organização ou de determinação entre sucessivos acontecimentos. O balanço que se deve realizar, em uma vertente sistêmico-complexa, é o seguinte: esta Constituição Sistêmica não é suficiente para garantir a estabilidade do sistema, embora represente um componente potencialmente determinante para o alcance desta propriedade. As chances de o sistema se manter estável na presença de uma Constituição Sistêmica são muito expressivas, embora aquele possa sequer se caracterizar como estável ou assim se apresentar por diversa razão.

Em síntese, a defesa de uma Constituição Sistêmica não é suficiente, em uma análise sistêmica e complexa, para que o sistema constitucional como um todo se qualifique como estável. Mesmo diante de hipóteses como tais, a instabilidade deve ser um aspecto de suma relevância do sistema constitucional enquanto objeto de análises.

5.1. Crise, exceção e colapso constitucional

O sistema constitucional foi adotado pela presente pesquisa como objeto de análise e a tese principal defendida é o modelo sistêmico de Constituição garantidor da estabilidade desta agregação. O desenvolvimento de uma visão sistêmica e complexa, no entanto, deve considerar hipóteses de instabilidade. Entre a linearidade reducionista e a desordem do caos, é preciso pressupor, pelo menos, três categorias que admitem o estudo da instabilidade sistêmica: crise, exceção e colapso. Essas três categorias podem ser apreciadas a partir de uma gradação, partindo da crise para culminar no colapso do sistema. Três parâmetros podem ser relevantes na diferenciação de cada uma destas categorias: (i) o nível de complexidade dos problemas gerados; (ii) a frequência e a constância de sua ocorrência; e (iii) a proporção de seus resultados. Em geral, tais parâmetros tendem a se comunicar e até se confundir, mas podem auxiliar na identificação e na diferenciação destas três espécies de instabilidade constitucional.

5.1.1. Crises

Crises devem ser compreendidas como inerentes ao sistema. A própria dinâmica não-linear pressupõe que relações variam ao longo do tempo, assim como a maior parte das circunstâncias políticas e institucionais do agregado. O curso dessas variações evidenciará momentos de tensões e momentos de calma. Basicamente, trata-se de aplicar um referencial realista ao sistema. Durante o século XX, o plano teórico das relações internacionais

voltou-se aos cenários de guerra e conflito recentes e ficou caracterizado pelo realismo. Um dos aspectos desse realismo apresentado por Hans Morgenthau foi considerar o caráter cíclico das crises no plano internacional²⁴. Enquanto o poderio das nações estivesse equilibrado, haveria uma situação de pacifismo, mas a partir do momento em que Estados se fortalecem, política e economicamente, buscam se reequilibrar em relação àqueles hegemônicos. Neste processo de concorrência entre Estados, as crises tenderiam a ser cíclicas, mas do que excepcionais. Essa mesma perspectiva realista acerca das crises deve ser adotada para compreender o sistema constitucional.

As crises ocorrerão à medida que houver interação e que esta dinâmica conduza a tensões entre seus componentes. As instituições mantêm relações contínuas que, ocasionalmente, podem não se coordenar e instaurar um momento de crise momentânea. Com isso, é possível identificar um cenário de crise no sistema constitucional a partir (i) de seu caráter cíclico, tornando-a a mais frequente e constante das espécies de instabilidade; (ii) do reduzido nível de complexidade dos problemas gerados, ao menos do ponto-de-vista do agregado; e (iii) da proporção mais reduzida de seus efeitos. Com um nível de estabilidade mais reduzido, as crises tendem a ser constantes e oferecem impasses ao sistema constitucional, porém, suscetíveis a resoluções de baixa complexidade.

5.1.2. Exceção

A exceção representa a espécie de instabilidade constitucional que se aproxima dos limites suportáveis pelo sistema como um todo. Uma parte da obra de Carl Schmitt defende a hipótese do Estado de exceção como uma forma de se encontrar uma autoridade política digna de receber o *status* de soberano. Embora Schmitt possua uma importância teórica de especial destaque para compreender o paradigma do estado administrativo, é preciso filtrar algumas passagens deste autor devido a suas orientações políticas radicais e relacionadas ao nacional-socialismo alemão. O Estado de exceção schmittiano é, particularmente, arbitrário e autoritário em determinados assuntos, como a soberania e, por esta razão, não parece ser a visão mais apropriada para o presente trabalho. A excepcionalidade sistêmica que se quer retratar está relacionada àqueles situações que ofereçam maior risco à manutenção do próprio sistema. A CRFB/88, em especial, prevê determinados desenhos a fim de “defender o Estado e as instituições democráticas”. Seriam estes o estado de defesa e o estado de sítio, havendo também previsões infraconstitucionais para combater eventuais calamidades, sem a mesma

²⁴ Cf. MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pela poder e pela paz**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003.

expressão no sistema constitucional²⁵. Tais desenhos — estados de defesa e de sítio — visam combater situações de excepcionalidade, recorrendo a medidas desde a restrição de três direitos básicos — reunião, sigilo de correspondências e sigilo de comunicações — até a suspensão provisória dos direitos e garantias constitucionais discricionariamente selecionados pelo Presidente da República e autorizados pelo Congresso Nacional²⁶.

É necessário diferenciar os estados de defesa e de sítio previstos na CRFB/88, em particular, com o que se pretende apresentar como Estado de exceção. O Estado de exceção seriam aquelas situações reais que ensejariam o recurso a estes desenhos, ao menos em tese, garantidores do Estado e das instituições democráticas. O Estado de exceção aqui se considera como a instabilidade crítica do sistema que demande a aplicação de medidas mais complexas para sua superação. Desse modo, Estado de exceção poderia ser compreendido pelos seguintes fatores: (i) os problemas gerados por este quadro mais agravado de instabilidade são altamente complexos; (ii) sua ocorrência é menos constante, tendo em vista não estar relacionado à dinâmica inerente ao sistema; e (iii) suas complicações, por exigirem instrumentos mais complexos em seu combate, repercutem com maior gravidade em todo o agregado.

²⁵ O Poder Executivo dos Estados-Membros pode decretar situação de emergência ou estado de calamidade pública na ocorrência de relevantes desastres ou acontecimentos naturais que causem prejuízo à ordem e à segurança públicas. Cabe ressaltar que o termo “estado de emergência” é utilizado na tradição constitucional portuguesa, pois a atual Constituição deste Estado estabelece, em seu art. 19, uma previsão com esta nomenclatura, porém, muito próximo do estado de defesa adotado pela CRFB/88.

²⁶ De acordo com a CRFB/88: “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. §1º — O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I — restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II — ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. [...] Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I — comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II — declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. [...] Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. [...]”.

5.1.3. Colapso

Em determinadas situações, o sistema constitucional não é capaz de suportar a instabilidade existente. Crises são comuns e inerentes à dinâmica do sistema. Exceções podem gerar transtornos ainda mais severos, conduzindo as instituições ao limite da ordem democrática e constitucional estabelecida. O colapso sistêmico será aqui considerado como aquelas situações em que, mais do que crise ou exceção, a Constituição deixa de ser legítima para a população ou, ao menos, tolerável às ambições de oficiais do governo. O sistema constitucional, centrado na Constituição, colapsa quando esta é sucedida por um novo diploma normativo de mesma hierarquia formal. Como já se defendeu anteriormente, a Constituição integra o sistema, representando um componente não-ordinário. Por ser o ato sistêmico fundador, em primeiro lugar, a nova Constituição poderia prever, por exemplo, instituições não observadas anteriormente com papéis relevantes na dinâmica constitucional. Do mesmo modo, pode extinguir outras instituições, bem como determinar a unificação de duas ou mais entidades que costumavam atuar no sistema constitucional antecessor²⁷. Em segundo lugar, as instituições no novo sistema adotariam os termos e o teor da nova Constituição como objeto central de sua atividade, tanto em uma perspectiva intrainstitucional, quanto interinstitucional. Em terceiro lugar, novos mecanismos de agregação seriam previstos, modificando a forma de interação entre os componentes do sistema tão significativamente que seria difícil sustentar a manutenção daquela ordem anteriormente observada.

O sistema constitucional colapsa com a sucessão da própria Constituição. Com um novo ato fundador, um novo objeto principal e novos mecanismos destinados a promover a agregação das principais instituições e proposições, não há manutenção do sistema. A instabilidade constitucional seria suficiente para provocar uma transição severa no âmbito político-jurídico do Estado. O colapso sistêmico-constitucional corresponde, portanto, àquela espécie de instabilidade assim identificada: (i) os problemas ocasionados pela instabilidade são insuperáveis pelo sistema; (ii) não é logicamente plausível que haja frequência em sua ocorrência, pois, a cada nova Constituição, há um novo sistema constitucional; e (iii) o efeito é a própria ruptura com a ordem constitucional previamente existente.

²⁷ Como exemplo destas possíveis modificações no plano constitucional, o Ministério Público representa uma instituição de grande relevância no cenário jurídico e político desde a Constituição Federal de 1988, mas sofreu constrangimentos nos períodos mais autoritários da história democrática brasileira.

5.1.4. Exemplos de instabilidade constitucional

Antes de iniciar qualquer apresentação de exemplos acerca das possíveis formas de instabilidade constitucional consideradas no presente trabalho, algumas situações precisam ser esclarecidas. A experiência democrática brasileira é muito recente e a falta de tradição constitucional prejudica a pesquisa tanto quanto o desempenho das instituições. A experiência democrática é um fator responsável pelo fornecimento de exemplos práticos, seja em suporte de teses ou se apresentando como antíteses, capazes de robustecer as inserções teóricas e abstratas do direito constitucional. Somado à desvantagem da escassez de exemplos práticos, uma metodologia que adote um extenso critério temporal de análises deve apresentar suficientes justificativas. Da mesma forma, a impropriedade de casos insertos no período ditatorial brasileiro deve ser esclarecida, assim como a eventual propriedade dos exemplos que lhe sejam anteriores. O Brasil, assim, não oferece exemplos em larga-escala para ilustrar todas as situações aqui relacionadas como espécies de instabilidade constitucional.

É possível retratar um exemplo recente da História política brasileira que pode ser analisado como crise no sistema constitucional: o *impeachment* do presidente Fernando Collor. Esta crise política pode ser assim compreendida porque o nível de instabilidade gerado foi relevante, mas nada que seja tão diverso da dinâmica própria do sistema constitucional. Não houve quadro de exceção, pois os direitos foram preservados, nem mesmo ruptura com a ordem político-jurídica em segundo nível de agregação. Para o Executivo, particularmente, o *impeachment* foi um verdadeiro colapso, mas, em níveis mais elevados de agregação, o *impeachment* foi a própria solução disponibilizada pela Constituição e exercida pelas instituições — com apoio de grande parte da população — a fim de superar a crise política instaurada a partir de denúncias de corrupção e da prática de atos confiscatórios. Em síntese, os problemas ocasionados pela crise política foram relevantes, mas se dissolveu ao longo dos níveis de agregação, sendo superado a partir do *impeachment* que depôs o presidente Collor.

A espécie de instabilidade constitucional das exceções, no entanto, é de difícil ilustração. Tais situações que escapam da normal dinâmica do sistema não foram observadas durante a atual ordem constitucional democrática. Se, por um lado, ideal fosse apresentar exemplos de excepcionalidade, sua ausência, por outro, fortalece a ideia de que esta ocorre com menor frequência em relação às crises inerentes ao sistema.

Em relação ao último caso de instabilidade, o colapso sistêmico, os exemplos seriam aqueles em que há transição de um sistema constitucional para outro, conforme ocorreu em 1988 no Brasil. O presente trabalho promove um recorte metodológico iniciado com a ordem constitucional fundada pela CRFB/88, mas é possível afirmar que a promulgação deste ato fundador

do sistema rompeu com um período político autoritário e marcado pela repressão para iniciar uma tradição verdadeiramente constitucional democrática.

6. CONCLUSÃO

A ordem constitucional não é um objeto científico observável por uma perspectiva meramente normativista, nem mesmo por entendimentos institucionais ortodoxos. A tentativa de aproximar a legitimidade deste sistema à resultante de seus efeitos conduziu ao oferecimento de uma, entre outras possíveis, proposta em particular: um modelo sistêmico de Constituição. Como qualquer sistema, a ordem constitucional requer componentes que promovam sua agregação, conferindo robusteza a sua estrutura e a seu funcionamento.

A *Constituição Sistêmica* ora defendida representa uma estratégia no plano dos desenhos constitucionais e institucionais, uma alternativa para que um elemento distinto dos demais possa ser determinante a uma atuação efetiva e estável. Um sistema é observado a partir de suas interações e a forma e os limites por que esta dinâmica se reveste depende de como a Constituição previu as propriedades dos componentes deste sistema e aquelas capazes de emergir da interação de instituições e de indivíduos, bem como os efeitos decorrentes de tal atividade. Mais do que uma proposta teórica e metafísica, trata-se de uma mudança nas concepções ontológica, epistemológica e metodológica da Constituição por estar inserida em um sistema e desempenhando um importante papel nesta ordem. A Constituição deixa de ser entendida como mero documento ou fonte normativa de atuação, para estabelecer parâmetros sistêmicos de atuação das instituições e dos indivíduos atuantes nesta esfera, além de se antecipar aos efeitos negativos que se podem produzir em uma dinâmica sistêmica.

Se a Constituição se reveste de tais aspectos sistêmicos, todo o sistema se beneficia, ganhando robusteza e estabilidade em seu funcionamento, mesmo que estas propriedades não sejam compartilhadas por todas ou pela maioria de suas instituições.

REFERÊNCIAS

AHN, Andrew; TEWARI, Muneesh; POON, Chi-Sang; PHILLIPS, Russel. "Could Systems Biology Offer an Alternative?". *PLoS Medicine*, Vol. 3, 6, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

EUA, Committee on Network Science for Future Army Applications, National Research Council. **Network Science**. Washington, DC: The National Academies Press, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pela poder e pela paz**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. New York: Oxford University Press, 1979.

SCHAUER, Frederick. "The Convergence of Rules and Standards". **Regulatory Policy Program Working Paper of Harvard University**, RPP-2001-07, 2001.

SUNSTEIN, Cass. "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 147, 2007.

_____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007.

_____. "Submajority Rules: Forcing Accountability upon Majorities". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 54, 2004.

_____. **The System of the Constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2011.



O EXERCÍCIO, PELO PODER EXECUTIVO, DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA TRIBUTÁRIA, À LUZ DO ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Carlos César Sousa Cintra**

Resumo

O direito tributário brasileiro é marcado pela forte atuação do Poder Executivo no âmbito das funções legislativas, administrativas e judicantes. O presente artigo objetiva examinar a repercussão que os princípios insculpidos no art. 37, da CF/88 exercem quando do exercício da denominada “função administrativa tributária”. Para tanto, faz-se breve incursão nos domínios do direito administrativo com vistas a identificar os contornos normativos inerentes à noção de função administrativa, oportunidade em que se evidencia a relevância a ser dada às regras que tratam das competências e finalidades a serem atingidas pela atuação da Administração Pública. Posteriormente, passa-se a examinar o regime jurídico constitucional consagrado no *caput*, do art. 37 da *Lex Magna*, dispositivo este que expressamente faz alusão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em seguida, projeta-se aquele delineamento axiológico à atuação dos órgãos da Administração Tributária, que por ocasião da edição de atos individuais e concretos deve sujeitar-se aos padrões valorativos indicados no aduzido dispositivo constitucional. Por derradeiro, averte-se para a necessidade de reconhecer que nem sempre os interesses dos órgãos fazendários convergem para o assim chamado “interesse público primário”, razão pela qual o estudioso deve ficar vigilante às diversas manifestações do Poder Executivo, que deve manter-se dentro dos lindes definidos pelo constituinte no que atina aos princípios aplicáveis à Administração Pública.

Palavras-chave

Direito Tributário. Função administrativa. Princípios constitucionais.

Abstract

The Brazilian tax law is marked by the strong influence of the Executive Branch within the legislative, administrative and judicial functions. The article aims to examine the impact that the principles sculptured in Article 37 of the 1988 Federal Constitution of Brazil exert upon the so-called “tax administrative function”. Therefore, through brief incursion into administrative law, in order to identify the normative boundaries inherent in the concept of administrative function, where it highlights the importance of rules that address the competences and objectives to be achieved by the performance of Public Administration. Later, it examines the consti-

* Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET). Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET). Advogado em Fortaleza.

tutional legal regime established in the caput of Article 37 of the Lex Magna, rule that expressly refers to the principles of legality, impartiality, morality, transparency and efficiency. Then, it projects that axiological design to the performance of the organs of the Tax Administration, which at the time of issue of individual and concrete acts should be subject to value patterns indicated by the adducted constitutional provision. Ultimately, it exposes the need to recognize that not always the interests of the treasury bodies converge to the so-called "primary public interest", which is why the student should be vigilant to the various manifestations of the Executive Branch, which must remain within limits defined by the constituent regarding the principles applicable to the public service.

Keywords

Tax Law. Administrative function. Constitutional principles.

1. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

1.1. Conceito

Aos objetivos deste escrito mostra-se essencial examinar, com algum detimento, o que singulariza a denominada função administrativa, para depois correlacioná-la especificamente com a atividade típica do Poder Executivo, naquilo que direta ou indiretamente tem relação com a tributação.

A despeito de na doutrina inexistir concórdia sobre o tema¹, concebe-se função administrativa como a atividade globalmente exercida precipuamente pela Administração Pública² ou por quem lhe estiver fazendo as vezes, nos estritos termos preceituados pela lei (*stricto sensu*), que se dedica a concretizar os fins especificados pelo sistema normativo.

Da noção ofertada infere-se, sinteticamente, que a função administrativa, cuja realização se dá predominantemente no âmbito do Poder Executivo, tem como visíveis referenciais as normas definitórias de competências e as finalidades decorrentes de tais preceitos.

O conceito oferecido não se distancia daquele utilizado por Lucia Valle Figueredo, para quem "a função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob o regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente

¹ Gerard Bergeron apud Themístocles Brandão Cavalcanti, ao estudar o conceito de função administrativa, identificou pelo menos onze propostas, todas elas associadas à ideia de atividade e de participação na vida administrativa. **Teoria dos atos administrativos**, p. 29.

² É sabido que, do ponto de vista material, a locução "Administração Pública" admite abranger a totalidade das atividades desempenhadas *in concreto* pelas três funções estatais; porém, doravante, se pactua que o emprego daquela expressão dar-se-á significando o conjunto de órgãos, entidades (pessoa jurídica pública ou privada) e agentes que compõem exclusivamente a estrutura do Poder Executivo.

pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.”³

Cumpra sublinhar que é inegável a complexidade ínsita à atividade desenvolvida na órbita da Administração Pública, que se mostra polimorfa. Além da gênese de normas gerais e abstratas e dos atos administrativos (individuais e concretos), outros tipos de atos são por ela praticados — atos disciplinados pelo direito privado, atos materiais (atos administrativos) e atos políticos ou de governo.

Apesar de comodamente se dizer que as atividades administrativas consistem nas ações que não se inserem no conceito de atividade legislativa e jurisdicional, em resumo, pode-se afirmar que relativamente aos administrados tais ações essencialmente são as seguintes: a) limitação à liberdade e à propriedade (poder de polícia, *ad exemplum*); b) prestação de serviços públicos *uti singuli* (fornecimento de certidões, *verbi gratia*) e *uti universi* (saúde, educação segurança etc.); c) fomento ou incentivo (subvenções, *in exemplis*); e d) arrecadação e fiscalização de tributos (administração tributária, *ut upta*);

1.2. Características essenciais

Após examinar o conceito de função administrativa, é possível, analiticamente, identificar algumas propriedades intrínsecas àquela ação estatal.

Em primeiro lugar, destaca-se a total subordinação do exercício da função administrativa à existência de expressa previsão em lei (sentido estrito)⁴, não sendo lícito aos que competem realizar tal mister portarem-se *contra legem* ou *praeter legem*, mas apenas nos exatos termos previamente estatuídos por aquele mencionado documento normativo da lavra do Poder Legislativo.

Aplica-se, aqui, tanto a admoestação de Renato Alessi no sentido de que a Administração Pública “*puó fare soltanto ciò che la legge consente*”⁵, como a sucinta observação de Afonso Rodrigues Queiró, para quem a Administração Pública “é a *longa manus* do legislador”⁶.

Além disso, a emanação de atos próprios do exercício da função administrativa dá-se por intermédio de unidades diferentes dotadas da necessária competência para dita atuação (policentrismo). Àqueles círculos de atribuições estatais denominam-se órgãos públicos (Secretaria da Fazenda ou de Finanças, *verbi gratia*), sendo que os sujeitos que concretizam tais atribuições,

³ **Curso de direito administrativo**, p. 31-32.

⁴ Nesta direção, Hely Lopes Meirelles sublinha que “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. **Direito administrativo brasileiro**, p. 83.

⁵ **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**, 1958, p. 9.

⁶ **Estudos de direito administrativo**, p. 9.

por meio de manifestação de vontade, são designados de agentes (auditores fiscais, *ad exemplum*).

Também cabe reafirmar o caráter heterogêneo do conteúdo mesmo do produto advindo do desempenho da função administrativa (atos individuais e concretos, gerais e abstratos etc.), que tem a virtude de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas individuais, bem como de realizar atos materiais, tudo dentro da quadratura legal.

Por fim, para que o administrador público exercite função administrativa, não se faz necessária a provocação dos administrados, ou seja, a atuação de ofício é aceita pacificamente, constituindo-se regra geral.

1.3. Regime jurídico-constitucional

1.3.1. *Generalidades*

A fartura principiológica encerrada na Constituição ocorre porque é exatamente naquele veículo onde são condensadas, primariamente, as preferências axiológicas de uma dada coletividade.

Noutro dizer: é em tal *corpus* (Constituição) onde são depositadas as essenciais estimativas axiológicas e os mais grados limites objetivos a que se deve submeter qualquer atividade jurídica, em sua acepção mais ampla, sendo que valores plasmados na “Lei das leis” retratam exatamente as expectativas éticas maturadas por uma determinada sociedade política, em um dado momento histórico.

Com efeito, tendo em conta o fato de que o *habitat* natural dos princípios é indubitavelmente o patamar constitucional, compete ao legislador constituinte originário colher tais porções axiológicas, de modo a projetar na Carta constitucional os assinalados anseios da sociedade política de sua época.

Então, figurativamente, sendo os princípios jurídicos as estacas que servem de sustentáculo ao ordenamento jurídico, disso resulta que “qualquer agressão, por menor que seja, às referidas ‘escoras’, põe em perigo a firmeza da ‘edificação’ jurídico-normativa”⁷.

Feitas tais considerações introdutórias, vale a pena assinalar que, no Brasil, há um feixe considerável de princípios jurídicos⁸ que informam o exercício típico de função administrativa.

⁷ Carlos César Sousa Cintra, *Perfil jurídico dos regulamentos no direito brasileiro*, p. 21.

⁸ Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”. **Princípios constitucionais da administração pública**, p. 21.

Somente a título exemplificativo podem-se arrolar, dentre outros, os seguintes: a) supremacia do interesse público sobre o particular; b) indisponibilidade dos interesses públicos; c) Estado Democrático de Direito; d) harmonia entre os poderes; e) isonomia das pessoas jurídicas de direito público interno; f) proporcionalidade; g) segurança jurídica; h) irretroatividade; i) *due process of law*; j) igualdade; k) motivação etc.

O art. 37, *caput*, da CF/88, de modo sistematizado, entretanto, enumera uma relação de primados que se aplicam à Administração Pública (federal, estadual e municipal), Legislativo (federal, estadual, distrital e municipal) e Judiciário (federal, estadual e distrital)⁹, a saber: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Veja-se, naquilo que diz de perto com o tema *in examine*, o sentido e alcance desses axiomas no respeitante às peculiaridades ínsitas ao Poder Executivo.

1.3.2. Legalidade

Já foi expresso que a atuação da Administração Pública deve se guiar pelos rígidos padrões fixados pelo Poder Legislativo, por intermédio das normas gerais e abstratas inauguradoras da ordem jurídica (Constituição Federal, emendas constitucionais, constituições estaduais, leis orgânicas municipais, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções).

Na verdade o primado da legalidade comparece não só como um dos sustentáculos do regime jurídico-administrativo. Sua abrangência é maior, porquanto o art. 5º, inciso II, da CF/88, o alçou ao seletor patamar dos direitos fundamentais, conferindo-lhe especial qualificação jurídica.

Ao preceituar que “ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o aduzido mandamento conteve o absolutismo estatal (*cuique facere alicet nisi quid iure prohibetur*) ao mesmo tempo em que condicionou as manifestações da Administração Pública¹⁰.

⁹ O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade de asseverar: “... nós todos desejamos a realização integral dos princípios inscritos no art. 37 da constituição Federal. Certo é, entretanto, que as medidas judiciais, nas quais se pede o cumprimento de tais princípios, inscritos no art. 37 da lei Maior e em normas infraconstitucionais, fazem-se num devido processo legal. É dizer, num processo disciplinado por normas legais, cuja observância se impõe, a menos que se revelem inconstitucionais, declarada a inconstitucionalidade, também, num devido processo legal”. Pet 2.066-AgR, Relator Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 28/02/2003, p. 0007.

¹⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma a lei “tem um **valor formal** de impor-se, imediatamente, e de modo superior, a qualquer outra manifestação de vontade do Estado-poder, a todas as autoridades estatais e aos componentes do Estado-sociedade, dada a sua **força jurídica**”.

Ora, no dispositivo constitucional aduzido, o constituinte originário consagrou importante expectativa do Estado de Direito, qual seja, a de proteger os cidadãos contra eventuais abusos do Poder Público, excessos estes tão frequentes no que toca à matéria tributária.

São inúmeros os motivos ensejadores da opção constitucional, que outorga exclusivamente à lei a possibilidade de promover, em termos primários, o surgimento de deveres, mediante o estabelecimento de normas prescrevendo uma conduta como obrigatória ou como proibida.

A modo de ilustração, elencam-se os seguintes: a) a lei é fruto de atividade desenvolvida pelos representantes daqueles que serão submetidos às imposições nela contidas; b) o processo legislativo prevê a discussão ampla da matéria a ser objeto de disciplina legal; e c) é razoável supor que as leis refletem o sentimento do povo que predomina numa dada época.

Com efeito, na condição de viga mestra de nosso sistema jurídico, já que constitui um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, o vetor da legalidade igualmente predomina na seara tributária, devendo informar toda a ação do Poder Executivo, mediata ou imediatamente, relativa à tributação (art. 150, inciso I, da CF/88; art. 3º e art. 97, ambos do CTN).

Então, ao arrecadar ou ao cuidar da fiscalização dos tributos, não podem os órgãos exatores, em nenhum instante, se afastar daquela orientação prescritiva manifestada pelo primado da legalidade¹¹. Mais que isso, as autoridades devem atentar para a noção de que a atuação estatal somente pode acontecer conforme os ditames legais, aplicando-se a elas o aforismo *prohibita intelliguntur quod non permissim*.

1.3.3. Impessoalidade

Porque a própria ideia de função estatal se vincula a uma finalidade preestabelecida pela lei, não há como conceber eventual atuação do administrador público a partir de critérios que não aqueles predestinados a alcançar tal fim — consecução do interesse público¹².

ca, que consiste em inovar, de maneira absoluta, a ordem jurídica anterior, dentro da estrutura constitucional". **Princípios gerais de direito administrativo**, p. 246.

¹¹ Alcides Jorge Costa desabafa que "infelizmente no Brasil, nós temos que estar ainda martelando em coma desse princípio, que vemos arranhado diariamente, seja por desrespeito à Constituição, seja através de atos administrativo, que a uma simples leitura revelam-se contrários à lei". **Mesa de debates: princípio da estrita legalidade**, p. 122.

¹² Caio Tácito acentua: "A destinação da competência do agente preexiste à sua investidura. A lei não concede a autorização do agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma criação inconseqüente: ela visa a um fim especial, presume um endereço certo, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo". **Direito administrativo**, p. 80.

Simpatias e antipatias, ou seja, considerações de cunho pessoal, não autorizam o agente a praticar este ou aquele ato administrativo, homenageando interesse próprio ou de terceiros — celebração de regimes especiais de tributação, início de ação fiscal etc¹³. *Contrario sensu*, estar-se-ia diante de ato inquinado por desvio de finalidade.

No contexto tributário, cabe salientar que mesmo excepcional atuação discricionária do agente (escolha do método a ser empregado em determinada ação fiscal, *verbi gratia*) não pode se afastar dos fins prefixados pela lei *stricto sensu*.

Ilustrando: quando da análise de pleito relativo ao pedido de parcelamento de débito, se a legislação que disciplina o assunto conferir algum grau de mobilidade à autoridade competente, no que diz respeito, por exemplo, à quantidade de parcelas, a ação administrativa não poderá levar em conta *discrímen* (positivo ou negativo) não contemplado pelo sistema jurídico¹⁴.

Nesse caso, deve vingar solução ponderada, que se mostre mais ajustada ao atendimento da finalidade estatuída pelo ordenamento, e que possa ser igualmente implementada para futuras situações que acusem a presença de similitudes.

Verifica-se, portanto, que o princípio da impessoalidade liga-se aos primados da finalidade, isonomia e moralidade.

1.3.4. *Moralidade*

A comunidade jurídica reconhece existir uma dificuldade de demarcação exata do sentido de moralidade administrativa, indeterminação semântica essa que é sanada quando se está diante de casos concretos¹⁵.

¹³ Concorde-se com Lucia Valle Figueredo, para quem “a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a ser formar, independentemente de qualquer interesse político”. **Curso de direito administrativo**, p. 59.

¹⁴ Enfatizando que a administração é serva de interesses públicos previamente caracterizados pela lei, Caio Tácito sublinha que “não é lícito ao agente servir-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público que não se filie ao seu âmbito de competência”. **Direito administrativo**, p. 5.

¹⁵ A propósito do assunto, calha reproduzir a opinião de Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal: “A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.” ADI 2.661-MC, DJ 23/08/2002, p. 00070.

Na verdade o dado contextual é decisivo para fins de averiguação se o ato praticado é dissonante daquilo que deve orientar a conduta ética da Administração Pública¹⁶, que necessita respeitar as noções de lealdade e boa-fé firmadas no valor jurídico da confiança mútua (administração — administrado).

Por conseguinte, no ambiente tributário constata-se a violação, por parte do Estado, daquele primado, advindo dessa realidade um desgaste maior ainda na já conturbada relação que se estabelece entre Fisco e contribuinte.

Exemplo típico do que se afirmou ocorre nas vezes em que os órgãos fazendários estaduais, de caso pensado, sequer apreciam pedidos formulados pelos exportadores de transferência de créditos de ICMS decorrentes da realização de operações de remessa para de produtos para o Exterior (art. 155, §2º, inciso X, alínea “a”, da CF/88; §1º, art. 25, §1º, da Lei Complementar nº 87/96). Eis uma incontestável hipótese de desacato à moralidade administrativa.

Explica-se: configura ofensa aos padrões de conduta esperados pela sociedade o fato de o Erário ser extremamente ágil para cobrar, ao mesmo tempo em que manifesta, deliberadamente, excessiva vagareza para devolver quantias que ilegítimamente estão em seu poder.

Também no instante em que inicia ação fiscal desconsiderando comunicação espontânea feita pelo administrado sobre a prática de uma infração tributária, bem como se valendo do teor de consulta realizada sobre a interpretação da legislação tributária, do mesmo modo está o Fisco atropelando a honestidade de propósitos explicitamente revelada pelo sujeito passivo da obrigação tributária¹⁷, e, portanto, transgredindo o citado princípio da moralidade.

1.3.5. *Publicidade*

A transparência das condutas adotadas pelos agentes do Estado constitui regra decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), que não é compatível com o encobrimento da realização de atividade administrativa.

A visibilidade das ações estatais é nota fundamental de qualquer regime que se diga democrático. Por meio da divulgação daquilo que acontece

¹⁶ Cf. Jesús Gonzales Pérez, **El principio de la buena fe en el derecho administrativo**.

¹⁷ Lucía Valle Figueredo sustenta que “fere de morte o princípio da moralidade administrativa a cobrança, ou mesmo qualquer espécie de constrangimento ao contribuinte, de tributos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte, ainda que o sejam em caráter *incidenter tantum*” (grifos da autora). **Moralidade administrativa e o direito tributário**, p. 431.

no seio da Administração Pública, torna-se possível efetuar alguma vigilância voltada a coibir desmandos na órbita do Poder Público.

O direito à informação foi inserido no inciso XXXIII, do art.5º, Carta Maior, possibilidade essa que somente aceita ser coarctada em casos extraordinários que requerem o sigilo como algo necessário à segurança da sociedade e do Estado.

Também está assegurado no Texto Constitucional o direito de obtenção de certidões (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b"), mas, ainda assim, de quando em quando, são criados inaceitáveis obstáculos por certas repartições fazendárias, que adotam o cômodo silêncio como maneira velada de não disponibilizar o documento requerido.

No que se refere à publicação dos atos administrativos, entende-se a possibilidade de dispensa de tal formalidade apenas e tão-somente quando os efeitos provenientes do produto final oriundo de uma sucessão de atos (módulo sequencial — procedimento) não tangencia a esfera subjetiva do administrado.

1.3.6. Eficiência

Coube à Emenda Constitucional nº 19/98 inserir no *caput* do art. 37, da CF/88, o princípio da eficiência no catálogo dos princípios que até então ali estavam plasmados.

É habitual associar eficiência a celeridade, racionalização, otimização de resultados, precisão etc., o que pode sugerir uma tendência ao predomínio do informalismo no lugar da adoção de modelos burocráticos marcados pela previsão de rotinas administrativas (sucessão de atos) para que seja possível a prática de atos dirigidos a produzir consequências jurídicas.

Sob o pretexto (ideológico) de pôr fim à exasperação burocrática, todavia, não se pode comprometer as conquistas proporcionadas pela salutar procedimentalização do exercício da função administrativa. Permitir isso importaria retrocesso sem precedente.

De fato, o princípio da eficiência está atrelado à perspectiva procedimental que privilegia a participação do administrado, e, segundo foi visto noutra parte, a instauração de módulos sequenciais apresenta-se como caminho mais adequado para o fim específico de efetivação dos anseios democráticos juridicamente consagrados na ordem jurídica nacional (art. 1º, da CF/88).

2. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA TRIBUTÁRIA

Relativamente ao que ocorre nos domínios do direito tributário, dúvida alguma remanesce acerca do total aproveitamento de tudo o que foi expresso até aqui, no tocante ao conceito de função administrativa, para fins de examinar tormentosas questões que habitam aquela região do direito positivo.

Sucedee que a efetivação das normas tributárias gerais e abstratas exige que a administração atue praticando atos concretos, o que se ocorre precisamente mediante o exercício de uma típica função administrativa, que considerada em sua dimensão dinâmica, em linhas gerais, manifesta-se da seguinte forma: a) por meio de atos de aplicação daquilo que consta em documentos oriundos do Poder Legislativo (lei *stricto sensu*); e b) mediante a intervenção dirigida à concretização dos fins de interesse público prescritos na Constituição e demais diplomas normativos vigentes.

Com efeito, pode-se aludir à existência de uma genuína função administrativa tributária, compreendida esta como a ação da Administração Pública do Poder Executivo, relacionada mediata ou imediatamente com a efetivação da atividade de tributação, ação esta que não se pode afastar da concretização dos interesses públicos da comunidade.

Valendo-se, portanto, das noções antes debuxadas acerca da função administrativa, e transpondo tais noções para o campo tributário, verifica-se, no exercício de função administrativa tributária, uma total adstrição da atuação dos órgãos fazendários aos denominados interesses dos membros integrantes de uma determinada sociedade (Estado), que são alçados à dimensão pública segundo qualificação conferida pelo direito positivo.

Cumprre reconhecer que a arrecadação e a fiscalização de tributos, consoante os parâmetros estatuidos pela ordem jurídica, notadamente pela Constituição, são atividades que, em última análise, viabilizam a própria existência das pessoas governamentais. Isto porque é principalmente por intermédio delas que o Estado obtém os recursos necessários à consecução dos interesses coletivos.

Mesmo assim, não se pode olvidar que nem sempre o interesse público é concordante com o mero interesse dos entes que atuam em nome do Estado¹⁸ quando do exercício de função administrativa tributária.

Isto significa admitir que, apesar de a própria concepção de Estado estar atada à efetivação dos citados interesses públicos, outras metas existem

¹⁸ Em termos rigorosos, esclareça-se que é o Estado o único titular dos interesses públicos, cabendo à Administração Pública, compreendida como conjunto de órgãos (sentido subjetivo), apenas e tão-somente protegê-los e buscar efetivá-los, naquilo que lhe couber, por meio do exercício de função administrativa.

que denotam meras utilidades individuais daquele ente, o qual, na condição de pessoa jurídica subjetiva, também interesses particulares.

A propósito do tema, convém aludir à lição de Renato Alessi, que, distinguindo os interesses públicos primários (interesses públicos propriamente ditos) dos interesses secundários (interesses individuais do Estado), admite a ideia de que estes somente poderão ser perseguidos na hipótese de serem absolutamente condizentes com aqueles¹⁹. Em se tratando de direito tributário, sabe-se ser relativamente comum haver discrepância entre o interesse do órgão arrecadador (maximização das receitas a qualquer custo) e o interesse público primário (exigência dos tributos de acordo com as normas jurídicas consagradas pelo sistema jurídico, em especial, pela Constituição).

Na verdade, frequentemente o próprio exercício da competência tributária, por intermédio da atividade legiferante, diferentemente do que exige a ordem jurídico-constitucional, não se mostra servil aos legítimos anseios da coletividade, situação esta que iniludivelmente compromete a juridicidade de eventuais deveres tributários impostos aos contribuintes²⁰.

Diga-se o mesmo relativamente à atuação do Poder Executivo, quer no pertinente à edição de regras jurídicas gerais e abstratas²¹, quer no instante em que edita norma jurídica individual e concreta²².

Enfim, não há exagero algum em admitir que muita vez as autoridades responsáveis pela prática de atos administrativos relacionados em alguma medida com a imposição do dever de pagar uma dada quantia, a título de tributo, não atentam para a inafastável coincidência que se deve estabelecer entre o interesse (secundário) do ente tributante e aquilo que se mostra como lícito interesse público (primário)²³.

¹⁹ **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**, p. 197.

²⁰ Cabe registrar que as receitas de natureza tributária devem ser preconcebidas para cobrir fins relacionados com o bem comum. Logo, é inaceitável que, por força da tributação, advenha eventual comprometimento do bem-estar da coletividade.

²¹ Dentre inúmeros outros exemplos, que denunciam a existência da citada disfunção, pode-se aludir à ilegítima tentativa da Secretaria da Receita Federal de inserir inconcebíveis limitações (Instrução Normativa nº 33/99, *verbi gratia*) à efetivação do ditame constitucional que consagra a não-cumulatividade para o IPI (art. 153, §3º).

²² A apreensão de mercadorias por parte do Fisco estadual, mediante a lavratura de auto de infração, configura típico exemplo de dissociação entre o interesse do órgão fazendário (“arrecadação a qualquer custo”) e o interesse público (cobrança do tributo segundo as regras definidas pela ordem normativa).

²³ Acerca disso, José Luis Péres de Ayala e Eusebio Gonzales aduzem que “la actividad de gestión y liquidación de los tributos es, ciertamente, una actividad que no se desarrolla en interés exclusivo de la Administración, sino que está presidida por el servicio a los fines que reclama el bien común y, por ello, es una actividad desarrollada para la mejor realización y cobertura de intereses ajenos a los ‘particulares’ de la Administración pública; intereses que rebasan, desde luego, la pura necesidad de ingresos de esta última, para enmarcarse en un conjunto de valores, que deben haber sido recogidos en la legislación tributaria material”. **Derecho tributario II**, p. 11.

Destarte, o regramento da atividade relativa à exigência do pagamento dos tributos repercute, de modo positivo ou negativo, no bem-estar de todos, segundo a razoabilidade dos critérios empregados quando de tal estruturação normativa, bem como de acordo com o grau de obediência das autoridades fazendárias aos limites expressamente estatuídos pelo ordenamento jurídico.

Logo, perfazendo-se aquela inaceitável desconformidade quanto aos fins almejados pela atuação da função administrativa tributária (interesse público ≠ interesse do Fisco), disso advém a absoluta imprestabilidade do ato administrativo-tributário no tocante à produção dos efeitos jurídicos que a ele se pretenda associar.

É indubitoso que a ação dos agentes do Fisco não se caracteriza apenas pela presença de um poder em relação a um dado objeto. Pelo fato de tal atuação configurar o exercício de uma verdadeira função administrativa, reconhece-se que ela traduz um dever cuja satisfação é balizada pelo atendimento dos correlatos fins públicos estatuídos pela ordem legal.

Aurélio Pitanga Seixas Filho, admitindo que o agente do Fisco aplicador da lei tributária se vale de um autêntico “dever-poder”, frisa que “a autoridade fiscal, ao praticar atos jurídicos no exercício de sua função administrativa, nos estritos termos dispostos na legislação tributária, não estará defendendo algum interesse próprio”²⁴.

3. CONCLUSÕES

O Poder Executivo, quando de sua atuação na seara tributária, deve submeter-se aos rígidos lindes impostos, entre outros, pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88).

Lastimavelmente, não raro constata-se a existência de um inaceitável distanciamento daqueles verdadeiros “vetores interpretativos” por parte da Administração Fazendária, sob o ilegítimo argumento relacionado com a arrecadação de tributos, como se esta sempre correspondesse ao interesse público primário.

Diante disso, os contribuintes têm ao seu dispor a possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário, que por sua vez não pode compactuar com práticas que se mostrem írritas à principiologia prescrita pelo art. 37, *caput*, da *Lex Magna*, pois do contrário tornar-se-á ainda mais tortuosa a relação “Fisco x Contribuinte”.

²⁴ O processo administrativo fiscal e os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração Pública, p. 9.



ANÁLISE ECONÔMICA DO ÓBITO NO DIREITO SOCIETÁRIO

Cristina Malaski Almendanha*

Oksandro Osdival Gonçalves**

Resumo

A vida humana não é eterna e a morte tem consequências de diversas naturezas, importando ao presente estudo a sua consequência jurídica. O óbito do indivíduo representa, no direito, a abertura da sucessão, a partir do que os bens se transferem da titularidade e posse do falecido para a posse e titularidade de seus herdeiros, operando-se a partilha desses bens a partir da realização do inventário. O óbito traz consequências jurídicas e econômicas que demandam análise pormenorizada de seus efeitos. No direito societário a morte tem repercussão ainda mais notória, especialmente porque a morte de um sócio traz impactos significativos para a continuidade da atividade empresarial. A resolução da sociedade em relação ao falecido, devido à previsão legal de liquidação de sua quota, também pode significar a alteração do quadro societário ou mesmo a dissolução total da sociedade nas hipóteses em que não se opera a liquidação da quota, como previsto nos incisos I a III do art. 1028 do Código Civil. A análise econômica do direito (AED) contribui para prever as possíveis consequências das regras jurídicas e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, permitindo ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais. Como resultado dos estudos observa-se o quão importante é estudar o óbito sob o ângulo dos custos de transação, que são aqueles custos incorridos pelos agentes econômicos na procura e aquisição de informações e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisões acerca de sua concretização. A pesquisa realizada permite concluir que esses custos podem se concentrar em momento anterior ou posterior ao óbito, o que significa dizer que a morte comporta custos *ex ante* e custos *ex post*. Exemplo de custos *ex ante* especialmente verificados na seara empresarial são os trabalhos afetos à governança corporativa, que se caracteriza por ser um sistema que assegura aos sócios proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. Assim, é possível que um sócio ou dirigente de empresa, antes de morrer, deixe tudo planejado estrategicamente para depois de sua morte ou, ao menos, para que quando venha a falecer, os seus sócios e sucessores não tenham maiores problemas quanto ao adequado prosseguimento da atividade empresarial. Do contrário, falecendo o sócio sem a adoção prévia dessas medidas, maiores poderão ser os custos de transação *ex post*, eis que tanto a

* Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável. Assessora Jurídica. Professora.

** Doutor em Direito Comercial pela PUCSP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Mestrado e Doutorado). Advogado.

sociedade como os sucessores do sócio falecido precisarão empreender diligências no sentido de dar continuidade ao negócio ou encerrá-lo. A morte encerra os ciclos da vida do indivíduo e algumas obrigações se extinguem enquanto outras nascem a partir do óbito. O elo entre essa afirmativa e as disposições do art. 1028 do Código Civil constitui o principal objetivo do presente estudo. O método de investigação adotado no trabalho é o dedutivo e a pesquisa realizada é de caráter bibliográfico. Os objetivos são exploratórios e descritivos e a abordagem é essencialmente qualitativa.

Palavras-chave

Óbito. Direito societário. Custos de transação. Análise econômica do direito.

Abstract

Human life is not eternal and death has consequences of various kinds, regardless of the present study its legal consequence. The death of the individual is, in law, the opening of the succession, from which the goods are transferred the ownership and possession of the deceased to the possession and ownership of their heirs, operating the share of these goods from the inventory-. The death brings legal and economic consequences that require detailed analysis of their effects. In corporate law death resonates even more apparent, especially since the death of a partner brings significant impacts to the continuity of business activity. Represents the resolution of the company in relation to the deceased, due to the legal provision for the settlement of their share and can also mean a change in the corporate structure or even the total dissolution of society in cases where it does not operate the liquidation quota, as provided in sections I to III of art. 1028 of the Civil Code. The economic analysis of law (AED) helps to predict the possible consequences of legal rules and how they influence social actors in each case, allowing the law professional to understand the likely effects that will come from different legal postures. As a result of the studies it is observed how important it is to study death from the perspective of transaction costs, which are those costs incurred by economic agents in the search for and acquisition of information and negotiation with other agents aiming to perform a transaction, as well as in making decisions about their achievement. The research shows that these costs can focus on before or after the death, which means that death entails costs *ex ante* and *ex post* costs. Example of costs *ex ante* checked especially in business are the harvest work affects corporate governance, which is characterized by a system that assures the government strategic partners owners of the company and the effective monitoring of the executive board. Thus, it is possible that a member or manager of a business, before you die, let it all strategically planned for after his death, or at least, so that when you die, your business associates and successors do not have major problems regarding the adequate pursuit of business activity. Otherwise, the member died without the early adoption of these measures may be higher transaction costs *ex post*, behold both society and the heirs of a deceased partner will need to take steps in order to continue the business or shut it down. Death ends life cycles of the individual and certain obligations are extinguished while others are born from death. The link between this statement and the provisions of art. 1028 of the Civil Code is the main objective of the present study. The research method adopted in the paper is the deductive and the survey is bibliographical. The objectives are exploratory and descriptive approach and is essentially qualitative.

Keywords

Death. Corporate law. Transaction costs. Economic analysis of law.

“Na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita os anseios no futuro. Esta é a verdade mais concreta, dura e incontestável”¹.

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

1. INTRODUÇÃO

A vida humana não é eterna e a morte tem consequências de diversas naturezas, importando ao presente estudo a sua consequência jurídica. O óbito do indivíduo representa, no direito, a abertura da sucessão, a partir do que os bens se transferem da titularidade e posse do falecido para a posse e titularidade de seus herdeiros, operando-se a partilha desses bens a partir da realização do inventário.

O óbito traz consequências jurídicas e econômicas que demandam análise pormenorizada de seus efeitos. No direito societário a morte de um sócio traz impactos significativos para a continuidade da atividade empresarial.

A morte pode representar a resolução da sociedade em relação ao sócio falecido, pois há previsão legal de liquidação de sua quota; mas também pode significar a alteração do quadro societário ou mesmo a dissolução total da sociedade nas hipóteses em que não se opera a liquidação da quota, como previsto nos incisos I a III do art. 1028 do Código Civil.

Visando uma abordagem diferente da dogmática tradicional, propõe-se a utilização da análise econômica do direito (AED), técnica que consiste em aplicar preceitos da economia ao direito para tentar compreender possíveis consequências das regras jurídicas e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, permitindo ao profissional do direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais.

Partindo dessa premissa metodológica, o estudo abordará o óbito sob o ângulo dos custos de transação, que são aqueles custos incorridos pelos agentes econômicos na procura e aquisição de informações e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisões acerca de sua concretização. Esses custos podem se concentrar em momento anterior ou posterior ao óbito, o que significa dizer que a morte comporta custos *ex ante* e custos *ex post*.

Exemplo de custos *ex ante* especialmente verificados na seara empresarial são os trabalhos afetos à governança corporativa, que se caracteriza por ser um sistema que assegura aos sócios o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva.

Assim, é possível que um sócio ou dirigente de empresa, antes de morrer, deixe tudo planejado estrategicamente para depois de sua morte ou, ao menos, para que quando venha a falecer, os seus sócios e sucessores não tenham maiores problemas quanto ao adequado processo de sucessão e o prosseguimento da atividade empresarial.

Do contrário, falecendo o sócio sem a adoção prévia dessas medidas, maiores poderão ser os custos de transação *ex post*, eis que tanto a sociedade

como os sucessores do sócio falecido precisarão empreender diligências no sentido de dar continuidade ao negócio ou encerrá-lo.

Assim, com a morte do indivíduo algumas obrigações se extinguem enquanto outras nascem. O elo entre essa afirmativa e as disposições do art. 1028 do Código Civil constitui o principal objetivo do presente estudo.

2. A MORTE NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Antes de adentrar nas sociedades empresárias é preciso compreender o regime geral de regulação do óbito de um sócio, o qual se dá a partir das regras das sociedades simples. O óbito de um sócio nesse tipo de sociedade desagua na liquidação de sua quota, com a resolução da sociedade em relação ao sócio falecido e os seus herdeiros e sucessores, além do cônjuge meeiro, os quais receberão os valores dos haveres pertinentes ao sócio que faleceu (CAMPINHO, 2008. p. 120).

Essa é a regra geral do art. 1028 do Código Civil que, embora esteja no capítulo afeto às sociedades simples tem sua aplicação estendida às sociedades empresárias, inclusive as limitadas, por força do disposto no art. 1053.

Assim, diversamente do que ocorre nas sociedades anônimas em que, não obstante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, a morte de um dos acionistas supõe a substituição por seus herdeiros, na sociedade limitada a situação é diversa, devendo-se aplicar a norma contida no art. 1028 do Código Civil (CHAVES, 2011, p. 3).

Há de se ressaltar, apenas, que esse dispositivo legal aplicável tanto às sociedades simples quanto às sociedades limitadas prevê situações nas quais a liquidação da quota não se aplica: se o contrato dispuser diferentemente; se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade ou se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Sobre essa hipótese, apesar da omissão legal, o acordo pode ser realizado não apenas entre os sócios e os herdeiros do falecido, mas também entre os legatários e o cônjuge meeiro sobrevivente. O acordo também poderá ser firmado nas hipóteses em que a sucessão não esteja prevista no contrato social da empresa (CAMPINHO, 2008. p. 120).

Já houve um tempo em que a ausência de previsão expressa no contrato social sobre a continuidade significava a dissolução integral da sociedade na hipótese de falecimento de um dos sócios. Mas a doutrina e a jurisprudência² foram, aos poucos, abandonando essa posição em decorrência do princípio da preservação da empresa, bem como de sua função social (NI-

² Vide REsp 846.331/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010

COLI, 2012, p. 35). Dessa forma, a morte do sócio tornou-se apenas causa de rompimento parcial dos vínculos contratuais da sociedade à qual ele pertencia.

A dissolução parcial da sociedade prevista no artigo 1028 do Código Civil, em virtude da morte de sócio, consagra, portanto, dois conceitos já assentes na doutrina e jurisprudência: a função social da propriedade e a preservação da empresa. Todavia, mesmo prevista a possibilidade de ingresso do herdeiro, sua inserção na sociedade somente poderá ser ajustada no momento do óbito e não por cláusula de previsão futura, dado o caráter *intuitu personae* da sociedade simples (ARNOLDI, 2011. p. 799).

Na mesma linha, o art. 1027 trata da morte do cônjuge do sócio ou da separação judicial deste — hipótese em que os herdeiros do cônjuge de sócio ou seu ex-consorte não podem integrar de forma automática a sociedade, especialmente em virtude do princípio da *affectio societatis*, inexistindo imposição legal aos sócios para que recebam no quadro societário pessoa que lhes é estranha (DINIZ, 2010, p. 709).

Essa consequência é fruto da dupla dimensão das quotas societárias. Uma primeira dimensão é de caráter pessoal, e envolve o conjunto de vínculos subjetivos que levou duas pessoas ou mais a unirem-se para formar uma sociedade. A segunda dimensão é de caráter patrimonial, porque envolve o valor monetário da quota. O direito cuida especialmente da segunda dimensão, porém silencia sobre a primeira dimensão havendo consenso de que a transferência não se opera, salvo anuência dos sócios remanescentes.

Assim, se ocorrer o falecimento de um dos sócios opera-se a sua desvinculação do quadro societário, mediante dissolução parcial da sociedade, após o que se procede a liquidação de sua quota, com a entrega dos recursos, se houver saldo positivo, aos herdeiros. Os herdeiros não ingressarão no quadro societário e terão direito apenas à partilha do que houver à época do óbito, não participando dos lucros e perdas posteriores à morte do sócio. (DINIZ, 2010, p. 709).

Nas situações em que houver previsão contratual acerca da possibilidade de ingresso dos sucessores do sócio morto, tão logo ocorra a morte do sócio a sociedade prosseguirá com os sócios remanescentes e com os sucessores daquele que morreu. De outro vértice, é preciso lembrar que os sucessores não podem ser obrigados a ingressar na sociedade se essa não for sua vontade (DINIZ, 2010, p. 709).

Ainda quanto aos efeitos *ex post* do falecimento do sócio, previu o legislador que os herdeiros responderão por dois anos pelas obrigações sociais anteriores à averbação da resolução da sociedade, o que demonstra que, apesar de não ingressarem na sociedade, sofrem os efeitos jurídicos do óbito do sócio.

A morte de sócio na sociedade limitada, por sua vez, pode ter consequências diversas. Para Fábio Ulhoa Coelho existem dois tipos de vínculos na sociedade limitada. Se a limitada é de vínculo instável a morte de sócio representa a dissolução parcial da sociedade, salvo se os sucessores e sócios sobreviventes estejam de acordo quanto ao ingresso dos sucessores na sociedade. Se for uma limitada de vínculo estável a morte não implica na dissolução parcial da sociedade, salvo se os sucessores e sócios sobreviventes concordarem em fazer a apuração de haveres (COELHO, 2012, p. 503).

Operando-se de um modo ou de outro, fato é que a participação societária, enquanto patrimônio do falecido, será atribuída, por sucessão *causa mortis*, ao herdeiro ou legatário do falecido (COELHO, 2012, p. 502), o que não importa a assunção de todos os direitos a ela inerentes. Com dito acima, a participação representada pela quota comporta duas dimensões, uma social, de cunho pessoal e insuscetível de transmissão e outra patrimonial, esta sim objeto específico da regulamentação normativa.

Já para a sociedade em comandita simples a lei estipula que no caso de morte de sócio comanditário, a sociedade continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente, salvo disposição diversa no contrato (art. 1050, CC).

Em todas as hipóteses acima as regras previstas contratualmente, ainda que não firmadas por nenhum dos herdeiros, são a eles aplicáveis, caracterizando de forma especial os contratos de sociedade, que possuem um complexo conjunto de direitos e obrigações que não atingem apenas os sócios que o firmaram. Com efeito, o contrato de sociedade não obriga somente os sócios, mas também seus herdeiros, ainda que estes não tenham firmado o instrumento. Dessa forma, é importante realizar uma gestão *ex ante* desses efeitos regulando o óbito no contrato social da sociedade.

Conclui-se que do evento morte redundam consequências jurídicas diversas, seja criando, extinguindo ou modificando direitos, e que uma abordagem através da AED é possível como adiante será demonstrado.

3. O ÓBITO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

O movimento conhecido como análise econômica do direito (AED), no qual a teoria dos custos de transação está inserida, caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica no exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas. Trata-se de um movimento interdisciplinar que sofre influências da ciência social econômica e busca aplicar o seu método ao direito e em especial sobre o direito de propriedade, responsabilidade civil e direito dos contratos.

Tendo como maior expoente Ronald Coase, mas contando com os preciosos trabalhos de Guido Calabresi e Richard Posner, a AED dedica-se ao estudo dos conceitos de eficiência, equilíbrio, custos de transação e falhas de mercado e se preocupa com o estudo da microeconomia, a qual abrange questões afetas ao consumidor; ao funcionamento e equilíbrio de mercado; à empresa e às estruturas do mercado na qual está inserida.

A priori, a ligação entre a morte e os estudos da AED não parece tão evidente. Todavia, como visto, o ato de morrer está repleto de consequências jurídicas e econômicas que demandam análise pormenorizada de seus efeitos. A sucessão, por exemplo, como evento jurídico decorrente da morte, está estritamente ligada a preceitos de política econômica que, na concepção de Ronald Coase, sintetiza a escolha de regras e procedimentos legais e estruturas administrativas com o fim de maximizar o bem-estar social (PINHEIRO E SADDI, 2005. P. 12).

Na perspectiva proposta por Coase as leis atuam sobre a atividade empresarial, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas (PINHEIRO E SADDI, 2005. P. 12): protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e a alienação desses direitos entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição: e regulam a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.

Assim, a AED contribui para prever as possíveis consequências das regras jurídicas, e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, de modo a ser possível ao profissional do direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008, p. 10/11). Neste ponto o estudo do óbito é possível e necessário porque a norma prevê consequências jurídicas e o contrato social pode também regulá-las, o que permite o uso da AED tanto no âmbito *ex ante* quanto *ex post*, para compreender a possível ou melhor decisão dos agentes envolvidos.

Assim, considerando que (i) o direito prescreve condutas e delimita o raio das escolhas dos indivíduos; (ii) que a produção normativa é realizada por indivíduos que escolhem e (iii) que os direitos são escassos, nada se revela mais apropriado que se valer da instrumentalidade da AED para descrever o fenômeno jurídico e prescrever como ele pode ser mais eficiente (CARVALHO, 2008, p.27/44).

4. A MORTE E SEUS CUSTOS DE TRANSAÇÃO *EX-ANTE* E *EX-POST*

Sob o viés econômico, a morte também propicia alguns resultados decorrentes da operacionalização dos chamados custos de transação, que são aqueles custos incorridos pelos agentes econômicos na procura e aquisição

de informações e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisões acerca de sua concretização, ou não, bem assim no monitoramento e exigência do cumprimento do que foi negociado (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 75).

No seu exemplo clássico, Coase argumenta que se a poluição de uma fábrica polui o rio e ocasiona a morte de peixes e esse fato é assumido como um efeito negativo, a questão que deve ser discutida é se o valor com a perda dos peixes será maior ou menor que o valor da produção da fábrica que causa a poluição. Assim, num mundo sem custos de transação não haveria diferença na alocação inicial dos direitos de propriedade.

Não existe, porém, um mundo sem custos de transação. O direito pode contribuir para sua redução e, na perspectiva ora sugerida, contribui para estudar como parceiros em uma transação protegem-se dos riscos associados às relações de troca (CAMPEÃO; DESOUZA, ET ALL, 2009). Ao reduzir estes riscos, reduzir-se-iam os custos de transação, fazendo surgir uma melhor estrutura. No caso do óbito de sócio, através do direito é possível reduzir os custos de transação associados a esse evento tão certo em nossa existência.

A inserção dos custos de transação na economia demonstra a importância do direito na determinação dos resultados econômicos, estudo a que se dedicam os teóricos da AED. Sob o ponto de vista econômico ou sob o ponto de vista jurídico, a morte tem um custo de transação que deve ser avaliado pelos que são atingidos por ela, que poderão decidir pela internalização ou externalização.

São internalizados os custos quando a empresa ou o indivíduo os toma exclusivamente para si; são, todavia, externalizados, quando a empresa ou indivíduo os repassa para terceiros.

Ocorre que existem obrigações que derivam de normas legais cuja aplicação independe da vontade das partes envolvidas, estabelecendo-se um custo de transação adicional que pode ser ou não internalizado pelas partes. Esses custos impactam sobre a tomada de decisão do agente econômico envolvido porque representam algum nível de oneração, ainda que não representados por dispêndios financeiros, já que também englobam o conjunto de ações que são necessárias para realizar uma determinada transação (SZTAJN, 2004, p. 9).

Quanto mais elevados os custos de transação maior a necessidade de intervenção jurídica, a fim de tornar mais eficientes as relações econômicas. Não quer isso significar que os critérios econômicos se sobreponham ao conjunto das relações jurídicas, mas que as orientem para que a decisão final seja a mais eficiente possível (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 4).

O entendimento de que o óbito de um dos sócios implica em dissolução total da sociedade vigorou até a edição do Código Comercial de 1850, a partir do que surgiu no ordenamento jurídico a possibilidade de os sócios convencionarem a continuidade da empresa com os remanescentes (CHAVES, 2012, p. 3), sendo possível a manutenção da sociedade independentemente da participação dos herdeiros.

O falecimento do sócio permite a visualização de dois cenários: a) a existência de estipulação contratual prévia sobre a sucessão *causa mortis* do sócio, conforme inciso I do art. 1028 do Código Civil ou, b) a ausência de qualquer previsão nesse sentido, consoante incisos II e III do mesmo artigo (NICOLI, 2012, p. 36).

Esses dois panoramas representam os dois tipos de custos de transação referidos. A previsão contratual sobre a sucessão em caso de morte de sócio está abarcada pelo conceito de custos de transação *ex ante*, eis que relacionada a diligências empreendidas antes do óbito com a finalidade de preparar a sociedade para o momento em que ele ocorrer.

Os sócios podem dispor em contrato, por exemplo, sobre a transmissão da condição de sócio aos herdeiros do falecido ou mesmo estabelecer que serão transmitidos apenas os haveres sociais (valor pecuniário), atribuindo aos herdeiros a condição de credores do valor das quotas sociais pertencentes ao sócio que morreu (NICOLI, 2012, p. 36). Neste caso, a fixação prévia da forma de obtenção do valor das quotas também contribui para reduzir os custos de transação derivados do óbito.

A ausência de previsão a respeito da morte de sócio, por sua vez, importará em custos de transação *ex post*, na medida em que, não havendo estipulação prévia acerca da ocorrência do evento morte, a continuação da sociedade dependerá da adoção, por parte dos sócios remanescentes, de diligências tendentes a dissolver a sociedade ou substituir o sócio falecido.

De um modo geral, no âmbito do direito societário, como exemplos de custos *ex-ante*, vale citar a confecção de codicilos, os testamentos, a constituição de *holdings* e os estudos para implementação da governança corporativa. Fora da esfera jurídica, os gastos com internamento em hospitais e compra de medicamentos, por exemplo, também representam custos *ex ante*.

Os trabalhos afetos à governança corporativa, que se caracteriza por ser um sistema que assegura aos sócios proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva também são exemplos típicos de custos de transação *ex ante*.

Consistente num conjunto de práticas administrativas destinadas a otimizar o desempenho das empresas e a proteger acionistas, clientes, fornecedores, funcionários e governo (OLIVEIRA, 2006, p. 17), a governança cor-

porativa assegura aos sócios equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados (accountability) e obediência às leis do país (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2008).

Uma de suas preocupações é lidar com o gerenciamento das relações entre os sujeitos envolvidos internamente à organização, com o propósito de impor modificações na estrutura organizacional da empresa, aumentando, com isso, sua performance financeira (MARTINS, SILVA, BARROS, TINOCO, 2005, p. 79/80).

Por essa razão é que se diz que os estudos e trabalhos destinados a implementar a governança corporativa representam *custos ex ante*, pois uma vez implementada tende a reduzir os custos financeiros e operacionais que eventualmente a sociedade possa ter com o falecimento de um sócio.

Para exemplificar os custos *ex post* cita-se a realização de inventário, as ações dos herdeiros para proteger a imagem dos falecidos, os gastos com velório e sepultamento³, a reorganização societária para a adequada redistribuição de competências internas quanto à gestão da sociedade, especialmente quando não houver no contrato social ou estatuto previsão quanto à morte dos seus sócios.

Outro exemplo de custos de transação *ex post* que merece destaque é a necessidade de pagamento do ITCMD (imposto sobre transmissão causa mortis e doação), tributo estadual devido por toda pessoa física ou jurídica que receber bens ou direitos como herança (em virtude da morte do antigo proprietário) ou como doação. A morte, aqui, repercute seus efeitos no direito tributário e, por conseguinte, na arrecadação do Estado. O ITCMD revela-se como um custo de transação *ex post*, eis que nasce a partir do evento morte.

A própria previsão contida no art. 1997 do Código Civil salienta a questão dos custos ao dispor que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido até o momento da partilha.

Tem-se, portanto, que a ocorrência do evento morte, ao menos na seara empresarial, é indissociável do conceito de custos de transação, sendo que estes se enquadrarão no aspecto *ex ante* ou *ex post* a depender dos atos que forem praticados em relação ao óbito: se destinados a evitar ou antever suas consequências jurídicas (*ex ante*) ou se tendentes a amenizar os efeitos potencialmente prejudiciais à empresa depois de ocorrida a morte (*ex post*). Neste ponto, a AED contribui significativamente para a redução desses custos de

³ O Código Civil, no art. 965, regula os créditos com privilégio geral e arrola dentre eles as despesas com funeral. A Lei n. 11.101/2005, que regula a falência e a recuperação do empresário, por seu turno, estabelece na classificação de credores os de privilégio geral, ou seja, no caso de falecimento podemos ter uma situação em que essas despesas poderiam ser exigidas na falência.

transação, a partir de uma regulamentação contratual que preveja e regule os efeitos da morte do sócio sobre a sociedade, os sócios remanescentes e os herdeiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morte encerra os ciclos da vida do indivíduo, mas não põe termo aos direitos e obrigações e ele imputáveis. Algumas obrigações se extinguem enquanto outras nascem a partir do óbito, não para o falecido, evidentemente, mas para seus herdeiros e sucessores.

Serve, assim, de impulso para a adoção de medidas prévias à sua ocorrência e como ponto de partida para a implementação de direitos e obrigações a seus sucessores. Daí a importância de se analisar o evento morte a partir da AED, pois as implicações do óbito repercutem seus efeitos no campo social, familiar, econômico e jurídico, com especial ênfase no direito empresarial.

Inúmeros questionamentos evidenciam a importância da análise econômica do óbito. Afinal, porque será que o indivíduo não pode dispor de todo o seu patrimônio em vida, devendo preservar o percentual de 50% correspondente à legítima? Por que é preciso pagar imposto ao Estado em virtude da transferência de patrimônio quando decorrente do evento morte?

Referidas indagações são só uma pequena amostra da necessária e inafastável interação do direito com a economia quando da superveniência do óbito. As normas legais que tutelam as relações jurídicas associadas à morte não foram criadas de forma aleatória. Certamente não é à toa, por exemplo, que o contrato de prestação de serviço estará encerrado quando um dos contratantes falecer (art. 607 do Código Civil)

O legislador estudou os impactos que a morte do contratante pode representar em dada relação jurídica e, sopesando as consequências decorrentes da manutenção do contrato ou de sua extinção automática a partir do óbito, decidiu pela segunda opção, que encontra amparo nos preceitos da AED e dos custos de transação.

Também não foi por acaso que o legislador elegeu a morte de sócio como causa de liquidação de sua quota, como regra geral, admitindo, porém, que se tome outro rumo em decorrência de disposição contratual específica em contrário (custos *ex ante*) ou por escolha dos herdeiros do falecido ou dos sócios remanescentes (custos *ex post*), consoante previsão do art. 1028 do Código Civil.

O interesse na preservação e na continuidade das atividades empresariais certamente foi um dos aspectos motivadores de tal preceito legal. E essa visão mais ampliada do direito empresarial, com a preocupação de tornar

mais efetivo o próprio direito a partir de uma leitura econômica de seus efeitos é a razão de ser da AED.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo R. Colombo. In. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). CHINELLATO, Silmara Juniy (coord.). **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4 ed. Barueri: Manole, 2011.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito da empresa à luz do novo Código Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Cristiano. MATTOS, Ely José de. Entre princípios e regras: uma proposta de Análise Econômica no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N. 157. p. 27/44. Outubro 2008. São Paulo.

CHAVES, Natália Cristina. **O falecimento de sócio na sociedade limitada**. *Ecivitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, Belo Horizonte*, vol. IV, n. 2, dez-2011. ISSN: 1984-2716. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/>. Acesso em: 28 ago. 2013.

COASE, Ronald. *The Problem of the Social Costs*. *Journal of Law and Economics* (October 1960).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Código comercial e legislação complementar anotados**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança corporativa**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=17>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

MARTINS, Sandro Miguel; SILVA, Thames Richard; BARROS, Alexandre Silva de; TINOCO, João Eduardo Prudêncio. Governança Corporativa: Teoria e Prática. *E-Gesta. Revista eletrônica de Gestão de Negócios, Santos*, v. 1, n. 3, out/dez.2005, p. 76-90. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/mestrado/gestao/egesta/artigos/45.pdf>>. Acesso em 28 ago 2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NICOLI, Leopoldo da Cunha. **A resolução da sociedade limitada em virtude do falecimento de um sócio: um embate entre o direito das sucessões e o direito de empresa**. 2012. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade

de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2012/leopoldodacunhanicoliaresolucaodasociedadelimitada.pdf>>. Acesso em: 27 ago 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Governança corporativa na prática**. São Paulo: Atlas, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno M. *O que é Pesquisa em Direito e Economia?* In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>. Acesso em 01/07/2012.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia. Análise Econômica do direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS E SUA REPERCUSSÃO INTERNA

*Flávia Soares Unneberg**
*Álisson José Maia Melo***

Resumo

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão internacional de grande valia para a reafirmação da importância de o Direito interno dos Estados que se submetem à sua jurisdição priorizar a concretização dos diversos tratados de direitos humanos por eles ratificados. Sua jurisprudência tem o condão de expor mundialmente as violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados, e comina sanções que repercutem inequivocamente na comunidade internacional. O presente estudo visa apontar sinteticamente os casos em que o Brasil foi demandado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e analisar se o Estado brasileiro efetivamente buscou adimplir suas obrigações na qualidade de sucumbente face às vítimas das violações de direitos reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentenças condenatórias do Estado brasileiro. Efetivação de direitos humanos no plano interno.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights is an international body of great value to reassert the importance in prioritizing the domestic law of those states which are subject to its jurisdiction to achieve the various human rights treaties by them ratified. Its jurisprudence has the power to globally expose violations of human rights perpetrated by national states, and imputes sanctions that unequivocally resonate in the international community. This study aims to briefly point out the cases in which Brazil was sued in the Inter-American Court of Human Rights, and analyze whether the Brazilian state effectively sought due perform its obligations as defeated party face to victims of violations of rights recognized by the Inter-American Court of Human Rights.

* Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia/Instituto Luiz Flávio Gomes. Promotora de Justiça do Estado do Ceará.

** Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (PPGD/UFC). Mestre em Direito pela UFC. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (Fa7). Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce).

Keywords

Inter-American Court of Human Rights. Condemnatory sentences of the Brazilian state. Enforcement of human rights at the domestic level.

INTRODUÇÃO

Em virtude da globalização, as distâncias nunca foram tão curtas entre indivíduos e sociedades, e a realidade das relações jurídicas se imbrica de forma tal que não se pode mais tratar os ramos do Direito como coisas estanques. Não se justifica que os Direitos Internacional, Constitucional e Administrativo sejam compartimentalizados. As modificações intestinas dos Estados geram nítidas repercussões no cenário internacional, bem como a dinâmica transnacional que responde a elas também ocasiona novas respostas. No seio dessa tensão se encontra a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH), tribunal internacional sediado na Costa Rica, em vigor desde 1978, com vinte e quatro Estados signatários, entre eles o Brasil. Em poucas décadas de existência, a Corte vem trazendo sólida jurisprudência para o continente americano em matéria de direitos humanos.

A CORTEIDH, em seus pronunciamentos, tem obrigado países a implementar políticas públicas, investigar e punir responsáveis por violações de direitos humanos, indenizar vítimas e familiares, e adotar medidas de alteração legislativa. Previsões que, a despeito de se aparentarem afrontadoras de uma pretensa soberania interna estatal, induzem os Estados a condutas proativas de efetivação de direitos humanos dentro do Direito interno, além de publicizarem à comunidade internacional e nacional situações de violação de direitos humanos que impõem uma atitude pelo Estado condenado.

Embora nossa Constituição de 1988 tenha sido rica em matéria de direitos fundamentais, influenciada inclusive pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), observa-se que no Brasil ainda são praticadas muitas violações a direitos humanos, cujas investigações são negligenciadas. Alguns desses casos já chegaram à CORTEIDH, vindo a condenar o Brasil. Nesse sentido, serão objeto de estudo analítico as medidas tomadas pelo Brasil nas sentenças da CORTEIDH em que ele fora condenado, a saber, as prolatadas nos Casos Ximenes Lopes, Garibaldi, Escher e outros e Carlos Lund e outros, determinando a mitigação da discricionariedade da Administração Pública para efetivação dos direitos humanos.

1 O BRASIL E A JURISDIÇÃO DA CORTEIDH

A Constituição da República de 1988, que representou um grande avanço no processo de redemocratização do país após regimes ditatoriais, afirma no seu art. 4º, inc. II, que o Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos para orientar o Estado em suas relações internacionais.

A Constituição mostrou uma notável abertura ao Direito Internacional e, sobretudo, aos direitos fundamentais¹, ostentando um vultoso número de disposições protetivas à semelhança das disposições da CADH².

Não obstante o viés democrático insurgente, o Brasil optou por não se submeter à jurisdição do órgão de direitos humanos no momento da ratificação da Convenção Americana. Embora o Brasil tenha ratificado a CADH pelo Decreto nº 678/1992, apenas veio a reconhecer a competência contenciosa da CORTEIDH pelo Decreto Legislativo nº 89/1998, depositando o aceite junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998, com cláusula temporal de competência cujo termo *a quo* da jurisdição da Corte seria a data da promulgação do ato normativo de reconhecimento³.

As sentenças da Corte Interamericana possuem eficácia imediata na ordem jurídica interna do Brasil, com cumprimento *sponte sua* pelas autoridades do Estado demandado⁴. Lamentavelmente, o que ainda se observa no Brasil, pela análise dos casos concretos em que foi vencido, é a mora administrativa no pagamento das indenizações prolatadas pelas sentenças da Corte. Na ausência de atuação estatal, ao Ministério Público Federal incumbe ajuizar a União⁵ a fim de garantir o cumprimento das sentenças da CORTEIDH, que valem como título executivo no Brasil. Contudo, o regime de precatórios desponta como obstáculo de difícil transposição nesses casos, em que pese vozes em contrário⁶. Mesmo razoável a divergência, não há norma nacional

¹ ALEXANDRINO apud GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 270.

² Exceto no tocante à prisão civil do depositário infiel, fato que fora superado por entendimento tardio do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria. V. item 3.3.

³ Não alcançando, portanto, eventuais violações praticadas antes do aceite. Nada obstante, há precedentes da Corte reconhecendo, em caso de violações que se protraem no tempo, como os crimes permanentes, tais como os desaparecimentos forçados, não se haver de falar em efeito *ex nunc* do reconhecimento de sua competência contenciosa. Este pronunciamento foi adotado nas sentenças prolatadas nos casos *Garibaldi vs. Brasil*, *Gomes Lund vs. Brasil*, entre vários outros também de outros países. E aliás é o que prescreve a Opinião Consultiva n. 14, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴ O art. 68, 2, da Convenção Americana, que permite que as sentenças da Corte que determinem indenização compensatória sejam executadas pelas regras do direito processual interno para as execuções contra a Fazenda Pública, não obsta a que o Estado atue imediata e espontaneamente na execução da determinação judicial, até mesmo porque irrazoável seria que a vítima ou sua família fosse submetida a mais um longo período de tempo buscando a consecução de um seu direito já reconhecido em sentença irreversível.

⁵ A União eventualmente poderá se valer do direito de regresso contra eventual responsável imediato pela violação que causou a condenação internacional da República Federativa do Brasil.

⁶ André de Carvalho Ramos (apud MAZZUOLI, **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano**. São Paulo: RT, 2011, p. 345-346) entende que, no caso de desídia estatal, a ordem dos precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal deveria ser afastada, visto que acarretaria mais um atraso favorável ao Estado negligente e pernicioso aos interesses da vítima e/ou de seus fami-

que excepcione a utilização dessa *via crucis* especificamente para execução das sentenças da Corte⁷, dificuldade verificada também em outros países sul-americanos⁸.

2 DAS CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A CORTEIDH

O Brasil tem contra si apenas quatro condenações perante a CORTEIDH, tendo sido nela demandado por cinco ocasiões até o presente. Contra o Brasil também foram expedidas pela Corte até o presente várias medidas provisionais, cujo intuito é acautelar direitos de pessoas envolvidas nos feitos em andamento⁹. Nas próximas linhas são apresentados os casos julgados em desfavor do Estado brasileiro pela CORTEIDH¹⁰.

2.1 Ximenes Lopes *versus* Brasil

Damião Ximenes Lopes, 30 anos, deficiente mental, morava com sua mãe, mas devido a uma crise de agressividade foi conduzido para tratamento no dia 1º de outubro de 1999 à Casa de Repouso Guararapes, localizado em Sobral, Estado do Ceará. Três dias depois, sua mãe, durante visitação, encontrou seu filho amarrado em uma cadeira com hematomas, sangrando e gritando pela polícia. O médico da Casa de Repouso foi acionado, lhe aplicou um medicamento e saiu do estabelecimento sem deixar substituto. Horas depois, Damião veio a  bito. Todavia, no laudo médico não havia menção aos hematomas, constando apenas como *causa mortis* parada cardiorrespiratória.

liares, entendendo que se deve equiparar a prestação indenizatória constante da sentenç a com uma obrigação alimentar, e assim sujeita a uma ordem diferenciada e mais célere de pagamento.

⁷ Tramita ainda no Congresso Nacional o Projeto de Lei não 4.667/2004, que dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, sob o fundamento de que o Brasil ainda não vem respeitando como deveria as sentenç as emanadas de tais organismos.

⁸ A título ilustrativo, pode-se apontar a Venezuela e o Equador.

⁹ Vale mencionar que as medidas provisórias foram prolatadas pela Corte em relação aos casos da Penitenciária Urso Branco, em Rondônia; da Unidade de Internação Socioeducativa do Espirito Santo; no tocante às pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, Estado de São Paulo; no Caso Gomes Lund, este já sentenciado pela Corte em 2010 e no caso das crianç as e adolescentes privados de liberdade na FEBEM do Complexo do Tatuapé, em São Paulo.

¹⁰ No caso Nogueira de Carvalho, alegou-se responsabilidade do Estado brasileiro por falhas na investigação e apuração judicial do homicídio de Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, advogado militante na defesa dos direitos humanos na região de Maca ba, Estado do Rio Grande do Norte, em 20 de setembro de 1996. Em sentenç a de 20 de outubro de 2006, a Corte entendeu inexistir responsabilidade do Brasil por violação a direitos humanos, por ausência de provas da inação estatal, afastando-se da apreciação meritória da Corte a violação ao direito à vida da vítima, visto que o óbito se deu antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana pelo Brasil.

A irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes Miranda, apresentou a denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 22 de novembro de 1999. Acionado, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia-crime em 27 de março de 2000, aditando-a em 22 de setembro de 2003. A peça acusatória foi recebida pelo juízo competente em 17 de junho de 2004. A mora acarretou a submissão do caso à Corte somente em 1º de outubro de 2004, por violações aos arts. 4º, 5º, 8º e 25 da CADH, os direitos humanos à vida, à integridade física, às garantias judiciais e à proteção judicial.

O Brasil veio a reconhecer parcialmente sua responsabilidade pelo ocorrido, e, prolatada em 4 de julho de 2006, a sentença internacional obrigou a investigar e punir com celeridade os responsáveis e a capacitar os profissionais da área psiquiátrica e de saúde mental em geral, além de pagar indenização à família da vítima por danos materiais e morais. O caso traz consigo uma dupla relevância, seja para a CORTEIDH, pois foi o primeiro caso julgado cuja vítima padecia de problemas mentais, seja para o Estado brasileiro, como a primeira condenação do país perante referido Tribunal.

Importa frisar o papel da Corte em exigir, a título de condenação, a obrigação de a Administração Pública brasileira empreender esforços para efetivar políticas públicas de capacitação de profissionais de saúde mental, deixando para o Estado somente a apreciação sobre a conveniência ou oportunidade relativamente ao *modus operandi*.

O Decreto Presidencial nº 6.185/2007 autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República ao pagamento das indenizações devidas. Todavia, em 17 de maio de 2010, em sede de supervisão de cumprimento da sentença, a Corte constatou que a investigação penal dos culpados permanecia pendente.

2.2 Escher e outros *versus* Brasil

Cuida o caso de interceptação ilegal pela Polícia Militar do Estado do Paraná de conversas telefônicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, ocorridas entre abril e junho de 1999. Em 26 de dezembro de 2000 a denúncia foi levada à CIDH pela Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares e pela Justiça Global, por violação aos arts. 8º, 11, 16 e 25 da CADH. Sem êxito nas tentativas de soluções pacíficas e não cumpridas as recomendações da Comissão, em 20 de dezembro de 2007 o caso foi submetido à CORTEIDH.

Aos 6 de julho de 2009 a Corte condenou o Brasil pela violação dos direitos a garantias judiciais e a proteção judicial¹¹. A condenação estabeleceu a obrigação de o Estado investigar os responsáveis pela interceptação e divulgação ilegal das conversas telefônicas, publicar em Diário Oficial e em sites oficiais da União Federal e do Estado do Paraná a decisão proferida, além de pagar as indenizações fixadas pela sentença.

Em abril de 2010 foi editado o Decreto Presidencial nº 7.158/2010, autorizando a Secretaria de Direitos Humanos a promover as medidas necessárias ao cumprimento da sentença, constando pendências no cumprimento integral da determinação da Corte.

2.3 Garibaldi *versus* Brasil

A demanda em questão se refere à responsabilidade estatal pelo descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo Garibaldi, 52 anos, ocorrido em 27 de novembro de 1998, durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná.

Denunciaram à CIDH, em 6 de maio de 2003, a Justiça Global, a Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Os denunciantes solicitaram à Corte a declaração de violação aos arts. 8º e 25 da CADH, por violação às garantias judiciais e à proteção judicial, com relação à obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e ao dever de adotar medidas legislativas e de outro caráter no âmbito interno, previstos, respectivamente, nos arts. 1º.1 e 2, e em consideração às diretrizes emergentes do art. 28 do mesmo instrumento, em prejuízo de Iracema Cioato Garibaldi, viúva de Sétimo Garibaldi, e seus seis filhos, todos qualificados como vítimas do fato submetido a julgamento.

Em 24 de dezembro de 2007 o caso foi submetido à Corte, e ingressaram como *amici curiae* os Núcleos de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e da Fundação Getúlio Vargas Rio, bem como a Coordenadoria dos Movimentos Sociais do Paraná. A sentença da Corte foi prolatada em 23 de setembro de 2009 arbitrando indenização aos familiares de Sétimo Garibaldi¹², a publicação da sentença em Diário Oficial e

¹¹ Desconsiderando-se Eduardo Aghinoni como vítima tendo em vista seu óbito que teria sido anterior às violações deduzidas.

¹² O Brasil chegou a suscitar como exceção preliminar a ausência de jurisdição da Corte, considerando que a morte de Sétimo Garibaldi se deu antes do reconhecimento de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana pelo Brasil, que se deu em 10 de dezembro de 1998. A Corte reconheceu em parte a alegação do demandado no que tangia ao suposto sofrimento prévio ao falecimento da vítima, reafirmando sua competência no que concernia às omissões relacionadas com a investigação da morte de Garibaldi após 10 de dezembro de 1998, diante do dever de garantia decorrente do artigo 4º da Convenção Americana. Ademais, o Estado Brasilei-

sites oficiais da União e do Estado do Paraná e a efetiva investigação do caso e em prazo razoável, além de apurar as possíveis faltas funcionais dos agentes públicos envolvidos na ação.

O Brasil cumpriu parcialmente a decisão, publicando o teor da sentença no Diário Oficial da União de 10 de fevereiro de 2010 e no Diário Oficial do Estado do Paraná no dia 7 de maio de 2010¹³. Meses depois, veio o Decreto nº 7.307/10, que autorizava a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República a promover o pagamento das indenizações impostas pela sentença da CORTEIDH.

2.4 Gomes Lund e outros *versus* Brasil (“Caso Guerrilha do Araguaia”)

Denominou-se “Guerrilha do Araguaia” o movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do então novo Partido Comunista do Brasil, entre as décadas de 60 e 70¹⁴. Na primeira metade da última década, um contingente entre três e dez mil integrantes das Forças Armadas e das Polícias Federal e Militar empreendeu campanhas de informação e repressão contra os membros do levante, com ordens para deter os prisioneiros e sepultar os inimigos mortos na selva, depois de sua identificação. Em 1973, o Presidente da República, General Emílio Garrastazu Médici, ordenou o extermínio do grupo, assumindo diretamente o controle sobre a repressão. Os corpos das vítimas¹⁵ até hoje não foram encontrados e as Forças Armadas se negaram a abrir os seus arquivos. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros na região.

Sancionada a Lei nº 6.683/79, foi concedida anistia geral a todos os participantes do golpe militar e aos acusados de crimes políticos e eleitorais e aos conexos, todos compreendidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Posteriormente, a Lei nº 9.140/95 definiu a indenização aos familiares e vítimas de pessoas desaparecidas por violações de direitos fundamentais cuja

ro, por ter ratificado a Convenção Americana em 1992, independentemente de reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte, estaria obrigado desde aquele ano a cumprir os regramentos emanados da Convenção, dentre eles a investigação e sanção de violações ao direito à vida.

¹³ ALTHAUS, Ingrid Giachini; BERNARDO, Leandro Ferreira (Orgs.). **O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Iglu, 2011, p. 124.

¹⁴ Esse movimento opunha-se ao regime político vigente, e instalou-se na região conhecida como “bico do papagaio” (confluência dos Estados do Pará, Maranhão e Tocantins), próxima ao Rio Araguaia, para, a partir dali, oferecer resistência armada à ditadura militar. No início, quedaram-se incógnitos na região juntamente com a população local. Ao serem descobertos, o Exército brasileiro, no lapso entre 1972 e 1974, desenvolveu operações secretas visando debelar o foco insurgente. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia, a Guerrilha contava com cerca de 75 pessoas.

¹⁵ Além dos guerrilheiros, muitos lavradores e lavradoras humildes foram torturados e alguns foram escravizados para servirem de guia aos militares dentro da selva.

responsabilidade recaia ao Governo¹⁶. A despeito da lei, as investigações e punições foram negligenciadas¹⁷.

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas* peticionaram à CIDH em nome de pessoas desaparecidas e seus familiares na “Guerrilha do Araguaia”. A demanda alegava a responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas, entre integrantes da “Guerrilha do Araguaia” e camponeses da região, no lapso entre 1972 e 1975, em um contexto político de ditadura militar.

A CIDH, em 6 de março de 2001, admitiu o pedido e, em 31 de outubro de 2008 apreciou o mérito, com recomendações a serem adimplidas pelo Estado brasileiro no prazo de dois meses. O Brasil recebeu o relatório em 21 de novembro de 2008, mas não implementou satisfatoriamente as medidas recomendadas pela Comissão, o que ensejou a submissão do caso à CORTEIDH em março de 2009. As violações de direitos humanos subsumiam-se aos arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13 e 25 da CADH, que preveem os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e à liberdade pessoais, às garantias judiciais, à liberdade de pensamento e expressão e à proteção judicial, todos em conexão com os arts. 1º.1 e 2º.

O Brasil contestou em 31 de outubro de 2009, postulando preliminarmente o reconhecimento da incompetência da Corte tanto *ratione tempore*, visto que as supostas violações teriam ocorrido antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil¹⁸, quanto pela ausência de esgotamento dos recursos internos¹⁹. No mérito, o Brasil requereu a improcedência dos pedidos por ausência de interesse de agir, em virtude da promulgação da Lei nº 9.140/95 com pagamento de indenizações a familiares de 59 supostas vítimas, e da publicação do livro “Direito à Memória e à Verdade —

¹⁶ Dispõe o art. 1º que são reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas desaparecidas entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 acusadas de participação de atividades políticas.

¹⁷ Como já ocorrido em outros Estados, obrigando a que a CORTEIDH se pronunciasse em diversas ocasiões sobre o tema. Pode-se ilustrar com os Casos Loayza Tamayo vs. Peru e Caso Barrios Alto vs. Peru, cujas sentenças são de 27/11/1998 e 14/03/2001, respectivamente.

¹⁸ De fato, os desaparecimentos ocorreram na década de 70, antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da CORTEIDH, mas o desaparecimento dos corpos e dos responsáveis pelas violações continuaram impunes, visto que a Lei da Anistia de 1979 obstruiu a devida persecução criminal. Por se tratarem de crimes instantâneos de efeitos permanentes, a Corte reafirmou sua competência para o caso.

¹⁹ O país alegou a existência de cinco ações judiciais sobre o tema, quais sejam, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, a Ação Ordinária 82.00.024682-5, a Ação Civil Pública 2001.39.01.000810-5, a ação penal privada subsidiária para persecução penal dos crimes de ação pública e as solicitações de indenização feitas por ocasião das Leis nº 9.140/95 e 10.559/02, requerendo o arquivamento do processo por ausência de interesse processual dos postulantes.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, em 2007, em que se estabeleceu a versão oficial sobre os fatos objeto da ação.

Entendendo que ações de cunho reparatório não afastariam sua competência jurisdicional, a Corte reconheceu a irrazoabilidade da mora nas ações judiciais no Brasil, o que superou, junto com a alegação de preclusão temporal de se pronunciar quando da tramitação do feito na CIDH, o argumento do não-esgotamento dos recursos internos, para permitir o julgamento meritório da causa. Ao decidir a causa, a Corte Interamericana deixou claro que sua atuação não implicaria a adoção de uma quarta instância recursal, mas sim um suposto “controle de convencionalidade” da Lei de Anistia com as obrigações internacionais constantes da CADH, cabendo ao Estado signatário garantir que as causas penais como as objeto da atuação estatal sejam examinadas não na Justiça Militar, mas sim na jurisdição ordinária, ainda que os perpetradores dos delitos tenham sido militares. Vale ressaltar que a CORTEIDH entende que as leis internas de anistia que impeçam a investigação e sanção de graves violações a direitos humanos são incompatíveis com a CADH, e, portanto, são destituídas de efeitos jurídicos, tendo assim decidido não apenas no caso Gomes Lund²⁰.

3 OS PODERES BRASILEIROS PERANTE AS DECISÕES DA CORTEIDH

Da análise da atuação do Estado brasileiro diante das sentenças da CORTEIDH, fácil é concluir a ausência de engajamento dos Poderes no cumprimento delas, máxime das modificações legislativas imperiosas para a prevenção de novos acontecimentos como os que vitimaram as pessoas envolvidas nos casos submetidos à apreciação da Corte. Sem este compromisso, inviável será a plena consecução dos objetivos colimados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos em território brasileiro.

²⁰ No emblemático caso *Barrios Alto versus Peru*, pela primeira vez, a Corte entendeu inválida uma lei de anistia, o que também se repetiu no Caso *Almonacid Arellano versus Chile*. A incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, em hipóteses de violações dos direitos humanos, já foi reconhecida por diversas vezes dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em casos envolvendo Argentina, Haiti, Chile, El Salvador e Peru. Precedentes afirmam que as leis de anistia ou medidas legislativas similares que obstam ou dão por concluídos a investigação e o julgamento de agentes estatais acusados de violações de direitos humanos afrontam os instrumentos internacionais de proteção. Tribunais Penais Internacionais já se posicionaram no sentido de ser paradoxal manter a proscricção das violações graves dos direitos humanos e, concomitantemente, aprovar medidas estatais que as autorizem ou perdoem seus autores. O mesmo posicionamento é sustentado tanto pelo Tribunal Penal da Iugoslávia quanto pelo Tribunal Especial para Serra Leoa, estando também presente nos Estatutos que criam o Tribunal Especial para o Líbano e as Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja.

3.1 Poder Executivo e discricionariedade administrativa

Em matéria de direitos humanos não se deveria falar em atuação administrativa discricionária da Administração no cumprimento das sentenças prolatadas por um tribunal internacional. A legitimidade das escolhas administrativas ocorre também pela eficácia²¹, e, nesse sentir, as decisões da CORTEIDH trazem não só a legitimidade ínsita à jurisdição internacional como ainda uma pretensão de eficácia, um desiderato de buscar soluções efetivas para problemas de implementação dos direitos humanos dentro da jurisdição interna dos Estados-partes da CADH. Não há, pois, margem de valoração à Administração Pública para optar por cumprir as obrigações que da Corte emanam²².

Aliás, a noção de discricionariedade administrativa é usada ao mesmo tempo como desculpa para os arbítrios já condenados pela Corte e como barreira para a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. As normas de direitos humanos, diante dos interesses a que visam proteger, alternativa não possuem senão serem compreendidas como de aplicação vinculada pelas Administrações Públicas, sendo estas obrigadas a guardar consonância com os princípios e regras de direitos humanos aprovados internamente. Ademais, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo é postulado inafastável no aparente conflito de normas de Direito interno e de Direito Internacional, incumbindo a este determinar a prevalência da norma mais favorável²³.

A juridicidade dos atos administrativos, inclusive os discricionários, vai abranger não somente a legalidade como também a compatibilidade com a principiologia constitucional. Na fase de incertezas pós-positivistas no Direito ocidental, da prevalência do “direito por princípios”, mister se faz rever a concepção de discricionariedade, para reduzir a zona de vedação do controle judicial ao mérito do ato administrativo, autorizando margem de controle de razoabilidade²⁴.

Nesse diapasão, a Administração Pública, em todas as suas esferas, deve guardar compatibilidade de sua atuação à luz dos direitos humanos por

²¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

²² Neste sentido, FREITAS, *ibidem*, p. 19: “O Estado da escolha administrativa legítima deve ser, escrupulosamente, o *Estado da proporcionalidade*, em lugar de aparato propício a excessos ou tendente a omissões. Urge, pois, instaurar uma série de novos hábitos no bojo das relações administrativas, libertando-as do voluntarismo associado aos ‘poderes exorbitantes’ e aos *sectarismos que opõem a discricionariedade destemperada ao controle não menos excessivo*.” (grifos no original).

²³ Que determina o cumprimento invariável da CADH, ainda que contrarie dispositivo constitucional menos protetivo.

²⁴ Vide, na íntegra, MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

ela mesma reconhecidos, prestigiados na Constituição e nos tratados internacionais ratificados, não cabendo ao Poder Executivo negar efetividade às sentenças nas quais foi condenado, sob pena inclusive de incidir em nova responsabilidade internacional e gerar repercussão negativa dentro da própria comunidade interna. Entretanto, nas condenações à realização de políticas públicas, a exemplo do caso Ximenes Lopes, resta para a Administração margem decisória relativamente ao *modus operandi*, sobre o qual não podem substituir nem a Corte, nem o Poder Judiciário.

3.2 Poder Legislativo

O Poder Legislativo brasileiro, representando tanto as aspirações populares quanto os interesses dos Estados federados, também assume o papel de conferir eficácia aos preceitos emanados da CORTEIDH. As sentenças prolatadas na Corte preveem medidas reformadoras da legislação interna, envolvendo a anulação de leis ou modificação de critérios normativos visando adequar o ordenamento jurídico interno aos termos da CADH, como no Caso Gomes Lund em relação à legislação sobre anistia, considerada incompatível com os postulados internacionais pela Corte. Em casos de outros países também houve pronunciamentos da Corte exigindo alterações legislativas no Direito interno²⁵, não sendo possível furta-se o legislador brasileiro de sua missão constitucional de preservar a ordem jurídica interna conforme a disciplina internacional ratificada pelo país. Ademais, o Poder Legislativo federal é o único competente para excepcionar a forma de pagamentos de indenizações das condenações internacionais.

Ainda a respeito do Caso Gomes Lund, em 18 de novembro de 2011 foi publicada a Lei nº 12.528, que instaurou na Casa Civil da Presidência da República a Comissão da Verdade, tal qual exigida pela decisão da CORTEIDH, tendo vigência preestabelecida por dois anos, para a apuração das violações de direitos humanos a que alude, entre outros, o Caso Araguaia. Em 16 de maio de 2012 foram empossados os membros da referida Comissão, escolhidos pela Presidente Dilma Rousseff²⁶.

3.3. Poder Judiciário

Quanto ao Poder Judiciário pátrio, observa-se que, passados quase vinte anos da adoção da CADH pelo Brasil, diversos Tribunais ainda não a

²⁵ Mais exemplos são encontrados nas sentenças dos Casos do Tribunal Constitucional do Peru *vs. Peru*; *Caesar vs. Trinidad y Tobago*; *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.

²⁶ A saber: José Carlos Dias, ex-Ministro da Justiça; Gilson Dipp, Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Rosa Maria Cardoso da Costa e José Paulo Cavalcanti Filho, advogados; Cláudio Fonteles, ex-Procurador-Geral da República; Paulo Sérgio Pinheiro, ex-Secretário de Direitos Humanos e Maria Rita Kehl, psicanalista.

adotam como fundamento para suas manifestações. Em pesquisa na base de dados do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), causa espécie a parca menção ao termo “Convenção Americana de Direitos Humanos” nos Acórdãos²⁷. Considerando que os TRFs são os competentes para processar e julgar demandas envolvendo Direito Internacional, bem como o STF e o STJ, por missão constitucional, conclui-se por um hermetismo injustificado destes Tribunais por acolher a CADH como instrumento jurídico internacional hábil à proteção de direitos também no plano interno.

O Poder Judiciário, como função de estatura constitucional, tem o dever de delimitar os parâmetros de jurisdição sem se olvidar da contribuição inestimável da jurisprudência e das orientações da CORTEIDH, servindo de referência para futuras construções jurisprudenciais do Poder Judiciário nacional²⁸. Nessa linha interpretativa, não era mais possível entender constitucional a prisão do depositário infiel a partir da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, diante da expressa disposição que restringe a privação da liberdade em matéria civil apenas em relação ao débito alimentar, levando décadas o reconhecimento pelo STJ, que sumulou a questão apenas em 11 de março de 2010²⁹.

Da mesma forma, no âmbito do STF, julgou-se improcedente a ADPF nº 153, em 29 de abril de 2010, entendendo a Lei de Anistia como passo redemocratizador do país, parte de um movimento legítimo de conciliação nacional³⁰ que visa à pacificação social e o êxito da transição para a democratização e que tal legislação não teria consistido em uma autoanistia³¹. A despeito de a CORTEIDH já ter sedimentado seu entendimento sobre sua incompatibilidade com a CADH, resta demonstrado que inclusive o Poder Judiciário não está imune a olvidos no tocante à efetivação dos direitos hu-

²⁷ Pesquisa meramente exemplificativa e não exaustiva realizada na base de dados dos *sites* do STF, STJ, e TRFs da 1ª a 5ª Regiões realizada no dia 20 de novembro de 2011 tendo como parâmetro de pesquisa o termo “Convenção Americana de Direitos Humanos”, frase exata. Efetuando-se a pesquisa nos *sites* dos Tribunais mencionados, utilizando-se os termos “Convenção Americana de Direitos Humanos”, e aceitando-se somente a hipótese “frase exata” em todas as pesquisas, constatou-se apenas 144 menções do termo em Acórdãos do STF, 234 menções no STJ, 32, 07, 17, 215 e 08 menções, respectivamente, em Acórdãos dos TRFs da 1ª à 5ª Regiões.

²⁸ Como ilustram ALTHAUS, Ingrid Giachini; BERNARDO, Leandro Ferreira (Orgs.), *op. cit.*, p. 83, na Argentina a iniciativa da invalidade da legislação intestina sobre anistia partiu da própria Corte Suprema de Justiça, que em 2005, ao decidir o caso Simón, Héctor e outros, anulou duas leis que representavam grave obstáculo ao conhecimento e julgamento dos fatos que ocorreram durante o regime ditatorial daquele país, ocorrido entre 1976 e 1983, apoiando sua decisão em precedentes da CORTEIDH, como os casos Barrios Altos vs. Peru, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Blake vs. Guatemala, entre outros.

²⁹ Cuida-se da Súmula 419, que dispõe: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

³⁰ ALTHAUS; BERNARDO, *op. cit.*, p. 82.

³¹ Aduziu-se ainda que a revisão da Lei de Anistia incumbiria ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário.

manos em território intestino, carecendo de uma ligação mais profunda com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, mais especificadamente, com o trabalho desenvolvido pela CORTEIDH em sua dúplice função consultiva e jurisdicional.

A CORTEIDH, neste diapasão, vem se mostrando um mecanismo fundamental para permitir a unificação de entendimentos sobre matérias de direitos humanos tanto no plano dos Estados-membros quanto no plano americano, auxiliando o Estado brasileiro na condução de suas políticas públicas de forma consentânea com os direitos humanos, conferindo assim uma paulatina pacificação e segurança jurídica globais³².

CONCLUSÃO

Os Direitos Constitucional e Administrativo, geralmente ligados às questões nacionais de interesse interno da sociedade, não mais podem prescindir da influência do Direito Internacional, diante da evolução das relações sociais e tecnológicas que demandam a alteração ou descarte de velhos paradigmas que repercutem no âmbito jurídico em sede de direitos humanos, lembrando-se que direitos humanos e direitos fundamentais são ambos faces da mesma moeda, possuindo semelhantes estruturas teleológicas. Da mesma forma, o Direito Internacional não pode perfazer-se sem um Direito Constitucional alinhado com os postulados axiológicos de busca de efetividade dos princípios que norteiam as relações internacionais, e com os direitos humanos, que abarcam toda a pretensão ética necessária para uma vida verdadeiramente digna.

Afasta-se a discussão da supremacia do Direito Internacional sobre a ordem interna, ou vice-versa, sugerindo-se compreender e estudar as questões relativas aos direitos humanos em uma perspectiva transnacional, devendo Direito Internacional e Direito interno assumir uma postura cooperativa diante do ideário maior de proteção aos direitos humanos consubstanciado nas sentenças da CORTEIDH.

Se certo é dizer que tanto o Estado como o Direito devem estar ambos a serviço de uma concepção de proteção integral de tudo o que diz respeito à vida planetária, forçoso é assumir a importância da junção de esforços dos órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais rumo a uma plena realização dos direitos humanos. As Administrações Públicas de cada Estado não po-

³² Vale ressaltar, apesar de não ter sido parte do objeto deste estudo, a atuação exitosa da CIDH como instância prévia à jurisdição da Corte na condução do caso envolvendo a vítima brasileira Maria da Penha, tendo sido de suma relevância para inaugurar na ordem interna brasileira alterações não somente legislativas, com a edição da Lei nº 11.340/06, que cuida da violência doméstica contra a mulher, bem assim com a exigência de instalação de Juizados Especiais especializados sobre o tema no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

dem mais ignorar a importância de um planejamento administrativo estratégico, fulcrado na recepção e implementação concreta dos postulados contidos nos tratados internacionais de Direitos Humanos por ela ratificados, como partes integrantes e fundamentais do sistema jurídico interno brasileiro, não sendo somente cartas de intenções desprovidas de qualquer valor real.

Pelos casos levados à CORTEIDH, observa-se que a Administração Pública brasileira ainda necessita sair do idealismo estéril e atuar proativamente no sentido de afastar a Constituição Federal da ultrapassada ideia de documento de mera retórica legislativa³³. Espera-se com o presente estudo fomentar o debate acerca da importância da CORTEIDH para o combate às violações de direitos que ainda se espriam no continente americano, e da importância de a Administração Pública brasileira adotar a jurisprudência da corte como referencial axiológico para suas decisões administrativas e judiciais em sede de políticas públicas para efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALTHAUS, Ingrid Giachini; BERNARDO, Leandro Ferreira (Orgs.). **O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Iglu, 2011.

BASCH, Fernando *et al.* A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR: Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, 2010, v. 12. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Portal da legislação**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. Lei nº 12.588, de 18 de novembro de 2011. **Portal da legislação**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

CORTEIDH. Casos Contenciosos. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N. 49. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/bus_temas.cfm>. Acesso em: 17 mai. 2012.

³³ A História descortinada desde a Segunda Guerra Mundial deixou clara a necessidade de os Estados veicularem parâmetros axiológicos mínimos a vincular as atuações internas estatais e a própria comunidade internacional como um todo. O postulado da dignidade humana, repositório de todas as lutas humanas pelo bem viver, é fundamento da República Federativa do Brasil e corrobora o ideário de justiça social, que transcende fronteiras nacionais.

_____. _____. **Caso Escher y Otros vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/bus_temas.cfm>. Acesso em: 17 mai. 2012.

_____. _____. **Caso Garibaldi vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/bus_temas.cfm>. Acesso em: 17 mai. 2012.

_____. _____. **Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/bus_temas.cfm>. Acesso em: 17 mai. 2012.

DUARTE, Monica; ANNONI, Danielle. A eficácia das sentenças da corte interamericana no sistema jurídico brasileiro. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à convenção americana de direitos humanos.** São Paulo: Conceito, 2012, p. 313-332.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil.** v. 3: execução. São Paulo: RT, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da Costa Rica.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano.** São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

_____. **Direitos humanos e justiça internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POOLE, Hilary *et al* (Orgs.). **Direitos humanos: referências essenciais.** Tradução Fábio Larsson. Série Direitos Humanos. v. 3. São Paulo: Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica:** análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 53-63. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/663/843>>. Acesso em 26 dez. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização dos direitos humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.



A APLICAÇÃO DO DIREITO MATERIAL ESTRANGEIRO EM CONTRATOS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS: UMA ANÁLISE SOBRE DEZ ANOS DE JURISPRUDÊNCIA (2004-2013)

*Gustavo Ferreira Ribeiro**
*André Lipp Pinto Basto Lupi***

Resumo

Este artigo tem como objetivo verificar a aplicação do direito material estrangeiro, em matéria contratual, em casos contendo conflito de leis no espaço. De uma amostra inicial de mais de 1.000 decisões contendo o termo “direito internacional privado”, coletadas dos Tribunais de Justiça do Brasil (2004-2013), aplicaram-se sucessivos recortes para se chegar a uma amostra de 17 decisões. A primeira consideração feita, após a análise, é de que 17 decisões representa um número ínfimo frente ao total de litígios contratuais levados às Cortes no período analisado. Mas de maior importância, nos 7 casos nos quais havia, como resultado do conflito de leis, a indicação da aplicação do direito material estrangeiro, observou-se, em 4 deles, a sua aplicação (57%). A ressalva a ser feita é a de que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes se traduz na presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior e/ou a refutação da aplicação do direito doméstico. A aplicação do direito material estrangeiro, com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie, não foi especificamente encontrada. O artigo, igualmente, revela e discute questões metodológicas que devem ser levadas em conta quando se trabalha com uma amostra envolvendo conflito de leis no espaço.

Palavras-chave

Direito Internacional Privado. Tribunais de Justiça. Conflito de Leis. Contratos.

Abstract

This paper deals with the application of foreign law, on issues of conflicts of law in contracts matters. The initial sample gathered more than 1.000 decisions containing the term “private international law”, extracted from the Brazilian State Courts of Appeal from 2004-2013. After the application of several filters, the final sample contained 17 decisions. The first assessment made, after the analysis, is that 17 decisions is almost nothing once compared with the number of contract cases brought to the Judiciary in the analyzed period. Crucially, however, is

* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB — Brasília. Doutor em Direito (Indiana University Bloomington). Ex-bolsista Capes/Fulbright. Advogado.

** Advogado. Doutor em Direito (USP). Ex-Coord. do Programa e Coordenador da Comissão Qualis CAPES.

that in 4 out of 7 cases (57%) on which, as the result of the conflict of law, foreign law came up as the applicable law, the Courts applied foreign law. The “application of foreign law” should be understood with caution, though. The application was, most of the times, a byname for the presumption of regularity and legality of acts celebrated abroad and/or the rebuttal of the application of domestic law. The application of foreign law, with the due scrutiny of the content of foreign law, was not found in the sample. The paper also reveals and debate methodological issues that should be taken into account in a sample containing conflicts of law.

Keywords

Private International Law. State Courts of Appeal. Conflicts of Law. Contracts.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo verificar a aplicação do direito material estrangeiro pelos Tribunais de Justiça brasileiros, em matéria contratual, envolvendo conflito de leis no espaço.¹ Como sabido, o Decreto-Lei n.º 4.657 de 1942, recentemente renomeado como Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), é o principal instrumento que cuida da resolução dos conflitos de leis no Brasil. Por ele, as Cortes brasileiras podem receber o comando de se aplicar, materialmente, uma norma estrangeira, em território nacional. Mas esta projeção, calcada no aspecto da validade das normas que regem os conflitos de leis, verifica-se também do ponto da eficácia? É dizer, são as leis estrangeiras de fato aplicadas pelos juízes brasileiros?

Esta averiguação se deu, justamente, por meio da coleta das decisões dos Tribunais de Justiça (TJ) das 27 unidades da federação, de casos envolvendo conflito de leis no espaço, entre 2004-2013. A escolha dessa jurisprudência é fruto de uma decisão deliberada. Suas decisões revelam narrativa dos fatos dos casos de forma mais resumida, em razão de sua competência estabelecer-se constitucionalmente no julgamento de controvérsias de Direito. Era o que se buscava no que tocasse conflito de leis, em contratos. Por outro lado, a pesquisa em primeiro grau de Juízo, entendeu-se, conduziria a um tamanho de amostra superior à capacidade de análise pelos autores.

O artigo se desenvolve em três seções. Inicialmente (Seção 2.1 — Metodologia), explica-se a metodologia utilizada, em termos de critérios de pes-

¹ Este artigo contém resultados parciais da pesquisa empreendida pelos autores com o apoio do CNPQ, na modalidade Apoio Financeiro a Projeto, conduzido entre 2012-2014, denominado “Estrangeiros, Conflito de Leis no Espaço e os Rumos do Direito Internacional Privado nas Cortes Brasileiras”. Parte do projeto se concentrou na questão de conflito de leis relativa a contratos. O conflito de leis no espaço é matéria típica do Direito Internacional Privado (DIPr), definido como o ramo que trata casos jusprivativistas multinacionais, ou relações jurídicas com conexão internacional. O conflito de leis no espaço não é, obviamente, uma particularidade da disciplina de DIPr. Em um mundo, de fato e juridicamente, interconectado, cada vez mais os conflitos surgem nas mais diversas temáticas: tributária, ambiental, previdenciária, penal, entre outras. Veja-se WERNER, Goldshmidt. **Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia**. 7d. Buenos Aires: Depalma, 1990. Veja-se RIBEIRO, G. F. Imigração para o Brasil e Ascensão do Direito Internacional Privado. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 14. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2011, p. 101 — 102.

quisa e recortes realizados. Em seguida, passam-se às considerações analíticas, tanto qualitativa (Seção 2.2) como quantitativa (Seção 2.3) sobre a amostra de 17 casos, resultante dos diversos recortes aplicados na amostra inicial.

Como resultado da análise, observou-se um percentual relativamente elevado (57%) da aplicação do direito material estrangeiro na amostra, quando a LINDB apontava para a aplicação daquele direito. A ressalva a ser feita é a de que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes se traduz na presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior e/ou o afastamento da lei material brasileira. A aplicação do direito material estrangeiro, com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie, não foi especificamente encontrada.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Da metodologia

Na pesquisa, de início, utilizou-se a expressão *direito internacional privado*, com aspas, sem limitações temporais, nos mecanismos de buscas dos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça de todas as unidades da Federação. Esta primeira amostra, agrupada, reunia mais de 1.000 decisões, nas mais diversas matérias. Apenas do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) contabilizou-se mais de 300 registros. Portanto, o próximo passo consistiu em reduzir a amostra, com a aplicação de sucessivos recortes. O primeiro deles foi a exclusão na pesquisa de termos que estavam, nitidamente, fora do escopo de interesse. Utilizou-se a expressão *não “prisão civil”*, que era observada de forma recorrente nos acórdãos coletados. Com estes termos, a amostra seguinte, agrupada, reunia 141 decisões, com predominância dos Estados de São Paulo (66%), Rio de Janeiro (9.2%), Minas Gerais (5.7%) e Paraná (5.7%).

As decisões variavam enormemente quanto ao período que foram prolatadas (1966-2013) e, se impressas, somavam mais de 700 páginas. A partir daí, os casos foram todos analisados e classificados segundo quatro categorias, sem se limitar a matéria contratual, evitando-se o risco de exclusão indevida de decisões.

Categoria	Descrição
0	A decisão deve ser excluída da análise final, pois foi capturada na pesquisa, mas é muito antiga ou, quando analisada, não trata efetivamente de conflito de espaços no DIPr.
1	A decisão deve ser excluída da análise final, pois é matéria de DIPr, mas não especificamente de conflito de leis no espaço. Outra razão para a classificação nesta categoria é a sua não priorização, para efeitos do artigo.

2	A decisão foi incluída na análise final, mas o conflito de leis se mostra concomitante a outras discussões.
3	A decisão foi incluída na análise final e é fundamentalmente, um caso de conflito de leis no DIPr, com aplicação da regra de resolução de conflitos.

Na categoria “O”, por *muito antiga* se entendem os casos que estavam fora do limite de aplicação de um recorte temporal entre 01 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2013. Ou seja, capturou-se dez anos de jurisprudência dos TJ, de todas as UF, retirando-se as decisões não compreendidas neste período. A limitação temporal também foi adotada como forma de enfrentar o problema encontrando com relação à qualidade de digitalização de alguns acórdãos — que prejudicava a leitura, principalmente, nos casos anteriores a 2004. Além disso, havia casos que, apesar de estarem dentro do recorte temporal e contem em seu corpo a expressão *direito internacional privado*, uma vez analisados revelavam matéria diversa do DIPr. Por exemplo, um caso em que se discutiam nulidades processuais e se fazia uma analogia à ideia de sobredireito do direito internacional privado.²

O principal motivo para uma decisão se enquadrar na categoria “1”, por sua vez, era a ausência ou subsidiariedade da discussão sobre o conflito de leis no espaço. Por exemplo, quando se tratava de um caso de DIPr, mas com concentração do debate no conflito de competência. O conflito de leis, nestes casos, não aparecia ou aparecia de uma forma muito residual. Igualmente, colocou-se nesta categoria casos não priorizados para efeito deste artigo: matéria relativa à propriedade intelectual, títulos de créditos, entre outros. Certamente, poderão estes casos serem incluídos na continuidade da pesquisa, como se sugerirá ao final.

Na categoria “2”, foram incluídas as decisões em que o conflito de leis aparece em conjunto com outras questões, mas não de forma residual. Por fim, a categoria “3” reúne os casos em que o conflito de leis não apenas era patente, mas se tratava de ponto fundamental da lide. Mais que isso, podia-se observar a aplicação da regra de conflito e seu resultado. A amostra ficou, assim classificada:

² Ponto a ser salientado é que a exclusão de um caso com estas características — exceto a do limite temporal — demandou, praticamente, um trabalho bem semelhante aos casos das demais categorias. Foi feita a leitura de todo o conteúdo dos Acórdãos para se checar se não havia outros pontos em que o conflito de leis, em DIPr, surgia.

Categoria	Quantidade	%
0	67	48%
1	48	34%
2	9	6%
3	17	12%
Total:	141	100%

A partir daí, fez-se a classificação por matéria. As categorias “2” e “3” reuniam, ao final, vinte e seis (26) decisões, das quais dezessete (17) eram relativas à matéria contratual; nove (9) ao direito de família. A seção subsequente traz a análise qualitativa dos casos em matéria contratual, do mais antigo para o mais recente. Em notas de rodapé também são indicadas as referências doutrinárias mais utilizadas, citadas em sua forma original.

2.2. Análise qualitativa

2.1.1. *Cattalini Ltda v. Eurotainer (2004)*

Em 2002, a Eurotainer U.S.A ajuizou ação com pedido de rescisão contratual cumulada com devolução de equipamentos contra a Cattalini, referente à locação de equipamentos (*container*). Vencida no incidente de exceção de incompetência, porquanto o magistrado de primeiro grau considerou-se competente para julgar a matéria, a Cattalini (agravante) interpôs agravo de instrumento, impugnando a decisão.³

A agravante levantou questões preliminares, além da incompetência do juízo brasileiro e questionamentos quanto ao direito aplicável, uma vez que o contrato continha cláusula de foro de eleição (Estado de New Jersey) e de direito aplicável (estrangeiro, embora não se extraia da decisão, qual o direito estrangeiro escolhido). A agravante argumentou, preliminarmente, que:

*a decisão agravada é nula por ausência de fundamentação, eis que omis-
sa quanto à cláusula que prevê a submissão das partes contratantes às
leis do Estado de New Jersey, pois era imprescindível que informasse
qual o dispositivo da lei daquele Estado que a fundamentou, já que
não há na lide inteira qualquer pedido das partes de modifica-
ção da referida cláusula contratual. Aduz que o juízo a quo de-
bruçou-se sobre a questão, utilizando-se de ferramentas proces-
suais, jurisprudência e doutrina brasileiras e ainda que aludida*

³ BRASIL. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Paraná. **Agravo de Instrumento 255.915-5**. Agravante: Cattalini Transportes Ltda. Agravado: Eurotainer U.S.A. Relator: Des. Antônio Loyola Vieira. Curitiba, 18 de maio de 2004.

cláusula contratual firmada entre os litigantes permanece em sua integral vigência, motivo pelo qual *o contrato não está submetido as leis civis ou processuais brasileiras*. Assevera que *mesmo analisando a decisão agravada apenas de forma restrita, ou seja, somente na esfera da cláusula de eleição de foro pactuado no contrato, como se não houvesse sido pactuada submissão deste à específica e determinada legislação estrangeira, ainda assim, estaria em divergência com os ensinamentos jurisprudencial e doutrinário exarados pelas Cortes Superiores pátrias*.⁴

Desta passagem, entende-se que a agravante procurou impugnar a decisão de primeiro grau, preliminarmente, com base na ausência de fundamentação da sentença. Não acatado o argumento pelo Relator, este, em seguida, analisou a questão da cláusula de eleição de foro. Concluiu que ainda que se admita a validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro pactuada pelas partes, a mesma não tem o condão de repelir a competência da jurisdição brasileira.⁵ O Relator qualificou ainda o negócio jurídico em tela, como contrato internacional, de acordo com o que estaria convenicionado pela Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994), fazendo menção ao texto reproduzido da Convenção, na obra de Dolinger e Tibúrcio.⁶

Quanto ao conflito de lei aplicável, opinou sobre a ausência de autonomia da vontade como elemento de conexão, de acordo com o artigo 9º da LINDB, impossibilitando que as partes estipulassem livremente qual a lei aplicável ao contrato internacional. O Relator se amparou na lição de Nádia Araújo⁷ que expressa a adesão brasileira à regra *lex loci contractus*, de cuja exegese não se extrairia a permissão à teoria da autonomia da vontade, em contraponto ao antes consagrado na LICC de 1917.⁸

Conhecido, mas desprovido o agravo, manteve o Relator a decisão atacada.

⁴ Ibidem, p. 1.

⁵ Ibidem, p. 2-4.

⁶ Citação sem referência ao ano de publicação da obra, na seguinte forma: “Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, in *Direito Internacional Privado*, Ed. Renovar, p.278/291.” Lê-se de seu Artigo 1 que “Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiveram sua residência habitual ou estabelecimento sediados em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado parte.” A Convenção, é de se lembrar, assinada pelo Brasil, ainda não foi (agosto/2014), ratificada, conforme <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>>.

⁷ Citação sem referência ao ano de publicação da obra, na seguinte forma: “Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro de Nádia Araújo *Contratos Internacionais*, Coordenador João Grandino Rodas, 3ªd, Ed. Revista dos Tribunais, p. 200.”

⁸ Ibidem, p. 3-4.

Dentro das categorias propostas, neste artigo, enquadra-se o caso na categoria “2”. O conflito de leis é concomitante à discussão sobre competência. Além disso, deu-se interpretação restrita (exclusão da autonomia da vontade) à norma de sobredireito consubstanciada no artigo 9º da LINDB, prevalecendo o direito material do local de celebração. Isso significa ter havido a aplicação do consubstanciado no *contrato vis-à-vis a lei estrangeira*, embora não tenha havido discussão *sobre qual seriam os dispositivos do direito estrangeiro*.

2.2.2. *Eximbank v. Micam Ltda (2006)*

Depreende-se do relatório do Acórdão⁹ que a empresa MICAM Ltda (empresa importadora), com domicílio no Brasil, celebrou contrato com o Banco FNBNE, com domicílio nos Estados Unidos. A celebração do contrato ocorreu nos Estados Unidos. A transação envolvia o financiamento de importação de equipamento industrial pela MICAM, produzido pela empresa exportadora S. Inc., nos Estados Unidos. Além disso, o contrato se inseria na sistemática de financiamento do Export-Import Bank of United States (EXIMBANK).¹⁰ Uma vez que a MICAM não pagou o financiamento, o EXIMBANK quitou a dívida junto ao FNBNE, subrogando-se nos direitos creditícios decorrentes da operação.¹¹

Assim, o EXIMBANK (autor) intentou ação monitória contra a MICAM (réu). O Juízo de primeiro grau rejeitou os embargos interpostos pela MICAM e declarou constituído título executivo judicial de aproximadamente R\$ 570 mil. Em apelação, além de questões processuais levantadas, alegou a apelante (MICAM), no mérito, *inter alia*, a necessidade de aplicação da lei brasileira ao contrato, conforme o artigo 9º §2 da LINDB, o que conduziria à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro.¹²

Sobre a lei aplicável, reconheceu o Relator que no contrato celebrado consta de forma expressa que “[...] as partes contratantes fizeram com que o presente contrato fosse devidamente celebrado e entregue nos Estados Unidos da América na data a princípio consignada”.¹³ Reafirmou o princípio

⁹ BRASIL. 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação 328.919-8**. Apelante: Martiço Indústria e Comércio de Artefatos Metálicos Ltda e outros. Apelado: Export Import Bank of the United States — EXIMBANK. Relator: Des. Jurandyr Souza Jr. Curitiba, 03 de maio de 2006.

¹⁰ O EXIMBANK é uma agência do governo norte-americano que, entre outras atividades, garante financiamentos tomados, junto a instituições financeiras americanas, por empresas estrangeiras. A ideia é que estas possam custear a importação de produtos fabricados por empresas norte-americanas, com foco em máquinas e equipamentos utilizados na produção industrial.

¹¹ *Ibidem*, p. 1-3.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, parágrafo 3.1.

locus regit actum para dizer que “constituída a obrigação nos Estados Unidos da América, será a lei local que disciplinará aquela relação jurídica.” Ademais, salientou que “[n]em poderia ser diferente; não obstante tenha sido constituída a obrigação naquele país, também não se pode olvidar que a previsão inicial era de que o contrato seria integralmente executado naquele lugar”. Relembrou “somente se discute este contrato no foro brasileiro para viabilizar a sua cobrança judicial, haja vista que a empresa devedora provavelmente não conta com bens no território norte-americano, para saldar o débito”.¹⁴

Baseando-se no princípio da autonomia da vontade, o Relator aludiu ao fato de que “as próprias partes convencionaram que a relação jurídica seria rígida e interpretada em conformidade com a lei do Estado de New York [...]”.¹⁵ Também admitiu não existir nos autos a demonstração do direito norte-americano, *i.e.*, sobre a lei contratual nova-iorquina. Mas a partir daí, estabeleceu a exclusão do CDC, haja vista que “é mais que evidente que a disciplina norte-americana exclui a incidência da legislação brasileira, inclusive do Código de Defesa do Consumidor”.¹⁶ Segundo o Relator, se fosse admitido que se surpreendesse o credor, EXIMBANK, “que celebrou o contrato em seu domicílio, com legislação protetiva vigente no país do devedor, [isto] representaria uma absoluta quebra da segurança das relações comerciais internacionais.”¹⁷ Fez o Relator, ainda, uma ressalva. Poderia haver abusividade das cláusulas contratuais caso fosse alegado violação ao direito material vigente no local onde o negócio foi constituído, ou seja, sobre o direito material alienígena.¹⁸ Remeteu à lição de Maria Helena Diniz¹⁹ de que “[o] postulado do ‘*locus regit actum*’ faz surgir a presunção da regularidade dos atos praticados no exterior, cabendo à parte interessada o ônus de alegar (e, oportunamente, de provar) a desconformidade entre o ato praticado e o direito de regência.”²⁰ Concluiu, ao final, pela exclusão da legislação consumerista brasileira e por não ter havido a oportuna impugnação à regularidade do contrato, pela legitimidade do instrumento em questão, em face do direito de regência.²¹ Nesta parte, julgou improcedente a apelação da MICAM.

Dentro das sugestões de tipologia, neste trabalho, enquadra-se o caso na categoria “3”. O conflito de leis é predominante na discussão. A norma de sobredireito consubstanciada no *caput* do artigo 9 da LINDB, aplicada sobre um contrato celebrado no exterior, conduziria, justamente, à aplicação mate-

¹⁴ *Ibidem*, parágrafo 3.1-3.2.

¹⁵ *Ibidem*, parágrafo 3.3.

¹⁶ *Ibidem*, parágrafo 3.4, grifos originais.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, parágrafo 3.5.

¹⁹ Citação sem referência ao ano de publicação da obra, na seguinte forma: “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. Ed. Saraiva. p. 255.”

²⁰ BRASIL. 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação 328.919-8**, 2006, parágrafo 3.5-3.6.

²¹ *Ibidem*, parágrafo 3.7.

rial do direito do local de celebração (direito norte-americano). Necessário notar que a interpretação conduziu a duas importantes conclusões: (i) eventuais abusividades deveriam ter sido alegadas face o direito material norte-americano — o que exige prova daquele direito por quem o alega; e (ii) e não se aplicou legislação brasileira, afastando-se a incidência do CDC.

2.2.3. *EJF v. AGA e outros (2006)*

Conforme se depreende do caso,²² AGA e outros (autores), pessoas físicas, firmaram contrato de mandato com EJF, pessoa física, para representá-los em negócios no Líbano, originários de bens recebidos em sucessão. Os autores ajuizaram, posteriormente, ação de prestação de contas e, em primeiro grau, o Juízo *a quo* julgou boas as contas apresentadas, mas condenou EJF ao pagamento da importância de cerca de doze mil reais. EJF, inconformado, apelou da decisão.

Entre várias questões discutidas, levantou-se preliminar de incompetência. Neste ponto, o Relator fez uma referência ao conflito de leis no espaço, embora não pareça ter sido essa uma questão diretamente levantada pelo apelante, como se lê:

A competência, outra matéria articulada no recurso, deveria ser argüida no comenos processual adequado. *No entanto, não custa salientar que o mandato foi firmado no Brasil e, portanto, as questões daí derivadas devem ser solvidas em solo brasileiro. A propósito, o artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.* E, de acordo com o artigo 1.087 do Código Civil, o negócio jurídico contratual reputar-se-á celebrado no lugar em que foi proposto. Aplicável, portanto, no caso concreto, a regra *locus regit actum* devido ao seu reconhecimento internacional. A propósito, Maria Helena Diniz leciona que a '*locus regit actum*' é uma norma de direito internacional privado, aceita pelos juristas, para indicar a lei aplicável à forma extrínseca do ato, ressaltando que a '*lex loci actus*' ou o '*ius loci Contractus*' regula a obrigação [...].²³

Entre outros pontos, foi negado provimento ao recurso.

Para este artigo, classifica-se na categoria "2". O caso, embora discorra sobre conflito de leis no espaço, fá-lo de forma indireta, embora não residual. Por ter sido no Brasil firmado o negócio jurídico de mandato, a aplicação da

²² BRASIL. 11ª Câmara de Direito Privado do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Apelação 533529-0/1**. Apelante: EJF. Apelado: AGA e outros. Relator: Des. Artur Marques. São Paulo, 18 de dezembro de 2006.

²³ Citação sem referência à obra. *Ibidem*, p. 3-4.

norma indicativa do artigo 9º da LINDB (*lex loci celebrationis*) conduziu ao direito brasileiro.

2.2.4. *CIACI Ltda v. Lubrizol Corp. (2007)*

De acordo com o relato no Acórdão²⁴, as empresas CIACI Ltda e Alox Corp., sucedida por Lubrizol Corp. — com domicílio nos EUA —, firmaram, em 1971, contrato de representação comercial na área de lubrificantes. Em data não localizada na decisão, a Lubrizol teria notificado, nos prazos contratuais, a rescisão imotivada do contrato. Pode-se inferir que a Lubrizol não teria pago indenização rescisória à CIACI, por não haver provisão de indenização, nos termos do contrato. Ato subsequente, a CIACI pleiteou indenização junto aos tribunais pátrios com base na legislação brasileira, que prevê a indenização, em alguns casos. Vencida em primeiro grau, a CIACI apelou da decisão.

A cláusula oitava do contrato de representação estabelecia claramente o direito aplicável: o “contrato será interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York”. A CIACI teria alegado, entretanto, quanto à indenização, a aplicação da lei brasileira que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Trata-se da Lei n.º 4.886/65, alterada pela Lei n.º 8.420/92.²⁵

O Relator reconheceu que o contrato se constituiu segundo a lei norte-americana e fez menção à cláusula contratual sobre a aplicação do direito nova-iorquino ao caso. Em seguida, avaliou, por etapas, se o contrato, como ato jurídico perfeito, ofenderia, de alguma forma, a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, conforme o artigo 17º da LINDB.²⁶ Em uma primeira etapa, relativa à questão temporal de aplicação da lei brasileira, entendeu o Relator que o artigo 27 da Lei n.º 4.886/65, alterado em 1992, não retroagiria para prejudicar ato jurídico perfeito, qual seja, o contrato celebrado em 1971. Em um segundo momento, avaliou a potencial aplicação material do direito norte-americano. Porém, aquele direito teria sido apreciado com maior profundidade pelo simples fato da apelante (CIACI) não tê-lo trazido aos autos, como determina a lei (artigo 14º da LINDB), atendo-se o Relator ao

²⁴ BRASIL. 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 7.030.387-8**. Apelante: CIACI Comercial Internacional Ltda. Apelado: The Lubrizol Corporation. Relator: Des. Ana de Lourdes Pistilli. São Paulo, 18 de outubro de 2007.

²⁵ Especificamente, a aplicação da alínea “j” de seu artigo 27º que traz particularidades quanto à questão indenizatória em rescisão sem justa causa (como *quantum* e forma de pagamento), determinando o pagamento de um doze avos do total de comissões recebidas ao longo do contrato. *Ibidem*, p. 4-6.

²⁶ *Ibidem*, p. 6.

direito amparado pelo contrato e ao princípio da autonomia da vontade²⁷. Sobre o último, agregou o Relator ser

[n]otório que nos EUA vige princípio idêntico ao brasileiro em relação a autonomia da vontade, sendo impensável que exista alguma norma ou lei naquele país, o qual a tem liberdade com símbolo, restringindo o direito das partes contratarem, em matéria de direito patrimonial.²⁸

Por fim, refutou o Relator a suposta violação à ordem pública internacional, trazida pela apelante, uma vez que

em face do direito, inclusive econômico, é salutar que as empresas brasileiras e estrangeiras, desde que o objeto do contrato seja lícito/tenham liberdade de contratar. Afronta haveria se o judiciário brasileiro fosse imprevisível na solução das relações internacionais, mormente quando envolve parceria comercial entre empresas privadas. Previsibilidade esta que se assenta no direito internacional, as quais foram respeitadas no caso em exame.²⁹

Manteve-se, desta forma, no mérito, o decidido em primeiro grau.

O caso, nitidamente, traz uma questão de conflito de normas no espaço entre as leis brasileiras e norte-americanas, classificando-se na categoria “3”. Conflito que versa sobre uma questão econômica: rescisão sem indenização, conforme o contrato e o direito norte-americano, ou rescisão com indenização na ausência de justa causa, de acordo com o direito brasileiro. Privilegiando a *lex loci celebrationis*, apreciou o Relator as normas do contrato face o direito norte-americano. Neste ponto, fez-se presunção da existência — que se entende razoável — da plena autonomia da vontade nos Estados Unidos, por serem os Estados Unidos, nas palavras do Relator, “um país que tem a liberdade como símbolo”. Lembrou o Relator, igualmente, a falta de impugnação do contrato segundo a lei norte-americana, pelo apelante, já que sobre ele recai este ônus.³⁰ Por fim, é de se notar que o Relator tratou-se a questão da violação à *ordem pública*. Vencido também se encontrou este argumento, ao se conjugar o princípio da autonomia da vontade, presente nos ordenamentos brasileiro e norte-americano, com a suposta violação da ordem pública internacional, embora não se tenha discutido em que consistiria essa ordem.

²⁷ Ibidem, p. 6-9.

²⁸ Ibidem, p. 9.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

2.2.5. *Elliot Co. Inc. v. Magatec Ltda (2010)*

Infere-se da decisão³¹ que a autora (Magatec), representante brasileira de empresa estrangeira (Elliot), ajuizou ação com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. O contrato foi celebrado nos Estados Unidos.

No que toca o conflito de leis, sentenciou o Juízo *a quo* pela aplicação da lei brasileira e não da legislação norte-americana. Em apelação, deu-se provimento parcial ao recurso da apelante (Elliot), mas não sobre a indicação de aplicação da lei norte-americana. Em embargos de declaração à dita apelação, sustentou a embargante a teoria dos *vested rights* e a necessidade de se conhecer de ofício o direito alienígena, nos seguintes termos:

a existência de obscuridade, reconhecendo que o direito estrangeiro é recebido no nosso ordenamento como direito e não fato, devendo ser reconhecido de officio a aplicação da lei estrangeira, concedendo efeito modificativo a este recurso, para levá-lo a apreciação do Colegiado de acordo com a legislação estrangeira. Subsidiariamente, aduz que caso os Desembargadores não tenham conhecimento da legislação estrangeira, seja convertido o julgamento em diligência, a fim de que as partes, ou a própria autoridade diplomática norte-americana auxiliem àqueles em seu mister, na forma do art. 14 da LICC c/c 337 do CPC e 410 e 411 do Código de Bustamante. Requer que seja explicitamente enfrentada a matéria legislativa federal dos arts. 9º e 14 da LICC, art. 337 do CPC, arts. 408, 409 e 410 do Código de Bustamante e por fim art. 2º da Convenção InterAmericana Sobre Normas gerais de Direito Internacional Privado, ratificada pelo Decreto nº 18.871/29.³²

O Relator, entretanto, verificou que o Acórdão embargado apreciou a matéria, pois fazia menção a lei civil de regência ao tempo do contrato, embora não tenha aplicado a legislação norte-americana. A razão teria sido a de que, no caso de disputa acerca de legislação, deveria ter sido feita a prova da validade da mesma, em consonância com o artigo 409º do Código de Bustamante que exige a validade “[...] mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate.”³³ Não haveria nos autos qualquer certidão de autenticidade, na forma descrita pelo Código, não existindo qualquer tradução oficial do documento em língua

³¹ BRASIL. 18ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Embargos de Declaração em Apelação 0009243-68.2002.8.19.0203**. Embargante: Elliot Turbomachinery Co. Inc. Embargado: Magatec Serviços Técnicos Ltda. Relator: Des. Pedro Raguenet. Rio de Janeiro, 30 de março de 2010.

³² *Ibidem*, p. 2. Grifou-se.

³³ *Ibidem*, p. 3.

estrangeira. Relembrou, ademais, o aspecto de tempestividade de apresentação desta documentação, já que

os referidos documentos foram apresentados apenas em sede de recurso e não no momento próprio, vale dizer, na ocasião da contestação ou mesmo em sede de instrução. Saliente-se que tais documentos não se referem a fato novo e sem sua adequada comprovação de validade da legislação estrangeira, ocorreu *preclusão processual* e ausência de correta produção da prova deste requisito.³⁴

Classificou-se, portanto, o caso na categoria “3”. Houve, fundamentalmente, a discussão sobre o direito aplicável com deferência à aplicação da lei brasileira, embora a regra de conflito de leis, consubstanciada no artigo 9º da LINDB, apontasse para a aplicação material da legislação norte-americana. Não foi ela aplicada, entretanto, por uma questão de ônus da prova. Enquanto o embargante se apoiou no suposto dever de ofício do juiz de aplicar a legislação estrangeira, conforme o artigo 408º do Código de Bustamante,³⁵ o Relator acatou a orientação do dispositivo consignado no artigo 14º da LINDB: faculta-se ao juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência da lei estrangeira. Destaca-se o caso, então, pela potencial aplicação do direito estrangeiro, refutada por questão procedimental do ônus da prova do direito estrangeiro.

2.2.6. Arrow AGI v. Zurich Brasil Seguros S/A (2012)

Conforme se narra, o caso se refere a ação regressiva proposta pela Zurich Brasil Seguros, em face da transportadora Arrow, por sinistro ocorrido com mercadorias (produtos químicos) de propriedade de uma empresa norte-americana, após embarque em Miami com destino ao Rio de Janeiro.³⁶ Em primeiro grau, deu-se procedência ao pedido da seguradora, contra quem a transportadora apelou.

O conflito de leis no espaço se revela na seguinte questão: sobre a indenização paga pela Zurich do Brasil a sua segurada, valor que agora se procura regresso, aplica-se o previsto na Convenção de Varsóvia (indenização tarifada, de menor valor) ou o direito brasileiro, consubstanciado no CDC? O

³⁴ *Ibidem*, p. 3. Grifou-se.

³⁵ Código de Bustamante, art. 408: “Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante applicarão de officio, quando fôr o caso, as leis dos demais, sem prejuizo dos meios probatorios a que este capitulo se refere.”

³⁶ BRASIL. 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9140185-91.2007.8.26.0000**. Apelante: Arrow AGI Fretamentos em Aeronaves (atual denominação Air Global International). Apelado: Zurich Brasil Seguros S/A. Relator: Des. Jurandir de Sousa Oliveira. São Paulo, 11 de janeiro de 2012.

Relator, ao reproduzir a sentença do magistrado singular, trouxe à tona às lições de Dolinger³⁷:

Muito embora, no ano de 1930, a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo, tenha afirmado que “É princípio geral reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”, a maioria dos países, seja por suas constituições, seja por seus tribunais, têm considerado a supremacia do direito interno sobre o tratado internacional, conforme é relatado por Jacob Dolinger, em seu *Direito Internacional Privado*.

Reproduziu, igualmente, a conclusão do julgador monocrático de que não faria diferença em se aplicar a Convenção de Varsóvia ou o direito brasileiro ao caso. É que agindo o transportador com culpa grave, reconhecida como existente no caso discutido nos autos, excepcionar-se-iam as regras da Convenção. Além disso, trouxe o Relator jurisprudência do STJ³⁸ e da própria Corte (TJSP),³⁹ para negar provimento ao recurso, mantendo-se o entendimento da aplicação do CDC à matéria.⁴⁰

O caso, decerto, expõe um caso de conflito de leis no espaço no que toca o critério de fixação de indenização. Tendo sido o contrato celebrado no exterior, o comando do artigo 9º da LINDB indicaria a aplicação da lei de celebração do contrato, ou seja, a lei material dos Estados Unidos, que também é signatário da Convenção de Varsóvia. Entretanto, na linha dos Tribunais Superiores e da própria Corte, entendeu o Relator que no choque entre a norma Convencional e o CDC, a última prevaleceria. O caso parece assim se submeter à lógica de obstrução da aplicação da lei estrangeira por algum dos motivos enumerados no artigo 17 da LINDB, que retira a eficácia da lei estrangeira em confronto com a ordem pública brasileira, *embora não se depre-*

³⁷ Obra de 1993, citada na seguinte forma: “Dolinger, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pg. 83.”

³⁸ Jurisprudência citada na seguinte forma: “AgRg nos EDcl no REsp 1999/0067188-0). Relatora: MIN. NANCY ANDRIGHI (1118). TERCEIRA TURMA. Brasília, 06/12/2001 Data da Publicação/Fonte — DJ 25/02/2002 p. 376”; “AgRg no REsp 1101131/SP (AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0240975-7) Relator: MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110). Órgão Julgador T4 — QUARTA TURMA. Data do Julgamento — 05/04/2011. Data da Publicação/Fonte — DJe 27/04/2011”; “REsp 552553 / RJ (RECURSO ESPECIAL 2003/0109312-3) Relator: MIN. FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 — QUARTA TURMA Data do Julgamento — 12/12/2005. Data da Publicação/Fonte — DJ 01/02/2006 p. 561”.

³⁹ Jurisprudência citada na seguinte forma: “Apelação 9057204-34.2009.8.26.0000 Relator: Carlos Alberto Lopes Comarca: Campinas Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 01/09/2009 Data de registro: 14/09/2009.”; “Apelação nº 9185306-50.2004.8.26.0000 Relator: Candido Alem Comarca: São Paulo Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 08/11/2011 Data de registro: 17/11/2011 Outros números: 991040247318.”

⁴⁰ BRASIL. 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9140185-91.2007.8.26.0000**, 2012, p. 5-8.

enda do Acórdão ou da jurisprudência citada referências ou qualquer menção expressa ao artigo 17 da LINDB. Classifica-se, assim, o caso na categoria “3”.

2.2.7. Cielos del Peru S/A. v. Panalpina LTDA (2012)

Depreende-se da decisão⁴¹ que a empresa Panalpina celebrou contrato de transporte aéreo de mercadoria com a Cielos del Peru (transportadora), nos Estados Unidos da América. Extraviada a mercadoria — para o qual o transporte foi contratado — ajuizou a Panalpina ação de indenização, a qual se deu procedência, no mérito. Assim, diferentemente do caso anterior, envolvendo seguradora e segurada, tem-se aqui a discussão direta entre o prestador do serviço aéreo e o contratante do serviço.

Em apelação, a transportadora (apelante) arguiu que

sua responsabilidade pelo desaparecimento da mercadoria não pode ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, porque as obrigações foram constituídas por contrato celebrado nos Estados Unidos da América e devem ser interpretadas nos termos do artigo 9º, caput e § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Por essa razão, sendo aquele país bem como o Brasil signatário da Convenção de Varsóvia, a fixação da indenização devida merece ser apurada conforme determina a convenção internacional.⁴²

Alternativamente, pediu a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e do Regulamento Aduaneiro, por se tratar de legislação especial aplicável à espécie. A Panalpina, por sua vez, em contrarrazões alegou que

o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não permite a conclusão simples de ter sido privilegiado “o princípio da lei do local da celebração do contrato e eliminando definitivamente o princípio jurídico anteriormente aceito pelo código de 1916”, devendo ser observada a “nova atribuição vital dada ao judiciário, que é estabelecer a credibilidade e a efetividade da ordem contratual”.⁴³

Sustentou ainda que

o artigo 37, § 6º da Constituição Federal inclui o transportador aéreo dentre os concessionários de serviço público, razão pela qual sua responsabilidade é objetiva. Ao final, entende que

⁴¹ BRASIL. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9153626-42.2007.8.26.0000**. Apelante: Cielos del Peru S/A. Apelado: Panalpina Ltda. Relator: Des. Nelson Jorge Júnior. São Paulo, 26 de abril de 2012.

⁴² *Ibidem*, p. 3.

⁴³ *Ibidem*, p. 3-4.

“após a promulgação da Carta Magna de 1988, deixou de prevalecer o sistema varsoviano de responsabilidade civil do transportador aéreo, pois este é incompatível com a nova ordem implantada pela Constituição Federal e, como demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm entendendo que a Convenção de Varsóvia só deve ser aplicada em casos decorrentes do chamado risco do ar, como queda de aeronave, por exemplo.⁴⁴

O Relator, em sua análise do conflito de leis, retoma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁵ e do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ que teriam pacificado a prevalência do Código de Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia, ainda que o contrato tenha sido celebrado no exterior. Lembrou o Relator que a defesa do consumidor foi erigida a garantia individual constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XXXII da CF, aplicando-se a indenização integral prevista pela legislação consumerista e não aquela da Convenção de Varsóvia. Reproduziu ainda o entendimento do Juízo *a quo*, já parcialmente reproduzido no caso anterior *Arrow AGI v. Zurich do Brasil Seguros S/A*, que havia se expressado nos seguintes termos:

Muita embora, no ano de 1930, a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo, tenha afirmado que “É princípio geral reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”, a maioria dos países, seja por suas constituições, seja por seus tribunais, têm considerado a supremacia do direito interno sobre o tratado internacional, conforme é relatado por Jacob Dolinger, em seu *Direito Internacional Privado* (2ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pg. 83). No Brasil não existe norma constitucional a respeito, e o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no mesmo sentido, como ocorreu, por exemplo, na análise da alteração da Lei Uniforme de Genebra sobre os títulos de crédito, pelo Plano Collor. [...] Não há lógica em escravizar a soberania legislativa brasileira a uma convenção firmada em épocas passadas, nas quais o contexto social, político e a própria estrutura de Estado eram completamente diversos do modelo atual. A Convenção de Varsóvia é datada de 1929, ratificada pelo Brasil por decreto do então Chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, em 24/11/1931. Não havia, como é notório, na estrutura do Estado brasileiro de então, preocupações com temas como justiça social, função social do contrato, dignidade humana, reparação de dano moral, função social da propriedade, direito do consu-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁵ Citada como “RE n. 575.803/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 01.12.2009”.

⁴⁶ Citada como “AgRg no Ag n. 1.389.642/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 15.09.2011.”

midor e, muito menos, Estado Social e Democrático de Direito. Portanto, é inaceitável a teoria da supremacia e da irrevogabilidade do tratado internacional, porque significaria deixar de mãos atadas o legislador brasileiro na materialização da vontade maior da Constituição. A limitação do direito do consumidor a uma indenização justa não comunga com o espírito da Constituição de 1988, que traz a proteção (leia-se a proteção integral) do consumidor como um de seus princípios. [...] Há, então, forte lógica em se entender que o artigo 22, letra “a”, da Convenção de Varsóvia, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.⁴⁷

O caso repete o conflito de leis no espaço, já analisado, no que toca o critério de fixação de indenização. Tendo sido o contrato celebrado no exterior, o comando do artigo 9º da LINDB indicaria a aplicação da lei de celebração do contrato, ou seja, a lei material dos Estados Unidos, que também é signatário da Convenção de Varsóvia. Entretanto, na linha dos tribunais superiores, entendeu o Relator que no choque entre a norma Convencional e a Constitucional, a última prevaleceria. O caso parece assim, mais uma vez, submeter-se à lógica de não aplicação da lei estrangeira por algum dos motivos enumerados no artigo 17 da LINDB, que retira a eficácia da lei estrangeira em confronto com a ordem pública brasileira, *embora não se depreenda do Acórdão referências ou qualquer menção expressa ao artigo 17 da LINDB*, com esse propósito. Resulta, portanto, da análise, o enquadramento do caso na categoria “3”.

2.2.8. Adorno Ltda v. Prudence Seguros Ltda e outro (2012)

Relata o Acórdão⁴⁸ que a joalheria Adorno firmou, no exterior, contrato de seguro de dano com a Prudence, corretora com domicílio nos Estados Unidos, para o período entre 25 de fevereiro de 2001 a 24 de fevereiro de 2002. Em razão do ataque às torres gêmeas em setembro de 2001⁴⁹, a companhia seguradora cancelou todos os seus contratos de seguro de joalheria. Enviou notificação, dando um aviso prévio de 30 dias, informando a respeito da devolução do prêmio e se colocando à disposição para realização de novo

⁴⁷ BRASIL. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9153626-42.2007.8.26.0000**, 2012, p. 8-9.

⁴⁸ BRASIL. 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9272554-15.2008.8.26.0000**. Apelante: Adorno S Comércio e Serviços Ltda. Apelado: Prudence Administração e Corretagem de Seguros Ltda. Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. São Paulo, 07 de maio de 2012.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 3 (há erro formal, no Acórdão, na indicação da data como 2011).

seguro junto a outra companhia. A joalheira não realizou novo seguro e foi, posteriormente, furtada, ajuizando ação para a devida indenização.⁵⁰

Em primeiro grau, foi o pedido de indenização negado. Na apelação, sustentou a joalheria o direito

à indenização por danos materiais e morais face à inexistência de apólice e a irregularidade do contrato de seguro de acordo com a legislação brasileira. Alega ter sido ilegal a rescisão unilateral do contrato de seguro. Refere que, de acordo com a Lei de Introdução do Código Civil a lei vigente para a obrigação é a do país em que se constituiu, no caso, a brasileira. Assevera a impossibilidade de contratação de seguro no exterior. Aduz apenas ser possível tal contratação mediante autorização do IRB. Alega a prática de ilícito.⁵¹

Quanto ao direito material aplicável, o Relator analisou a validade do contrato e da rescisão. Quanto à validade do contrato, dividiu-a em relação à substância e a forma do contrato. No primeiro caso, assinalou a possibilidade de “contratação de seguro no exterior, tratando-se de relação contratual privada, regida pelo Direito Internacional Privado”, sublinhando, ademais que, “ainda que se considere a possibilidade de contratação no exterior apenas quando o mercado segurador nacional for carecedor, incontroverso nos autos a escassez de oferta de seguro de dano para joalherias no Brasil.” Quanto à forma, aludindo ao artigo 9º da LINDB, dispôs o Relator não exigir a lei brasileira exigência de forma especial.⁵² No que tange a rescisão, entendeu igualmente o Relator pela sua validade, uma vez prevista no contrato sua efetividade com notificação prévia, “fato não vedado pela legislação brasileira”.⁵³

Uma vez analisado o caso, classifica-se na categoria “3”. Vê-se o surgimento do conflito de leis sobre o direito aplicável ao contrato de seguro firmado no exterior. Além disso, filiando-se o Relator ao entendimento da *lex loci celebrationis*, para regência e forma do contrato, corroborou-se o previsto no contrato, ainda que não possa se depreender se haveria qualquer impedimento material na lei norte-americana. Não entendeu, ademais, existirem ponderações de violação à ordem pública nacional, embora não tenha utilizado estas palavras nesta verificação.

⁵⁰ Ibidem, p. 3.

⁵¹ Ibidem, p. 2.

⁵² Ibidem, p. 3-4. Embora não tenha indicado expressamente, o Relator trouxe à tona a discussão doutrinária e prática que emerge do art. 9, §1 da LINDB.

⁵³ Ibidem, p. 4.

2.2.9 Cia Sud Vapores S/A v. Nildefox Ltda (2013)

O caso discute o pagamento da *demurrage* em um contrato de transporte marítimo entre a Cia Sud Vapores S/A (armadora ou transportadora) e a Nildefox Ltda (importadora). A armadora, proprietária dos contêineres, ajuizou ação por suposto descumprimento contratual da importadora, a fim de receber compensação por eventuais prejuízos sofridos em razão da retenção indevida dos contêineres por prazo superior ao contratado.⁵⁴

O pagamento pela sobrestadia (não devolução do contêiner pelo importador) é justamente a *demurrage*. Para que se entenda,

o contêiner é um equipamento de utilização do armador para o transporte de mercadorias, de modo que a partir do momento em que este equipamento é desembarcado, inicia-se o prazo para a sua desocupação e devolução ao armador. Não observado o referido prazo, que é legalmente previsto nos contratos de transporte marítimo, surge a responsabilidade pelo pagamento da sobreestadia.⁵⁵

Vencida em primeiro grau, a armadora apelou da decisão. O Relator afirmou que

Os usos e costumes no comércio internacional estipulam um prazo para a devolução do contêiner pelo importador, que, não observado, faz incidir a cobrança sobreestadia pelos dias de atraso, também chamada de “demurrage”. Há, ainda, que se mencionar que os contratos de transporte marítimo entre países distintos regem-se por disposições de direito internacional privado que privilegia os usos e costumes justamente por faltar regulamentação uniforme. A cobrança da “demurrage” é absolutamente justa, em face de o armador/transportador perder o frete por meio da não utilização de seu espaço disponível no navio, ou ser obrigado a realizar leasing de contêiner para entregá-lo a outro exportador. Portanto, nada mais justo que o armador transfira esses custos ou perdas ao responsável pelos acontecimentos, de modo a recompor sua receita perdida ou gasto ocasionado pela falta de seu próprio equipamento retido.⁵⁶

Ao apreciar os fatos e a documentação acostada aos autos, entendeu o Relator ser devida a cobrança do *demurrage*, uma vez demonstrado que realmente se excedeu o período de retenção dos contêineres e que a apelada

⁵⁴ BRASIL. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0005296-83.2011.8.26.0562**. Apelante: Campanha Sud Americana de Vapores S/A. Apelado: Nildefox Logística Internacional Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013.

⁵⁵ Ibidem, p. 6.

⁵⁶ Ibidem, p. 6-7. Grifou-se.

conhecia da cobrança do *demurrage*, objeto, inclusive, de regular contratação entre as partes. Proveu, assim, o recurso.⁵⁷

Não se depreende do caso o exato local de celebração do contrato marítimo ou a exarcação de instrumento relacionado, como o conhecimento de embarque. Tampouco se faz alguma referência ao artigo 9º da LINDB como guia da discussão. Nota-se, por outro lado, a categorização do conflito, pelo Relator, como uma espécie do gênero conflito de leis do direito internacional privado; *i.e.*, se, acerca da *demurrage*, incide a lei material brasileira e possíveis objeções quanto a sua natureza de cláusula penal, ou, aplica-se outro direito material ao caso. A solução decorreu da aplicação dos costumes marítimos como fonte do direito, conforme prevê o artigo 4º da LINDB⁵⁸, embora também não expressamente referido. Feitas estas considerações, enquadra-se o caso na categoria “3”, com a aplicação material dos usos e costumes dos contratos marítimos, que reconhece a procedência da *demurrage*, como resultado do conflito de leis.

2.2.10 MSC v. VCDS (2013)

Fundamentalmente, trata-se de caso análogo ao anterior, envolvendo a armadora (MSC) e uma pessoa física (VCDS). Processualmente, a analogia também é pertinente. Vencida em primeiro grau, a armadora apelou da decisão, tendo seu recurso sido provido.⁵⁹

Assim, no que toca à aplicação do direito material no caso, a justificativa é a mesma do caso anterior, com idêntica reprodução da fundamentação. O Relator lembrou que os “contratos de transporte marítimo entre países distintos regem-se por disposições de direito internacional privado que privilegia os usos e costumes justamente por faltar regulamentação uniforme”.⁶⁰ Justificou, ainda, em termos de custo de oportunidade, a existência do instituto de *demurrage*: o armador perde o frete por meio da não utilização de seu espaço disponível no navio. Alternativamente, seria obrigado a realizar *leasing* de contêiner para entregá-lo a outro exportador/importador.⁶¹

Mais uma vez, não se depreende do caso o exato local de celebração do contrato marítimo ou a exarcação de instrumento relacionado, como o conhecimento de embarque. Tampouco se faz alguma referência ao artigo 9º

⁵⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

⁵⁸ LINDB, Art. 4: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁵⁹ BRASIL. 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0042731-57.2012.8.26.0562**. Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company. Apelado: Verônica Christina Dantas De Souza. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 11 de dezembro de 2013.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 6-7.

⁶¹ *Ibidem*, p. 6-7.

da LINDB como guia da discussão, mas há a categorização do conflito, pelo Relator, que é o mesmo do caso anterior, como uma espécie do gênero conflito de leis do direito internacional privado. Feitas estas considerações, enquadra-se também o caso na categoria “3”.

Ao se concluir a análise deste bloco de casos, deve-se ter em conta que, sobre *demurrage*, oito outros casos tiveram desfecho semelhantes e, essencialmente, a mesma fundamentação.⁶² Todos eles foram classificados na categoria “3” e levados em conta nas estatísticas finais deste relatório técnico.

2.3. Análise quantitativa

Ao se analisar, quantitativamente, na amostra, a aplicação do direito estrangeiro pelas Cortes brasileiras, entende-se que as estatísticas devem se concentrar nas categorias “2” e “3”. São elas representativas dos casos em que *houve* discussão *não residual* de conflito de leis, como se explicou. Tem-se, assim, para fins quantitativos uma amostra de 17 casos.

A primeira consideração a se fazer é que, tomados como tal, trata-se de um número ínfimo de decisões frente ao total de litígios levados às Cortes no período analisado. *Não parece, entretanto, ser este o ponto fulcral da análise.* Muito mais, deve-se verificar se, nos casos categorizados como “2” e “3”, *houve ou não a aplicação do direito estrangeiro.* Neste sentido, construiu-se a tabela abaixo onde:

⁶² A Relatoria é a mesma para todos os casos. Em ordem cronológica ascendente: BRASIL. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9179192-90.2007.8.26.0000.** Apelante: First Food Importação e Exportação Ltda. Apelado: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 07 de fevereiro de 2011; 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo **Apelação 0014688-81.2010.8.26.0562.** Apelante: Mar Lines Transportes Internacionais Ltda. Apelado: Evergreen Marine Corporation Taiwan LTD. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 18 de outubro de 2011; 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0046108-07.2010.8.26.0562.** Apelante: Comercial Importação e Exportação La Rioja Ltda. Apelado: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 04 de junho de 2012; 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0021659-14.2012.8.26.0562.** Apelante: Magistral Impressora Industrial Ltda. Apelado: Companhia Sud Americana De Vapores S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 08 de maio de 2013; 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0006973-51.2011.8.26.0562.** Apelante: Plus Cargo Internacional Ltda. Apelado: Zaat Papelaria e Comércio de Móveis Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 07 de agosto de 2013; 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0044124-85.2010.8.26.0562.** Apelante: Polico Comercial de Alimentos Ltda. Apelado: Cia Libra de Navegação. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013; e 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0045644-80.2010.8.26.0562.** Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Apelado: Comercial Importação e Exportação La Rioja Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013.

- “LE” indica a aplicação da lei material estrangeira, como resultado do conflito de leis;
- “LB” indica a aplicação da lei material brasileira, como resultado do conflito de leis;
- “LO” indica que nem a lei material estrangeira nem a lei material brasileira foram aplicadas, mas houve a aplicação de uma outra fonte de direito; por exemplo, a aplicação de costumes do comércio internacional ou *lex mercatoria*;
- “Motivo” contém uma breve explicação da fundamentação utilizada na resolução do conflito de leis.

Cat.	Número	Partes	Data	LE	LB	LO	Motivo
2	sn	Cattalini v Eurotainer	18-Mai-04	1	0	0	LINDB apontava para lei estrangeira
3	AC 328.919-8	Eximbank v. Micam Ltda	3-Mai-06	1	0	0	LINDB apontava para lei estrangeira
2	Ap. 533529-0/1	EJF c. AGA e outros	18-Dez-06	0	1	0	LINDB apontava para lei brasileira
3	Ap 7.030.387-8	Ciaci Ltda v. Lubrizol Corp.	18-Out-07	1	0	0	LINDB apontava para lei estrangeira
3	EmbDec em Ap 0009243-68.2002.8.19.0203	Elliot Co. Inc. v. Magatec Ltda	30-Mar-10	0	1	0	LINDB apontava para lei estrangeira, mas não se provou lei estrangeira
3	9179192-90.2007.8.26.0000	First Food Ltda v. MSC	7-Fev-11	0	0	1	Lex mercatoria
3	0014688-81.2010.8.26.0562	Mar Lines LTDA v. Evergreen Taiwan	18-Out-11	0	0	1	Lex mercatoria
3	9140185-91.2007.8.26.0000	Arrow AGI v. Zurich Brasil Seguros	11-Jan-12	0	1	0	LINDB apontava para lei estrangeira, mas potencial violação da OP, embora não nestes termos
3	9153626-42.2007.8.26.0000	Cielos del Peru S/A v. Panalpina Ltda	26-Abr-12	0	1	0	LINDB apontava para lei estrangeira, mas potencial violação da OP, embora não nestes termos
3	9272554-15.2008.8.26.0000	Adorno Ltda v. Prudence Seguros Ltda e outro	7-Mai-12	1	0	0	LINDB apontava para lei estrangeira
3	0046108-07.2010.8.26.0562	La Rioja v. MSC	4-Jun-12	0	0	1	Lex mercatoria

3	0021659-14.2012.8.26.0562	Magistral Impressora v. Cia Sud Vapores S/A	8-Mai-13	0	0	1	Lex mercatoria
3	0006973-51.2011.8.26.0562	Plus Cargo Ltda v. Zaat Papelaria Ltda	7-Ago-13	0	0	1	Lex mercatoria
3	0005296-83.2011.8.26.0562	Cia Sud Vapores S/A v. Nildefox Ltda	23-Set-13	0	0	1	Lex mercatoria
3	0045644-80.2010.8.26.0562	MSC v. Rioja	23-Set-13	0	0	1	Lex mercatoria
3	0044124-85.2010.8.26.0562	Polico Ltda v. Libra	23-Set-13	0	0	1	Lex mercatoria
3	0042731-57.2012.8.26.0562	MSC v. VCDS	11-Dez-13	0	0	1	Lex mercatoria

São feitas as seguintes ilações desta amostra. A primeira delas, e deve-se lembrar, é que conflitos de leis podem ou não indicar, após a submissão do conflito à regra de regência da LINDB, a aplicação do direito estrangeiro. Na amostra, por exemplo, 9 casos conduziam a aplicação da lei costumeira e em 1 caso se indicava a aplicação da lei material brasileira. De fundamental importância, *nos 7 casos nos quais havia, como resultado do conflito de leis, a indicação da aplicação do direito material estrangeiro, observou-se, em 4 deles, a sua aplicação (57%)*. Trata-se de um percentual revelador e, relativamente, elevado. A ressalva que deve ser feita é a de que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes pode se traduzir na presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior ou mesmo a refutação da aplicação da legislação brasileira invocada. A aplicação, *com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie, não foi especificamente encontrada, embora se possa indicar o caso CIACI Ltda v. Lubrizol Corp.* como aquele que tenha chegado mais próximo desta etapa — no caso, ao se presumir a existência do princípio da autonomia da vontade no direito norte-americano. Os três casos em que não houve a aplicação da lei estrangeira, embora fosse este o resultado do conflito, decorreram de falta de prova do direito estrangeiro (1 caso, *Elliot Co. Inc. v. Magatec Ltda.*) e objeções decorrentes da aplicação do CDC brasileiro à relação jurídica, entendidas como do gênero “ordem pública” (2 casos, *Arrow AGI v. Zurich Brasil Seguros S/A* e *Cielos del Peru S/A v. Panalpina LTDA*).

Por fim, vê-se a possibilidade de expansão da amostra. Decisões que, ontologicamente, não foram classificadas como “de contratos” (títulos de crédito) e outras não priorizadas (propriedade intelectual e apostas) alargariam a amostra em pelos menos 15 casos contendo discussões de conflitos sobre o artigo 9º da LINDB, por exemplo. Esse aumento da amostra poderia conduzir ao aperfeiçoamento das constatações, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo.

3. CONCLUSÕES

O artigo se propunha a verificar a aplicação do direito material estrangeiro nas Cortes brasileiras. Colocada desta forma, a proposição poderia levar a certo maniqueísmo em seu resultado: *aplica-se ou não* o direito estrangeiro no Brasil?

Na busca da qualificação de uma resposta ao problema, desenvolveu-se uma metodologia de pesquisa e recortes amostrais. De uma amostra inicial de mais de 1.000 decisões, contendo o termo “direito internacional privado”, provenientes da pesquisa nos sites de todos os Tribunais de Justiça do Brasil, aplicou-se um primeiro corte, chegando-se a 141 decisões. Novamente trabalhada a amostra, obteve-se 26 decisões em que o conflito de leis aparecia (i) em conjunto com outras questões, mas não de forma residual; ou (ii) de forma patente, tratando-se de ponto fundamental da lide. Deste conjunto, separou-se, então, os casos em dois grandes blocos. O primeiro deles (17 casos) — dos negócios jurídicos — compreendia, principalmente, casos de matéria contratual, analisado neste artigo. Nele, o artigo 9º da LINDB era o foco da análise.⁶³

Como ressaltado, nos 7 casos nos quais havia, como resultado do conflito de leis, a indicação da aplicação do direito material estrangeiro, observou-se, em 4 deles, a sua aplicação (57%, 4/7). Ressalvou-se que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes é tradução da presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior ou mesmo a refutação da aplicação da legislação brasileira invocada. De fato, não se encontraram decisões com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie. Os três casos em que não houve a aplicação da lei estrangeira, embora fosse esse o resultado do conflito, decorreram de falta de prova do direito estrangeiro (1 caso) e objeções decorrentes da aplicação do CDC brasileiro à relação jurídica, entendidas como do gênero “ordem pública” (2 casos).

Por fim, como igualmente notado, foram feitas exclusões materiais da amostra inicial. Ao mesmo tempo, os casos excluídos ensejam a continuidade da pesquisa e seu alargamento. Com este alargamento, ter-se-á delineado, de forma ainda mais consistente, as circunstâncias da aplicação do direito material estrangeiro pelas Cortes brasileiras.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶³ O segundo bloco continha, em sua maior parte, questões do direito de família, como divórcio e sucessão. Neles, os artigos 7º, 8º e 10º da LINDB eram discutidos com maior frequência. Esta análise será, oportunamente, publicada pelos autores.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RIBEIRO, G. F. Imigração para o Brasil e Ascensão do Direito Internacional Privado. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 14. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2011.

WERNER, Goldshmidt. **Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia**. 7d. Buenos Aires: Depalma, 1990.

Casos citados em ordem cronológica:

BRASIL. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Paraná. **Agravo de Instrumento 255.915-5**. Agravante: Cattalini Transportes Ltda. Agravado: Eurotainer U.S.A. Relator: Des. Antônio Loyola Vieira. Curitiba, 18 de maio de 2004.

_____. 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação 328.919-8**. Apelante: Martiaço Indústria e Comércio de Artefatos Metálicos Ltda e outros. Apelado: Export Import Bank of the United States — EXIMBANK. Relator: Des. Jurandyr Souza Jr. Curitiba, 03 de maio de 2006.

_____. 11ª Câmara de Direito Privado do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Apelação 533529-0/1**. Apelante: EJJ. Apelado: AGA e outros. Relator: Des. Artur Marques. São Paulo, 18 de dezembro de 2006.

_____. 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 7.030.387-8**. Apelante: CIACI Comercial Internacional Ltda. Apelado: The Lubrizol Corporation. Relator: Des. Ana de Lourdes Pistilli. São Paulo, 18 de outubro de 2007.

_____. 18ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Embargos de Declaração em Apelação 0009243-68.2002.8.19.0203**. Embargante: Elliot Turbomachinery Co. Inc. Embargado: Magatec Serviços Técnicos Ltda. Relator: Des. Pedro Raguenet. Rio de Janeiro, 30 de março de 2010.

_____. 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9140185-91.2007.8.26.0000**. Apelante: Arrow AGI Fretamentos em Aeronaves (atual denominação Air Global International). Apelado: Zurich Brasil Seguros S/A. Relator: Des. Jurandir de Sousa Oliveira. São Paulo, 11 de janeiro de 2012.

_____. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9153626-42.2007.8.26.0000**. Apelante: Cielos del Peru S/A. Apelado: Panalpina Ltda. Relator: Des. Nelson Jorge Júnior. São Paulo, 26 de abril de 2012.

_____. 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9272554-15.2008.8.26.0000**. Apelante: Adorno S Comércio e Serviços Ltda. Apelado: Prudence Administração e Corretagem de Seguros Ltda. Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. São Paulo, 07 de maio de 2012.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0005296-83.2011.8.26.0562**. Apelante: Campanha Sud Americana de Vapores S/A. Apelado: Nildefox Logística Internacional Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013.

_____. 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0042731-57.2012.8.26.0562**. Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company. Apelado: Veronica Christina Dantas De Souza. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 11 de dezembro de 2013.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 9179192-90.2007.8.26.0000**. Apelante: First Food Importação e Exportação Ltda. Apelado: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 07 de fevereiro de 2011.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0014688-81.2010.8.26.0562**. Apelante: Mar Lines Transportes Internacionais Ltda. Apelado: Evergreen Marine Corporation Taiwan LTD. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 18 de outubro de 2011.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0046108-07.2010.8.26.0562**. Apelante: Comercial Importação e Exportação La Rioja Ltda. Apelado: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 04 de junho de 2012.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0021659-14.2012.8.26.0562**. Apelante: Magistral Impressora Industrial Ltda. Apelado: Companhia Sud Americana De Vapores S/A. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 08 de maio de 2013

_____. 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0006973-51.2011.8.26.0562**. Apelante: Plus Cargo Internacional Ltda. Apelado: Zaat Papelaria e Comércio de Móveis Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 07 de agosto de 2013.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0044124-85.2010.8.26.0562**. Apelante: Polico Comercial de

Alimentos Ltda. Apelado: Cia Libra de Navegação. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013.

_____. 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 0045644-80.2010.8.26.0562**. Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Apelado: Comercial Importação e Exportação La Rioja Ltda. Relator: Des. Mauro Conti Machado. São Paulo, 23 de setembro de 2013.



A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA RELAÇÃO ENTRE PAIS FUMANTES E SEUS FILHOS^Δ

*Helena Florindo da Silva**
*Suelen Florindo Gonçalves***
*Daury César Fabríz****

Resumo

O art. 227, da Constituição da República de 1988 determina como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, integralmente, à criança, ao adolescente e ao jovem, todo o complexo de direitos inerentes ao básico para sua melhor formação. Desse modo, é possível extrairmos desse dispositivo um direito fundamental a proteção integral às crianças, que deverá ser concretizado por ambos, ou seja, tanto pela sua família, sua sociedade quanto seu Estado. A partir daí é que percebemos a relação das mães e pais fumantes com seus filhos, ainda em gestação, ou nos primeiros anos de vida, destacando que essa relação poderá ocasionar, principalmente às crianças, graves danos a sua saúde, ou até mesmo levar ao abortamento do feto em desenvolvimento intra-uterino. Portanto, é buscando a concretização do direito fundamental de proteção integral às crianças, que discutiremos a possibilidade de configuração de um dever fundamental dos pais em lhes assegurar tal situação, analisando esse contexto à luz da relação — da gestação aos primeiros anos de vida — entre pais fumantes e seus filhos.

^Δ Artigo desenvolvido no Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação Stritu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória.

* Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES — Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

** Acadêmica do 10º Período de Medicina da Universidade Vila Velha/ES.

*** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stritu Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

Palavras-chave

Proteção Integral. Pais Fumantes. Doenças. Dever Fundamental.

Abstract

The art. 227 of the 1988 Constitution of the Republic determines how duty of the family, society and the State to ensure , in full, to children, adolescents and young people , the whole complex of rights inherent to basics for better training . Thus , is it possible to get this device a fundamental right integral to children , to be implemented by both, ie both by his family, his society and his state protection. From there we noticed is that the relationship of smoking mothers and fathers with their children , yet unborn , or the first years of life , stressing that such a relationship could cause , especially to children , serious damage to your health , or even lead to abortion of the fetus in intrauterine development . Therefore, it is seeking the realization of the fundamental right to full protection to children , we will discuss the possibility of setting up a fundamental duty of parents to provide them such a situation , analyzing this context with the relationship — from pregnancy to the first years of life — between smoking parents and their children.

Keywords

Comprehensive Protection. Country Smokers. Diseases. Dever Elementary.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 completou no último dia 05 de Outubro de 2013 seus primeiros 25 anos de existência. Foram inúmeras conquistas alcançadas. Inúmeros direitos passaram a figurar como esteios sociais. Os princípios ganharam força em detrimento às regras. O Brasil renasceu de um sono profundo.

Em que pese hoje, após 25 anos, já haverem discussões sobre a efetividade ou não dessas conquistas, ou seja, frente a sua concretização, sua realização no *mundo da vida*, é sabido que os Direitos das Crianças, Adolescentes e Jovens, trazidos pela Constituição Federal de 1988 como prioritários, representaram e ainda representam um enorme avanço para a proteção das gerações que surgem e que por ventura surgirão.

É pensando nesse aspecto que o presente artigo objetiva analisar esse Direito Fundamental a proteção integral, restringindo a análise à questão das crianças — da gestação aos primeiros anos de vida (3 anos) —, retirando dessa perspectiva um Dever Fundamental dos Pais em garantir essa proteção integral desde a gestação.

Para tanto, recortou-se a proposta em discussão, para que a análise do dever fundamental dos pais em assegurar a proteção integral a seus filhos ocorresse a partir da relação entre os filhos — de sua gestação aos primeiros anos de vida — e seus pais usuários de tabaco — fumantes.

A partir de então, o presente estudo objetiva alcançar resposta ao seguinte problema de pesquisa: é possível retirar da relação dos pais usuários de tabaco — fumantes — um dever fundamental desses pais de parar com o

uso de tabaco, desde a gestação da criança, até seus primeiros anos de vida quando ainda possui um metabolismo em formação?

A metodologia utilizada para a construção do conhecimento desenvolvido neste trabalho será extraída dos contornos da visão do múltiplo dialético, afinal, não se tem o objetivo de, na conclusão a ser extraída ao final do trabalho, por fim ao debate, haja vista a síntese dialética, possuir os contornos de uma nova tese, que encara múltiplas outras antíteses, no eterno movimento do não contentamento dialético, nos ajudando, assim, a dar os passos metodológicos desta empreitada.

No primeiro tópico, portanto, abordaremos o direito fundamental a proteção integral da criança, compreendendo as discussões do período gestacional aos primeiros anos de vida da criança, para que, no segundo tópico, analisemos quais são os efeitos do uso de tabaco pelos pais fumantes durante esse período do desenvolvimento biológico de seus filhos, destacando, inclusive, as principais consequências dessa prática ao desenvolvimento saudável da criança.

Por fim, buscaremos destacar a existência de um dever fundamental desses pais em assegurar a proteção integral ao desenvolvimento saudável de seus filhos, concluindo pelo dever de abster-se do uso do tabaco durante a gestação do filho até sua completa formação biológica, o que ocorrerá ao longo dos primeiros anos de vida.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DA GESTAÇÃO AOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DA CRIANÇA

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a família como à célula mãe da sociedade¹. Contudo, isso não quis dizer que às famílias foram garantidos somente direitos, pois o constituinte a incumbiu, dentre outras coisas, de velar pela proteção das crianças, dos adolescentes e jovens, o que se dará, inclusive, de forma prioritária.

Uma responsabilidade, um dever, que a família divide com a sociedade e com o Estado, conforme determina o art. 227, da Constituição da República de 1988 (CR/88), que assim diz:

É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança**, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

¹ É o que podemos perceber ao lermos o art. 226, da CR/88, que determina a família como a base da sociedade, tendo, inclusive, uma proteção especial pelo Estado, senão veja: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Grifos Nossos).

Ressalta-se que, conforme delimitado já na introdução acima, o presente estudo visa abordar a questão do dever da família em dar proteção integral às crianças, compreendendo, aqui, essa família como os pais dessas crianças, em que pese o art. 227, da CR/88, não fazer essa restrição.

Mas quem são as crianças de que fala o citado dispositivo constitucional? Segundo o art. 2º², da Lei 8.069/90 — conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente — são consideradas crianças pessoas que tenham até 12 anos de idade incompletos.

No entanto, para o estudo pretendido aqui, a análise feita do direito fundamental a proteção integral e prioritária se dará frente às crianças que se encontram nos primeiros anos de vida (3 anos). E mais, discutiremos, também, a situação das crianças em gestação³, ou seja, o dever que os pais possuem de assegurar o desenvolvimento intrauterino saudável de seus filhos.

A partir de então, é possível destacar como a legislação especializada — Lei 8.069/90 — assegura direitos a essas crianças, ou seja, como o Estatuto da Criança e do Adolescente expõe seus direitos. É o que pode ser visto nos termos do art. 3º, da citada legislação, que determina

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Grifos Nossos).

Assim, é possível visualizar a existência de um Direito Fundamental dessas crianças que, além de uma proteção integral e prioritária, objetiva assegurar-las um desenvolvimento físico, mental, moral e social em condições de liberdade e dignidade.

Esse aspecto dessa proteção ao desenvolvimento com liberdade e dignidade das crianças está ligado ao princípio constitucional da paternidade

² Segundo aludido dispositivo infraconstitucional, “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

³ Sob os direitos dos seres humanos em gestação, o Código Civil de 2002 assegurou a proteção de seus direitos a partir da concepção, conforme se depreende de seu art. 2º, que assim determina: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim, não há que se discutir o direito do nascituro — ressalvados alguns casos previstos em lei, tais como as hipóteses onde o aborto é permitido — de se desenvolver saudavelmente.

responsável, pois se a CR/88 assegura o livre planejamento familiar, também determina que esse planejamento seja responsável⁴.

De modo que não há como não se reconhecer a existência de um direito fundamental das crianças em se desenvolver, desde a gestação, de forma saudável. São essas crianças verdadeiras prioridades, cuja proteção deve vir primeiro que qualquer outra situação, conforme determina o art. 4º, da Lei 8.069/90

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público **assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde**, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade, ao respeito, à liberdade** e à convivência familiar e comunitária.

Assim, o art. 5º, da mesma legislação, assegura que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo, portanto, punidas as pessoas que, por ação ou omissão, violarem seus direitos fundamentais, mesmo que essas pessoas sejam seus pais.

Conforme abordaremos no próximo tópico, dentre as inúmeras circunstâncias que já podem atrapalhar ou prejudicar o bom desenvolvimento das crianças em gestação ou nos primeiros anos de vida, tais como anomalias genéticas, doenças auto-inunes, existem algumas que são provocadas por pessoas que estão próximas a essas crianças, dentre as quais se destaca, principalmente, o uso de tabaco durante a gestação, pelas mães ou pais da criança.

O uso de tabaco durante a gestação e nos primeiros anos de vida das crianças poderá lhes ocasionar, de um abortamento ao nascimento dessa criança com alguns problemas sérios de saúde, pois

Filhos de mães tabagistas, além de correrem o risco de serem abortados, têm grandes chances de nascerem anêmicos e com peso e tamanho reduzidos e, quando crianças, terem problemas respiratórios e retardo no aprendizado e na coordenação motora (GODIM e OUTROS, 2006, p. 2).

E mais, segundo estudos científicos além de todos os problemas causados durante a gestação, o tabaco continua mostrando seus efeitos negativos

⁴ Sobre esse ponto, o §7º, do art. 226, da CR/88 determina que “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (Grifos Nossos).

após o nascimento, uma vez que seus componentes mostram-se presentes até mesmo no leite materno — o que melhor será discutido quando falarmos dos efeitos prejudiciais, do uso de tabaco, ao desenvolvimento das crianças no próximo tópico.

É, portanto, a partir dessa perspectiva — da relação entre pais usuários de tabaco e seus filhos — que analisamos o direito fundamental das crianças a proteção integral e prioritária, aliando-o ao princípio constitucional da paternidade responsável, que obriga os pais a atuarem de forma a minorar, o máximo possível, os efeitos deletérios que as crianças, desde a gestação, podem sofrer em decorrência da ação humana.

3. OS EFEITOS DO USO DE TABACO PELOS PAIS DURANTE A GESTAÇÃO E NOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DE SEUS FILHOS: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DESSA PRÁTICA AO DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DA CRIANÇA

Recentemente, no Brasil, o Instituto Nacional do Câncer estimou que 1/3 dos adultos são fumantes, e que desse percentual, aproximadamente 11,2 milhões são mulheres, sendo que 90% dessas se tornaram fumantes ainda jovens, pois a incidência de fumantes é mais elevada entre as idades de 20 aos 49 anos⁵.

Esse tipo de pesquisa é importante para que visualizemos uma situação preocupante, qual seja: 90% das mulheres que fumam encontram em idade fértil. O que, também, não é diferente para os homens, pois 92% dos homens fumantes se encontram na faixa etária entre 18 a 60 anos.

Tais dados estatísticos demonstram que a grande maioria das pessoas que fumam, estão em idade propícia para serem Pais. O preocupante é saber se essas pessoas, à lua do princípio da paternidade responsável e da proteção integral e prioritária das crianças, continuarão com o uso de tabaco, mesmo após gestarem seus filhos.

A partir de então, nesse tópico buscaremos demonstrar os prejuízos que podem ser causados a saúde das crianças, desde sua gestação⁶ até seus primeiros anos de vida, no caso em que seus pais não se abdicarem do uso de tabaco durante esse período.

⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Instituto Nacional do Câncer. Coordenação de Prevenção e Vigilância: Prevalência de tabagismo no Brasil: dados dos inquéritos epidemiológicos em capitais brasileiras. Rio de Janeiro: INCA, 2004. p. 16. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/tabaco_inquerito_nacional_070504.pdf>. Acessado em 30 de Agosto de 2013.

⁶ Sobre a importância de analisar os perigos do uso de tabaco durante a gestação, Possato e Outros destacam que essa é uma necessidade premente, pois, segundo eles, “estima-se que no Brasil uma em cada quatro gestantes seja fumante e, mesmo na vigência de programas específicos voltados à interrupção do fumo na gravidez, cerca de metade delas não consegue abandoná-lo (2007, p. 435).

Um dos problemas mais graves apontados pelos estudiosos acerca da influência do uso de tabaco dos pais em relação ao desenvolvimento sadio de seus filhos, está na relação entre mães fumantes e seus filhos, desde a gestação aos primeiros anos de vida, pois

As alterações do tabagismo materno sobre o feto abrem um capítulo à parte nas conseqüências do tabagismo sobre a saúde. **O feto não é um fumante passivo qualquer que inala fumaça de cigarro involuntariamente em um ambiente aéreo, ele é um ser altamente vulnerável, numa fase de risco para o comprometimento do seu desenvolvimento.** A mulher, quando fuma durante a gestação, expõe seu feto não apenas aos componentes da fumaça do cigarro que cruzam a placenta, mas, também, às alterações na oxigenação e metabolismo placentário, e às mudanças no seu próprio metabolismo secundárias ao fumo (MELLO e OUTROS, 2001, p. 259) (Grifos Nossos).

No entanto, não só o uso de tabaco pela gestante poderá ocasionar danos aos seus filhos, mas, também, o uso de tabaco pelos pais dessas crianças, pois, mesmo que a gestante não seja fumante, a inalação dos gases produzidos pelo uso de tabaco pelo marido, também interferirão, substancialmente, na saúde de seus filhos em gestação, ou daqueles que estão nos primeiros anos de vida.

Outro ponto que a doutrina médica coloca como relevante frente aos efeitos da nicotina, encontrada no tabaco, em relação à saúde das crianças em gestação ou nos primeiros anos de vida, está relacionada a ação vascular que a nicotina possui, o que terá como efeito, ocasionar, dentre outras situações, “[...] a diminuição do fluxo sanguíneo no espaço interviloso, fato este, correlacionado com o aumento da produção de catecolaminas no sangue circulante materno”. O resultado disso tudo será uma redução na perfusão uteroplacentária, bem como a conseqüente má oxigenação e nutrição fetal⁷ (MELLO e OUTROS, 2001, p. 259).

Segundo análise realizada por Leopércio, essa insuficiência uteroplacentária vem sendo indicada como um dos principais mecanismos responsáveis pelo retardo no crescimento das crianças em gestação, o que é mais visível em gestantes fumantes ou com parceiros fumantes, pois, segundo o ele, a nicotina⁸ presente no tabaco causa uma vasoconstricção nos vasos do útero e

⁷ Segundo Mello e Outros “no feto, a nicotina reduz a perfusão placentária devido a sua ação vasoconstritora, além de atravessar facilmente as barreiras placentárias e hematocéfálica, atingindo rapidamente o feto, podendo causar danos diretos sobre o mesmo” (2001, p. 260) (Grifos Nossos).

⁸ Mello e Outros concluíram, a partir da análise de alguns estudos realizados nos Estados Unidos da América, bem como em alguns países europeus, que a nicotina ocasiona, também, a redução da produção do leite materno, pois “[...] a nicotina age como um antagonista tempo-

da placenta, o que acaba por reduzir o fluxo sanguíneo, bem como a oferta de oxigênio e nutrientes para o feto em gestação (2004, p. 177).

Portanto, o hábito de fumar durante a gravidez é responsável, segundo Leopércio, “[...] por 20% dos casos de crianças com baixo peso ao nascer; 8% dos partos prematuros e 5% de todas as mortes perinatais” (2004, p. 176). E mais, “[...] estudos mostram que o tabagismo na gestação pode contribuir para a síndrome da morte súbita do bebê, além de causar importantes alterações no desenvolvimento do sistema nervoso fetal” (2004, p. 176).

Mas, como dito acima, os problemas não atingem somente as crianças durante o período de gestação, mas, sobretudo, aquelas crianças que ainda, mesmo já nascidas, estão em formação de seu metabolismo. Assim, a exposição das crianças recém nascidas aos compostos do tabaco

[...] compromete o crescimento dos pulmões e leva à redução das pequenas vias aéreas, implicando em alterações funcionais respiratórias na infância, que persistem ao longo da vida. O desenvolvimento pulmonar modificado pode estar associado ao aumento do risco futuro de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), câncer de pulmão e doenças cardiovasculares (LEOPÉRCIO, 2004, p. 177).

Dentre esses aspectos deletérios para o desenvolvimento sadio das crianças, o hábito de fumar de seus pais, poderá lhes provocar uma deficiência no sistema metabólico de absorção de vitamina B12, tendo em vista o fato do ácido cianídrico — uma das substâncias químicas presentes no cigarro — ser responsável por reduzir os níveis dessa importante vitamina.

Segundo Machado, essa deficiência de vitamina B12 nos casos onde os pais são usuários de tabaco, “[...] está associada a parto prematuro, redução na eritropoiese e leucopoiese, levando à anemia, alterações do sistema nervoso e prejuízos no crescimento fetal” (2009, p. 77).

E mais, acredita-se, também, que, em decorrência do uso de tabaco pelos pais durante a gestação, bem como nos primeiros anos de vida de seus filhos, há uma menor retenção de água no organismo materno, fazendo com que, tanto a mãe, quanto a criança — esteja em gestação ou amamentando — estejam mais sujeitos a desidratação (MACHADO, 2009, p. 77).

Por fim, Godim e Outros destacam que, dentre as causas mais prováveis para o aumento do número de abortos espontâneos nos dias de hoje, estão, tanto a malfunção ou malformação placentária, quanto às alterações na

ral, inativando a função de receptores colinérgicos nicotínicos hipotalâmicos. Em seres humanos, observou-se que os níveis de prolactina foram 40% menores em mulheres fumantes, e o tempo de desmame foi menor (2001, p. 262).

oxigenação ou fluxo sanguíneo uterino ou placentário, problemas estes, mais perceptíveis em gestações em que os pais são fumantes (2006, p. 4)⁹.

Os problemas para a saúde e o bom desenvolvimento das crianças, sejam aqueles que ocorrem durante o período gestacional ou, os dos primeiros anos de suas vidas, dependerão de muitos fatores. Alguns desses problemas, nem são de responsabilidade exclusiva dos pais.

Outros, contudo, tais como o uso de tabaco, fazem parte das atitudes que os pais devem tomar a fim de concretizar o princípio constitucional da paternidade responsável, bem como, o direito fundamental de seus filhos à proteção integral e prioritária.

É essa responsabilidade que debatida o próximo tópico deste trabalho, a fim de que se possa retirar daí um dever fundamental dos pais em assegurar a proteção integral e prioritária de seus filhos — principalmente, da gestação aos primeiros anos de vida —, o que, para pais fumantes, significa abster-se do uso de tabaco durante esse período.

4. O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS USUÁRIOS DE TABACO EM ASSEGURAR A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DE SEUS FILHOS DURANTE A GESTAÇÃO E NOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DA CRIANÇA

Antes de analisarmos efetivamente o dever fundamental dos pais usuários de tabaco em abster-se do uso dessas substâncias durante a gestação até os primeiros anos de vida de seus filhos, quando ainda estão em formação física, é necessário ressaltar o fato de que o estudo dos deveres fundamentais não é tarefa fácil, seja pelo fato de se buscar enaltecer sempre os direitos, seja em decorrência dos poucos estudos sobre o tema.

A partir desse cenário abordaremos aqui aspectos gerais acerca da teoria dos deveres fundamentais, de modo a contribuir para o desenvolvimento de um entendimento pelo reconhecimento do dever fundamental dos pais em assegurar a efetivação do princípio da proteção integral e prioritária das crianças, haja vista essa proteção ser um mecanismo essencial ao desenvolvimento do corpo e da personalidade dos indivíduos humanos.

⁹ Outros problemas também são associados por Godim e Outros ao uso de tabaco pelos pais da criança durante a gestação, pois, segundo eles, “[...] a ruptura prematura das membranas tem relação com maior frequência de infecções no líquido amniótico de gestantes fumantes, uma vez que é sabido que substâncias contidas no cigarro, principalmente a nicotina, atravessam facilmente as barreiras placentárias. Isso explica os casos de poliidrânio, pois, como o líquido amniótico está contaminado, haverá uma produção aumentada deste para suprir as necessidades fetais. As elevações na pressão arterial e na frequência cardíaca estão associadas à liberação de catecolaminas, substâncias vasoconstrictoras (2006, p. 4 e 5).

De modo que, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que esses deveres representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público. Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que:

Os enunciados de deveres não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público¹⁰.

Visualizamos a partir de então, que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade ou, simplesmente, lhes reconhecer como sendo meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que possibilita o Estado.

Cabe ressaltar, portanto, que não são simples divagações ou elucubrações teóricas àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever ético, haja vista o fato de que em suas origens, os deveres fundamentais ou constitucionais, terem surgido de discussões de cunho religioso, moral ou filosófico (MARTINEZ, 1986, p. 329).

A fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martinez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, que podem ser elencados da seguinte forma

[...] a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral [...]; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os

¹⁰ No original: “Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público” (Tradução nossa).

deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento [...]”¹¹.

Contudo, em que pese à robustez dos citados argumentos, outros há, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob uma visão diferente, ou seja, há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito, que para ser exercitado necessitará que alguém cumpra determinado dever.

É o que Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco La-porta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressaltará, no sentido de que, para a imposição desses deveres, segundo Valdés, desde um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado.

Para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal sobre sua fundamentação, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Os deveres fundamentais ou constitucionais, neste sentido, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição, base do Estado, nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, faz surgir uma série de deveres.

Tal construção hermenêutica é o que pode ser percebido da leitura, por exemplo, do artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010¹², responsável por trazer um rol de deveres fundamentais

¹¹ No original: “[...] a) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata hay a tenido previamente o no una dimensión moral [...]; b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente ao Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento [...]” (Tradução nossa).

¹² O citado artigo dispõe que: “CAPÍTULO IV — DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES — Artículo 75 — Deberes fundamentales. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan La existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga La conducta del hombre y La mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se esté en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad com lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los

para os dominicanos, que passam a ter uma Constituição que não está, tão somente, repleta de direitos, mas, também, de deveres.

Antes de continuarmos a discussão acerca da existência de um dever fundamental dos pais em abster-se do uso de tabaco para salvaguardar a saúde de seus filhos em gestação ou nos primeiros anos de vida, nos cabe aqui, ainda destacar acerca dos deveres fundamentais, alguns pontos relevantes sobre as discussões sobre a existência, ou não, de deveres positivos gerais, bem como, no caso de haver possibilidade, de analisar como se daria a contraprestação ao direito, haja vista todo dever, conseqüentemente, encampar um direito que lhe é oposto.

Assim, Valdés (1986a, p. 17) qualifica, segundo seu entendimento, quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar, expondo, neste sentido, que

Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia¹³.

Com isso podemos perceber que por este entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo trivial, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa, principalmente no tocante a possibilidade, ou não, da construção de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, reconhecendo-os como positivos e gerais, conforme

gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar La racionalidad del gasto público y La promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar El perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bien estar y progreso de La sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, La educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado encuanto a La asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o La salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando La conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por El fortalecimiento y La calidad de la democracia, El respeto Del patrimonio público y El ejercicio transparente de La función pública”.

¹³ No original: “Deberes positivos general es son aquél los cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa” (Tradução nossa).

se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986) — ambos criticam, conforme se aludiu acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas.

Ele chega a essa conclusão, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprouvesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, aquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, destacando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Bayón (1986, p. 46) destacará, neste sentido, que “[...] o altruísmo mínimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve [...]. se alguém tem em seu poder recursos em abundância — sendo que frente a esses um terceiro tem direito — deve entrega-los em sua totalidade, não uma parte «trivial» dos mesmos¹⁴”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o elemento de limite ao *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Em que pesem as discussões sobre as características inerentes aos deveres fundamentais, o importante é saber que se trata de um campo ainda em conhecimento, onde não há verdades absolutas, mas, pelo contrário, inúmeras possibilidades.

Objetivando uma dessas possibilidades, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus

¹⁴ No original: “[...] el altruísmo mínimo, basado em la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. [...] si alguien tiene em su poder recursos sin título alguno — y a los cuales tiene derecho un tercero — debe entregarlos em su totalidad, no una parte <trivial> de los mismos”. (Tradução Nossa).

membros, entabulou um conceito para os Deveres Fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema.

Como integrantes desse grupo de pesquisadores, entendemos que dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais¹⁵.

A partir daí, não resta dúvidas de que aos pais é atribuído um dever fundamental frente a necessidade de salvaguarda e efetivação de uma proteção integral e prioritária de seus filhos, sobretudo das crianças que ainda estão em gestação, ou que nascidas, ainda estão no período final de formação biológica, durante os primeiros anos de vida.

Esse dever fundamental, analisado a partir da perspectiva dos pais usuários de tabaco — fumantes —, em contraposição ao direito fundamental de proteção integral e prioritária das crianças, nos leva a concluir, que aqueles deverão abster-se do uso de tabaco enquanto estes estiverem no período compreendido da gestação aos primeiros anos de vida (3 anos).

Não se trata de um capricho, mas, ao contrário, da concretização de um desenvolvimento que contará com menos um fator de risco, dentre os inúmeros que já existem às pessoas, pelo simples fato de respirarem o ar de uma grande metrópole.

Atuar a partir dos dogmas da paternidade responsável, também passa por atos de abstenção, onde os interesses dos filhos, em muitos casos, se sobreporão aos dos pais.

Afinal, se um indivíduo, um casal ou qualquer outro tipo de relacionamento que pais possam ter, resolveram se transformar em pais, ou se isso aconteceu por descuido, um indivíduo, desprovido de qualquer tipo de proteção, não pode ser prejudicado por um gosto, vício, costume — ou o quer que seja o ato de fumar — de seus pais.

5. CONCLUSÃO

O simples ato de respirar já pode se transformar numa porta de entrada para inúmeras substâncias nocivas a nossa saúde, o que é agravado, como visto no tópico dois acima, pelo uso de tabaco, cujas substâncias presentes, por exemplo, nos cigarros, livremente comercializados em bares, botequins,

¹⁵ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu — Mestrado e Doutorado — em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

restaurantes, mercearias, mercados, supermercados, dentre outros, são nocivas aos seres humanos.

Diante dessa constatação científica, o ato de fumar de pais cujas crianças estão em gestação, ou que mesmo nascidas, ainda estão nos primeiros anos de vida, acaba agravando esse cenário, pois prejudica, como discutido acima, todo o processo de formação fetal, bem como o desenvolvimento dos recém-nascidos, haja vista contribuir como um dos principais fatores para o esgotamento do leite materno, tão importante para o sadio crescimento das crianças.

Não há como negar a importância do tema em discussão e da controvérsia que gira ao seu entorno, seja ela moral, jurídica, política ou social, pois se por um lado os pais possuem autonomia da vontade que lhes embasam o direito de fumar, por outro, possuem o dever de realizar uma paternidade responsável, bem como, um dever de, a partir dessa paternidade responsável, proteger integral e prioritariamente, seus filhos crianças.

Uma das possibilidades, portanto, de efetivação desse direito fundamental dos filhos crianças em crescer com uma proteção prioritária e integral que lhes assegure o melhor desenvolvimento possível, é reconhecendo um dever fundamental dos pais em efetivar tal situação, com atos ou omissões que visem tal fim.

Uma dessas omissões passa pela abstenção de fumar — usar tabaco — durante a gestação dos filhos, ou, após seu nascimento, em locais onde seu filho possa inalar os gases emitidos durante o ato de fumar.

Se o mundo em si já é um local traiçoeiro, que pode ser responsável por circunstâncias que, sem a interferência de ninguém, podem causar danos irreversíveis aos seres humanos, principalmente aqueles em gestação ou de tenra idade, não cabe aos pais, usuários de tabaco, contribuir com esse, preocupante, cenário.

REFERÊNCIAS

BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés**. In: DOXA 3, 1986. p.35-54.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAVES, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 10^aed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUNKER, C. I. L.. *O Nascimento do Sujeito*. In.: **Viver Mente e Cérebro**. São Paulo, Vol.2, p.14-26, Ano 2006.

GONDIM, K. De M., e OUTROS. *Repercussões do Tabagismo na Gestação: um levantamento bibliográfico*. In.: **Revista Enfermería Global**, n. 8, Mayo de 2006, p. 1-8. Disponível em: <<http://www.revistas.um.es/eglobal/article/view/455/44>>. Acessado em 15 de Agosto de 2013.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4ªed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

LEOPÉRCIO, Waldir. *Tabagismo e suas peculiaridades durante a gestação: uma revisão crítica*. In.: **Jornal Brasileiro de Pneumologia**. n.30, vol.2, Mar/Abr de 2004, p. 176-185. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jbpneu/v30n2/v30n2a16.pdf>>. Acessado em 10 de Junho de 2013.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.

MACHADO, Julia de Barros e OUTRO. *Abordagem do Tabagismo na Gestação*. In.: **Revista Scientia Médica**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 75-80, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/scientiamedica/article/viewFile/4718/3917>>. Acessando em 10 de Maio de 2013.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Deberes Fundamentales*. In: **DOXA** 4, 1986. p. 329-341.

MELLO, Paulo Roberto Bezerra de e OUTROS. *Influência do tabagismo na fertilidade, gestação e lactação*. In.: **Jornal de Pediatria**, Vol. 77, nº4, 2001, p. 257-264. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v77n4/v77n4a06.pdf>> Acessado em 01 de Maio de 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Instituto Nacional do Câncer. **Coordenação de Prevenção e Vigilância: Prevalência de tabagismo no Brasil: dados dos inquéritos epidemiológicos em capitais brasileiras**. Rio de Janeiro: INCA, 2004. p. 16. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/tabaco_inquerito_nacional_070504.pdf>. Acessado em 30 de Agosto de 2013.

MULLER, Janine Santos e OUTROS. *Efeitos Agudos do Fumo sobre a Hemodinâmica da Circulação Feto-Materno-Placentária*. In.: **Revista Arquivo Brasileiro Cardiologia**, vol. 78, (nº 2), p. 148-151, 2002. Disponível em: <<http://publicacoes.cardiol.br/abc/2002/7802/default2.asp?artigo=/abc/2002/7802/tfev09.pdf>>. Acessado em 20 de Agosto de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

POSSATO, Marina e OUTROS. *Representação de Gestantes Tabagistas sobre o Uso do Cigarro: estudo realizado em hospital do interior paulista*. In.: **Revista Esc Enferm USP**, 2007. p. 434-440. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/generoetabaco/download/324_Representacao_de_gestantes_tabagistas_sobre_o_uso_do_cigarro_estudo_realizado_em_hospital_do_interior_paulista.pdf>. Acessado em 13 de Julho de 2013.

PRISZKULNIK, L. *Criança e Psicanálise: a "posição" dos pais no tratamento da criança*. In.: **Psicologia USP**, São Paulo, v.6, n.2, p.95-102, 1995.

ROCHA, Viviane Pereira. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. In: Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (on-line). a. 1, v. 2, mai./jul. 2007. Disponível em: <3-Viviane-Pereira-Rocha-Eficacia-Horizontal-dos-Direitos-Fundamentais>. Acessado em 05/08/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ªed. Rev. ampl. e atual. 3ª Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación*. In: **DOXA 3**, 1986a. p. 17-33.

_____. *Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*. In: **DOXA 3**, 1986b. p. 65-68.



O CONSTITUCIONALISMO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO IDEAL DA SUSTENTABILIDADE

*Larissa Nunes Cavalheiro**
*Luiz Ernani Bonesso de Araujo***

Resumo

O presente artigo expõe a concepção de sustentabilidade, como alternativa para assegurar um desenvolvimento, que não comprometa o equilíbrio do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações. Tal anseio surge do risco, que o cenário ambiental apresenta, pois se não (re)pensado, resultará irreversível. Esse contexto desafia o âmbito constitucional, diante da possibilidade de um futuro incerto devido às condições da natureza, passando então a considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever de todos. Ressalta-se a influência deste direito e dever como o ideal da sustentabilidade, tornando este paradigma de desenvolvimento um princípio normativo-constitucional, que desenvolve o constitucionalismo ambiental. Utilizou-se o método de abordagem indutivo, pois da perspectiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como ideal da sustentabilidade, chega-se à compreensão da influência desse contexto, na emergência de um constitucionalismo ambiental, fruto da constituição desafiada pela temática ecológica sustentável.

Palavras-chave

Sustentabilidade. Meio Ambiente. Constitucionalismo.

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na área de concentração “Direitos Emergentes da Sociedade Global”, vinculada a linha de pesquisa “Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade, Bolsista CAPES, membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade, vinculado a UFSM. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS), Especialista em Educação Ambiental pela UFSM, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil. Email laranunes7@hotmail.com Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9248427124194087>>

** Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação — Mestrado em Direito da UFSM. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM). Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil. Email: luiz.bonesso@gmail.com Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3818976588714214>>

Abstract

This paper describes the conception of sustainability, as an alternative to ensuring a development that does not compromise the balance of the environment for present and future generations. This desire comes risk, the environmental scenario presents, because if not (re) thinking, irreversible result. This context challenges the constitutional scope, given the possibility of an uncertain future due to the conditions of nature, then going to consider ecologically balanced environment as a right and duty of all. Emphasizes the influence of right and duty as the ideal of sustainability, making this development paradigm a principle normative-constitutional, which develops environmental constitutionalism. Was used the method of inductive approach, because the perspective of the right to an ecologically balanced environment, as the ideal of sustainability, one comes to understand the influence that context, the emergence of an environmental constitutionalism, the result of Constitution challenged by sustainable ecological theme.

Keywords

Sustainability. Environment. Constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

É impressionante o avanço da humanidade em relação aos mais variados âmbitos da vida. Impulsionado pelos seus anseios, o homem cria e recria formas para facilitar seu cotidiano, sendo muitas as conquistas, as descobertas e a interferência no meio ambiente natural. Desse contexto, do homem inventivo e protagonista de inúmeros avanços, molda-se um meio ambiente degradado, ameaçado e condenado ao desequilíbrio e incapacidade de oferecer qualidade para a vida.

É conforme essa tendência, que se percebe o surgimento de catástrofes ambientais, pois no presente a natureza está respondendo por agressões, que sofreu ao longo do tempo. Com isso, a humanidade compreende o quanto se torna frágil, pois contra as forças da natureza, não há tecnologia que a contenha. Surge então o risco e a incerteza, quanto ao futuro da existência humana e integridade do Planeta.

Diante desse cenário, que surgiu a delimitação deste trabalho, uma vez que, a apreciação do contexto ecológico se expande, não só pela tamanha proporção das catástrofes e mudanças ambientais, mas pelo conceito de sustentabilidade, que devido a sua complexidade, irradia a temática ambiental nos âmbitos social, econômico, político e jurídico. Também transpõe o cenário local-interno de um Estado apenas, pois assim como o termo Ecologia, tratar das questões acerca da sustentabilidade do meio ambiente é tratar do mundo, do planeta Terra, ou seja, a casa da humanidade.

No primeiro momento do trabalho, pretendeu-se expor o crescente contexto do movimento ecológico, onde se observou eventos oriundos da preocupação com o aumento da degradação da natureza, de onde se originaram debates acerca das alternativas, para conter o processo de exploração ilimitado dos recursos naturais e desequilíbrio do planeta. Desse anseio, que

surgiu a sustentabilidade, como alternativa para harmonizar a proteção do meio ambiente, com o desenvolvimento econômico, ou seja, além da proteção da natureza, congrega a economia e sociedade, como elementares interdependentes e responsáveis pela sua característica sistêmica.

Passada a exposição dos movimentos ecológicos de proteção ao meio ambiente, de onde, como dito, foi se delineando o conceito de sustentabilidade, adentra-se ao segundo momento do trabalho, apontando a sua influência no surgimento de um constitucionalismo ambiental. Este decorre da apreensão do desafio trazido, pelo atual contexto da humanidade, que vê seu futuro se tornando incerto, diante de tamanha degradação ambiental. Dessa forma, a sustentabilidade torna-se um princípio normativo-constitucional, pois inserida na Lei Maior, através do conteúdo de proteção constitucional ambiental — exemplificado com dispositivos constitucionais da Constituição brasileira de 1988.

Para elaborar o presente trabalho, utilizou-se o método de abordagem indutivo, pois da perspectiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como ideal da sustentabilidade, que se chegou à compreensão da influência desse contexto, na emergência de um constitucionalismo ambiental, fruto da constituição desafiada pela temática ambiental sustentável. Quanto aos métodos de procedimento, primeiramente utilizou-se o histórico, para realizar uma retrospectiva conceitual-histórica da noção de sustentabilidade, inserida em diferentes momentos de movimentos ecológicos. Quanto à segunda parte do trabalho, foi utilizado o método de procedimento tipológico, para a análise das possíveis influências oriundas da sustentabilidade — fenômeno complexo —, incitando a compreensão acerca de um movimento constitucional ambiental.

2. O CRESCENTE CONTEXTO DO MOVIMENTO ECOLÓGICO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL

A primeira parte deste trabalho pretende expor alguns momentos sociais e suas peculiaridades, quanto à manifestação em prol da preservação da natureza. Pretende-se, juntamente com essa exposição, trazer a conceituação de sustentabilidade, termo que será recorrente na segunda parte do trabalho. No transcorrer dos contextos históricos, que serão aqui abordados, o referido conceito vai se afirmando, conforme os movimentos sociais. De um cenário eminentemente diplomático, passa a ser percebido e tratado num cenário de crescente participação popular, com ajuda dos meios de informação — televisão e *Internet* —, meio massivo e pós-massivo, respectivamente.¹

¹ LEMOS; LÉVY, 2010, p. 70.

Dentro da escala temporal, em que ocorrem os momentos escolhidos, por uma questão de limitação didática e melhor opção, para delinear a primeira parte do trabalho, a Constituição Brasileira de 1988 será ressaltada na segunda parte do trabalho, pois vai ao encontro dos anseios sociais do movimento ecológico, por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Então, nessa linha de exposição, estarão inseridos acontecimentos, para delimitar uma retrospectiva conceitual acerca da sustentabilidade, que não excluem outros contextos relevantes, quanto à temática ambiental.

Por muito tempo, o meio ambiente era apreendido apenas como fonte de matéria-prima, de onde se retiravam recursos naturais, vistos como inesgotáveis. Nas palavras de Souza, da natureza se retiravam os insumos para processos produtivos, componentes da maioria dos materiais duráveis e da energia que movimenta indústrias, meios de transporte e unidades consumidoras.² Dessa concepção, justificavam-se as manobras lesivas a natureza, praticadas pelo desenvolvimento econômico, desvinculado da preocupação ambiental.³

Não havia, ainda uma consciência global consolidada de que os problemas ambientais gerados pelo processo econômico poderiam afetar irremediavelmente o ecossistema terrestre, causando riscos à própria sustentabilidade da vida no planeta. Por outro lado, em geral, não se admitia que o controle dos problemas ambientais pudesse ser compatível com o processo de desenvolvimento econômico. Esses, ao contrário, eram vistos como antagonicos. Ou seja, crescimento e preservação andavam em sentidos opostos.⁴

Desse cenário, de embate entre desenvolvimento econômico e preservação da natureza, que significativamente na década de 1970 se deu início a tentativa de harmonização entre economia e aspectos ambientais.⁵ O conflito entre ambos era acentuado na crença, de que para proteger o meio ambiente natural, era necessário um crescimento econômico limitado, beirando ao índice igual a zero, por causa da limitação dos recursos naturais — relatório “Limites para o Crescimento”, do Clube de Roma, em 1972.⁶ Na tentativa de transpor os conflitos entre economia e natureza, que se passa a conceituar a sustentabilidade, como forma de conciliá-las, num ideal comum, qual seja, a

² SOUZA, 2000, p. 38.

³ “Desde os primórdios da humanidade, o ser humano sempre se apropriou dos recursos naturais para sua sobrevivência e desenvolvimento, intensificando-se após a Revolução Industrial, sendo o objetivo da sustentabilidade conciliar a atividade econômica, industrial e tecnológica com o uso adequado, racional e responsável dos recursos naturais, ou seja, encontrar um ponto de equilíbrio entre a retirada de recursos e sua regeneração e da exploração dos recursos não renováveis” (SILVEIRA; AYALA, , 2012, p. 1833).

⁴ SOUZA, *Op. cit.*, p. 66.

⁵ *Idem.*, p. 56.

⁶ THE CLUB OF ROME, 1972.

existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto no presente, quanto no futuro, pois necessária a toda forma de vida.

Em 1972, ocorreu a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia, originando a Declaração de Estocolmo, onde foram estabelecidos critérios e princípios aos povos do mundo, para melhorar e preservar o meio ambiente humano.⁷ Nesse momento foram situados os limites da racionalidade econômica, em decorrência do desafio trazido pela degradação ambiental e proporções globais da escassez, que passava a afetar o projeto civilizatório da modernidade.⁸ Através desse evento, foi criado também o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com intuito de abordar os temas ambientais nas esferas locais, regionais e internacionais, pretendendo estabelecer uma governança ambiental, para então conter a degradação da natureza e o uso insustentável dos recursos naturais.⁹

A referida Declaração chama a atenção para os atos humanos, que podem acarretar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente, devido à ignorância ou indiferença a manutenção da qualidade, da qual a vida humana depende. Destaca então o conhecimento e a prudência como elementos necessários, para estabelecer condições melhores de vida, harmonizando as necessidade e aspirações humanas com a natureza. Tudo isso, levando em consideração o presente e o futuro dos seres humanos no estabelecimento da defesa e melhoramento do meio ambiente, como meta da humanidade, juntamente com as já estabelecidas, quais sejam: o desenvolvimento econômico e social.¹⁰

Antes de expor a celebração no Rio de Janeiro, em 1992 (ECO-92), da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas, aborda-se o relatório “Nosso Futuro Comum”¹¹, de 1987, elaborado pela mesma comissão, pois nele se manifesta o desenvolvimento sustentável, trazendo-o para o discurso público. Conforme o referido relatório, entende-se o desenvolvimento sustentável como sendo: “o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender as suas próprias necessidades”.¹²

“Nosso Futuro Comum” atentou para as desigualdades entre as nações, reconhecendo-as, buscando propor uma política de consenso, entre as diferentes percepções e interesses de países, povos e classes sociais, para

⁷ DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972.

⁸ LEFF, 2001, p. 16-17.

⁹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE, 2013.

¹⁰ DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972.

¹¹ NOSSO FUTURO COMUM, 1987.

¹² ONUBR, 2013.

promover o desenvolvimento. Com isso, passou a configurar a sustentabilidade como estratégia política, inserida no processo de globalização, para assegurar a sobrevivência humana, através do esforço de todas as nações.¹³

Um ano após, embalada pelo crescente contexto mundial do movimento ecológico, vem então a Constituição brasileira de 1988, afirmar constitucionalmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como será demonstrado adiante. Cabe a menção aqui, apenas para situar cronologicamente e notar a mudança de percepção em relação à natureza, destacando Teixeira:

[...] Antes senhor absoluto dos recursos ambientais, o homem passou a ver o meio ambiente como essencial à própria espécie humana, e não mais um bem meramente econômico a ser explorado até a extinção. Tais sentimentos determinaram a inclusão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como valor fundamental na Constituição de 1988.¹⁴

Como já mencionado, em 1992 ocorreu a ECO-92, também conhecida como “Cúpula da Terra”, que reuniu, além de diplomatas e cientistas, a imprensa e representantes de organizações ambientais, determinando o caráter popular do evento, pois amplamente divulgado pela imprensa televisiva.¹⁵ Neste momento, consagrou-se a manifestação ambientalista e duas décadas de trabalhos, iniciados em 1972, reconhecendo a relação entre meio ambiente e desenvolvimento, em âmbito mundial. Com isso, tornou-se imperativo a sustentabilidade, traduzindo a sua complexidade, envolvida nos âmbitos social, econômico e ambiental, conforme os princípios da “Agenda 21”¹⁶, documento elaborado na Conferência.¹⁷

Buscou-se avançar as propostas de Estocolmo, objetivando uma “parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais, que respeitassem o interesse de todos, no sentido de proteger a integridade global”. Dessa pretensão, que se ressalta o respeito à integridade do meio ambiente, em relação ao desenvolvimento, uma vez que reconhece a interdependência de ambos, e a integralidade da Terra, como lar da humanidade.¹⁸

O princípio 1 da Agenda 21 deixa claro a adoção da concepção antropocêntrica, em relação ao desenvolvimento sustentável, pois afirma ser o homem o centro das preocupações do referido modelo. A proteção ambiental

¹³ LEFF, 2001. p. 19.

¹⁴ TEIXEIRA, 2006, p. 62.

¹⁵ *Idem.*, p. 32.

¹⁶ AGENDA 21, 1992.

¹⁷ ONUBR, 2013.

¹⁸ AGENDA 21, 1992.

é parte integrante do desenvolvimento, não podendo ser considerada isoladamente deste, pois é dessa integração, que se alcança o desenvolvimento sustentável — princípio 4. Ressalta em seu princípio 3 o aspecto temporal da sustentabilidade, ou seja, atender equitativamente as necessidades presentes e futuras da humanidade, tendo em vista a necessidade de cooperação e “espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre” — princípio 7.¹⁹

Com o intuito de realizar um balanço do que foi implementado desde 1992, conforme as diretrizes ambientais estabelecidas na ECO-92, que em 2002 ocorreu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo. Além desse objetivo, também se apreciou novas questões, alterando algumas metas e compromissos assumidos em 1992, para concretizá-los.²⁰ Nesse momento, se evidenciou a relação mútua e interdependente dos pilares da sustentabilidade — economia, sociedade e meio ambiente —, considerando os âmbitos local, nacional, regional e global.²¹

O evento supracitado inaugura os anos 2000, com a problemática ambiental ainda em busca da (re)afirmação da sustentabilidade, como forma de assegurar um modelo de desenvolvimento, que agora realmente considere os aspectos sociais, econômicos e ambientais em conjunto. Nesse período, a *Internet* se destaca, como um importante meio de comunicação, potencializando a visibilidade da temática ambiental, ampliando a participação social.

Através desse novo meio de comunicação e interação, que surge o ciberespaço²², estimulando, facilitando e ampliando movimentos ambientalistas. As atuações dos ativistas ambientais no mundo virtual formam uma rede²³ de interação, que significativamente convencem e facilmente recrutam indivíduos, para a manifestação de reivindicações de cunho conservacionista do meio ambiente.

É de um movimento ambientalista moldado no ciberespaço, que se verifica o ativismo digital, conduta desenvolvida, por exemplo, em *blogs* e redes

¹⁹ *Idem.*

²⁰ ONUBR. *Op. cit.*

²¹ PRINCÍPIO 5, 2002.

²² “As fronteiras dos territórios geográficos, assim como as distâncias físicas que separavam as culturas, terão desaparecido num espaço hipertextual densamente ligado em que nenhum *site* está a mais de doze cliques de qualquer outro. O ciberespaço representa um gênero de objetivação técnica do espaço de significação comum da humanidade, uma actualização do espaço virtual da linguagem e da cultura” (LÉVY, 2002, p. 195).

²³ “Uma rede é o conjunto de nós interligados. As redes são formas muito antigas de atividade humana, mas atualmente essas redes ganharam uma nova vida, ao converterem-se em redes de informação, impulsionadas pela internet. As redes têm enormes vantagens como ferramentas organizativas, graças à sua flexibilidade e adaptabilidade, características fundamentais para sobreviver e prosperar num contexto de mudança permanente” (CASTELLS, 2004, p. 15).

sociais, destacando ideias que chamam a atenção de um número incalculável de pessoas, devido o alcance das informações nesta forma de mídia. Estabelecem diálogos virtuais, com intuito, muitas vezes, de sensibilizar os indivíduos no mundo virtual, para as necessidades do mundo real.²⁴

Em meio à ascensão das manifestações em âmbito virtual — ativismo —, que recentemente ocorreu a Rio+20, em outras palavras, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em junho de 2012, no Rio de Janeiro. Tal contexto, novamente, trouxe o objetivo de “avaliar o progresso feito até o momento e as lacunas que ainda existem na implementação dos resultados dos principais encontros sobre desenvolvimento sustentável, além de abordar os novos desafios emergentes.”²⁵ O seu diferencial está na ampla divulgação na *Internet*, dos acontecimentos ocorridos durante o evento, assim como dos relatórios e possibilidade de participação virtual.²⁶

Para o desenvolvimento dos temas do evento acima referido, perguntou-se: “O que é sustentabilidade?”. Ao responder essa questão, surgiram mais indagações, orientadas por cada tema abordado no evento, sendo eles: empregos, energia, cidades, alimentos, água, oceanos e desastres. Todos são pensados, para se chegar a uma melhor forma de ação humana, ao encontro da sustentabilidade, pois a demanda por recursos naturais aumenta devido o crescimento populacional, tornando-os mais escassos, característica esta, que a desigualdade econômica acentua.²⁷

Toda essa exposição histórica, iniciada em 1972 e finda em 2012, foi realizada com o intuito de abordar o longo caminho percorrido pela humanidade, para (re)afirmar a sustentabilidade, que em síntese, pode ser entendida como: o desenvolvimento que pressupõe o equilíbrio entre as dimensões econômicas, sociais e ambientais, de forma a assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações de vida humana e não humana.

Esse trilhar humano não acabou. O desafio ainda se encontra atual, pois os problemas ambientais se acentuam e são sentidos globalmente, como, por exemplo, a poluição atmosférica e o seu conseqüente aquecimento global.

É da preocupação com as questões ambientais, que se percebe a inserção da sustentabilidade no âmbito constitucional, como mais uma alternativa para proteger o equilíbrio do meio ambiente natural. Passa a considerar este

²⁴ HOFFMAM; CAVALHEIRO, 2011.

²⁵ RIO+20, 2012.

²⁶ Além do *site* da ONU em relação ao evento <<http://www.onu.org.br/rio20/>>, há também o endereço eletrônico do governo brasileiro, com mais informações, disponível em: <<http://www.rio20.gov.br/>>.

²⁷ RIO+20, 2012.

como um direito, assegurado constitucionalmente, das presentes e futuras gerações — ideal da sustentabilidade. É o que se passa a desenvolver.

3. A INFLUÊNCIA DA SUSTENTABILIDADE NA AFIRMAÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL

Passada a explanação acerca da crescente manifestação de proteção do meio ambiente natural, percebe-se a humanidade em busca da afirmação de uma consciência ambiental planetária, que anseia pela qualidade de vida do ser humano e não humano, através da manutenção do equilíbrio do Planeta como um todo. Nesse sentido, surge a sustentabilidade como possibilidade de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconfigurando o constitucionalismo, através da consideração daquela, como princípio normativo-constitucional, que permeia o conteúdo da Lei Maior.

Partindo dessa concepção, que se passa a elaborar o presente momento do trabalho, numa análise da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88). Para além deste âmbito interno, também se intenta apreender a necessidade de ir além, num diálogo entre ordens jurídicas e cooperação estatal, na afirmação da sustentabilidade, para tratar dos problemas ambientais, comum a toda humanidade.

Para começar a pretensão acima exposta, inicia-se então a apreciação da CF/88, no que tange a temática ambiental norteada pela sustentabilidade, como forma de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de onde decorre a perspectiva do atual constitucionalismo.

Conforme o caput do artigo 225 da Lei Maior brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.²⁸ Esse dispositivo constitucional inaugura o “Capítulo VI — Do Meio Ambiente”, trazendo consigo uma preocupação ecológica, nunca antes vista nas Constituições brasileiras.²⁹ O referido capítulo é bem sintetizado por Canotilho, como importante inovação, a nível textual, que consagra “o direito e o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, de preservar e reestruturar os processos ecológicos essenciais, de preservar a diversidade e a integridade do património genético, de proteger a fauna e a flora, de promover a educação ambiental”.³⁰

²⁸ BRASIL, 2008, p. 139.

²⁹ Afirma Milaré, que “a Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada de verde, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente” (MILARÉ, 2005, p. 184).

³⁰ CANOTILHO, 2010, p. 8.

Cabe ressaltar, que a princípio, parece ser apenas evidenciado constitucionalmente o cenário ecológico. Mas, tendo em vista a multidisciplinaridade necessária, para se compreender a sustentabilidade, esta perpassa também pelos âmbitos econômico e social, entendida assim num sentido amplo.³¹ É evidente a necessidade de uma visão sistêmica³², quando se fala no conceito ora abordado, uma vez que demanda um entendimento interligado, das diferentes percepções e ações humanas, como parte de um todo — ambiente —, originando consequências no contexto ambiental. Nesse sentido, que o referido diploma constitucional também inovou ao trazer demais definições acerca do meio ambiente, todas inseridas no natural, por isso a presente opção em enfatiza-lo neste trabalho.³³

Passados esses esclarecimentos, necessários para delimitar a abordagem, retoma-se a análise do artigo 225 da CF/88. Ao inovar no tratamento das questões ambientais, trazendo consigo elementares da sustentabilidade, a Lei Maior brasileira acompanha o que Canotilho destaca como novo paradigma secular, de onde decorre o desenvolvimento do atual constitucionalismo. Este sofreu as influências, portanto, do “humanismo no séc. XVIII, questão social no séc. XIX, democracia social no séc. XX, e sustentabilidade no séc. XXI”³⁴, sendo o último momento uma tarefa mundial do novo século.

Assim, o citado dispositivo constitucional, na íntegra, demonstra a preocupação no uso racional dos recursos naturais, uma vez que expressamente prevê um dever intergeracional. Assim como no presente, as futuras gerações dependerão não apenas de um meio ambiente, mas que este seja também equilibrado, ou seja, apresente qualidade para a vida.³⁵ É dessa forma que será assegurada a qualidade de vida, tanto humana, quanto não humana, pois a sustentabilidade “pressupõe a gestão racional dos recursos naturais, protegendo o meio ambiente (para proteção da própria saúde e vida humana) e todas as demais formas de vida, preservando-os para as presentes e futuras gerações”.³⁶

Para então garantir o equilíbrio, expande-se a responsabilidade do homem, porque passa a considerar a proteção da natureza, independente da

³¹ *Idem.*, p. 9.

³² Para aprofundar a percepção sistêmica da sustentabilidade, ver: CAPRA, 1996.

³³ Até então, a Lei 6.938/81, que instituiu padrões para possibilitar o desenvolvimento sustentável, elencando mecanismos e instrumentos para conferir maior proteção ao meio ambiente, definiu este, em seu artigo 3º, inciso I, como o sendo: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Com a atual Constituição brasileira, temos as seguintes definições: meio ambiente natural — artigo 225; meio ambiente cultural — artigos 215 e 216; meio ambiente artificial — artigo 21, inciso XX; meio ambiente do trabalho — artigo 200, inciso VIII.

³⁴ CANOTILHO, 2010, p. 8.

³⁵ LEFF, 2001, p. 324.

³⁶ SILVEIRA; AYALA, 2012, p. 1832.

sua utilidade apenas econômica, significando a igualdade entre o que é bom para as futuras gerações da humanidade será também para a integridade do planeta.³⁷ Nesse sentido, decorrem as palavras de Hans Jonas, em “O Princípio Responsabilidade”, entendendo o futuro da natureza incluído no futuro da humanidade, pois os interesses humanos coincidem com o resto da vida, onde esta se dá na “pátria terrestre”, logo, inseparáveis.³⁸

Este aspecto temporal é a proposta da sustentabilidade, que dá continuidade ao desenvolvimento, tanto na esfera social, quanto econômica, orientando o ordenamento jurídico, devido à força constitucional adquirida.³⁹

Especificamente, no que tange ao âmbito econômico, também insurge constitucionalmente expresso a defesa do meio ambiente, como princípio da atividade econômica, conforme o artigo 170, inciso VI, da CF/88.⁴⁰ Essa aproximação da proteção ambiental com a economia demanda a sustentabilidade, como projeto de desenvolvimento para harmonização de ambos os contextos, que em muitos momentos conflitam.⁴¹ Assim, conforme Leff a sustentabilidade surge como um “critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como condição para a sobrevivência humana e suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção”.⁴²

Como visto, a Constituição brasileira é um significativo exemplo para ilustrar a atual tendência do constitucionalismo, qual seja, a proteção ambiental, através da adoção de um desenvolvimento sustentável.⁴³ Para concretizar essa tarefa, surge então a sustentabilidade, como princípio normativo-constitucional, norteador das esferas política, jurídica, econômica e social. Dessa pretensão, que então emerge o constitucionalismo ambiental, como um “movimento político, jurídico, social e cultural, que cresce em vários Estados Democráticos contemporâneos e visa à defesa de meios jurídicos reais e concretos — tanto em âmbito interno e internacional — para a proteção do meio ambiente e saúde da população”.⁴⁴

³⁷ OST, 1995, p. 314.

³⁸ JONAS, 2006, p. 229.

³⁹ COELHO; ARAÚJO, p. 2.

⁴⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

[...]

VI — defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (BRASIL, 2008, p. 118).

⁴¹ CAVALHEIRO; SANTOS FILHO, 2009, p. 4.

⁴² LEFF, 2001, p. 15.

⁴³ PÉREZ LUÑO, 2012b, p. 41.

⁴⁴ NASCIMENTO, 2013, p. 16.

Saindo de um exemplo de âmbito constitucional interno — Constituição brasileira de 1988 —, a análise passa para o contexto externo, não pretendendo separar e isolar ambos, mas sim ressaltar a cooperação. Como se percebe, os problemas ambientais, em decorrência do avanço da humanidade e uso de novas tecnologias, passaram a acentuar aqueles, sendo então sentidos em todo o mundo.⁴⁵ Conforme Castro, não podem “as fronteiras nacionais servir de barreiras à prevenção e repressão de danos ambientais capazes de afetar vários países ou continentes e até mesmo pôr em risco o equilíbrio do ecossistema em escala planetária [...]”⁴⁶

Exemplo de problema ambiental transfronteiriço é a poluição atmosférica, de onde se originam inúmeras consequências prejudiciais para o equilíbrio do ecossistema, sendo um deles o aquecimento global — objeto do Protocolo de Quioto.⁴⁷

Canotilho assinala para o postulado globalista, como postulado jurídico-analítico, utilizado para compreender os problemas jurídicos do ambiente. Esse entendimento é importante para perceber a necessidade de transposição de fronteiras, para proteção da natureza e reforço da sustentabilidade, como tarefa básica do novo século.

[...] a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídicos-políticos, internacionais e supranacionais, de forma que se alcance um *standard* ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma *responsabilidade* global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências da sustentabilidade ambiental. [...]. O globalismo aponta também para um direito de *cidadania ambiental* em termos intergeracionais. Como o património natural não foi criado por nenhuma geração e como, dentro de cada geração, se deve assegurar igualdade e justiça ambientais, o *direito ao ambiente* de cada um é também um *dever de cidadania na defesa do ambiente*.⁴⁸

Nas palavras do jurista português destaca-se o meio ambiente como direito e dever de todos, ou seja, não se pode assegurar a qualidade de vida de uns em detrimento de outros, seja no presente, quanto no futuro. Nova-

⁴⁵ Esclarece Pérez Luño: “[...] La plurisecular tensión entre naturaliza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaliza como empresa más significativa del desarrollo” (PÉREZ LUÑO, 2012a, p. 20).

⁴⁶ CASTRO, 2010, p. 707.

⁴⁷ Canotilho aponta o Protocolo de Quioto como um exemplo de “good governance global”, pois através dele se institucionalizam mecanismo nacionais e internacionais de cooperação e controle da continuação das metas ambientais, fugindo dos códigos binários jurídicos — diretividade/flexibilização —, e éticos ecológicos-ambientais — “natureza como recurso/natureza como santuário” (CANOTILHO, 2010, p. 11).

⁴⁸ CANOTILHO, 2001, p. 11.

mente o aspecto temporal da sustentabilidade é invocado — responsabilidade de longa duração —, além do espacial, que agora demanda uma noção de responsabilidade global. Para tanto, a temática ambiental surge como conteúdo que integra diferentes ordenamentos jurídicos, assim como incita a cooperação entre Estados, para abarcar esse desafio mundial de assegurar a sobrevivência humana e não humana, através da manutenção do equilíbrio ambiental.

[...] o tema da responsabilidade de longa duração ganhou acuidade depois da Conferência do Rio de Janeiro de 1992 ancorada no princípio de “Sustainable Development”. Em termos jurídico-constitucionais, ela implica, desde logo, a obrigatoriedade de os Estados (e outras constelações políticas) adotarem medidas de protecção ordenadas à garantia da sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações. Neste sentido, medidas de protecção e de prevenção adequadas são todas aquelas que, em termos de precaução, limitam ou neutralizam a causação de danos ao ambiente, cuja irreversibilidade total ou parcial gera efeitos, danos e desequilíbrios negativamente perturbadores da sobrevivência condigna da vida humana (responsabilidade antropocêntrica) e de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados (responsabilidade ecocêntrica).⁴⁹

Apreendendo esse aspecto global, para a adoção da sustentabilidade como modelo desenvolvimento, agora também de cunho internacional, que Julios-Campuzano elenca o desenvolvimento sustentável, como objeto de um contrato planetário, que articularia o atual constitucionalismo. Dessa forma, seria restabelecida a harmonia entre progresso e natureza, entre técnica e vida, necessária para a continuidade da existência humana e do planeta. Para tanto, se passaria a explorar de forma racional os recursos naturais, através de um modelo de desenvolvimento “que garanta o direito às gerações futuras e uma vida digna”.⁵⁰

Considerando a temática ambiental inserida na terceira geração de direitos humanos, Pérez Luño atenta para a relação de exploração da natureza com as novas tecnologias, quando utilizadas sem limites, como instrumento de um desenvolvimento desenfreado. Dessa forma, tratar-se-ia de um progresso técnico irresponsável, que teria como resposta a força da natureza, incontrolável, levando a humanidade a um “suicídio coletivo”. Destaca-se a ecologia como marco global, de mudança de paradigma da relação homem-natureza, que opta pelo uso racional dos recursos energéticos e equilibrado

⁴⁹ CANOTILHO, 2010, p. 14.

⁵⁰ JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 110.

da natureza, possibilitando a qualidade de vida.⁵¹ Com isso, afasta-se do crescimento econômico sem limites, baseado na quantidade, aproximando-se do modo sustentável de desenvolvimento, baseado na qualidade.

A elementar ambiental-ecológica, que passa a dinamizar o constitucionalismo — constituição ambiental —, em decorrência da tarefa do novo século, qual seja, a sustentabilidade na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode ser ilustrada na concepção de transconstitucionalismo⁵². Isso se dá, pois os riscos ecológicos demandam uma atuação interna e internacional, ou seja, trata-se de uma problemática jurídico-ambiental, que transita em ambas as ordens jurídicas. Nesse sentido, se fazem constantes o diálogo e cooperação, contrariando a hierarquia — imposição, considerando semelhantes determinadas questões, que envolvam problemas de natureza constitucional-ambiental de diversos Estados e suas ordens jurídicas.⁵³

Passadas essas observações, percebe-se que o ideal da sustentabilidade, qual seja, a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, se afirma como um direito, que orienta e reconfigura o atual constitucionalismo, pois tarefa do novo século, nos âmbitos local e internacional, para a garantia da existência de vida. Esta demanda um meio ambiente, que propicie qualidade — dignidade —, assim, não basta uma constituição ambiental, compromissada com o contexto ecológico-ambiental, pois a sua força normativa depende da concretização do programa jurídico-constitucional. Nesse sentido, vários agentes — públicos e privados — devem considerar o ambiente como fim e medida de suas decisões.⁵⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade, ao longo da sua história, modifica o seu próprio contexto de existência, conforme altera o meio ambiente natural, moldando-o segundo as necessidades humanas e com a utilização de tecnologias. Em busca de um desenvolvimento eminentemente econômico, pautado no fluxo da produção, ou seja, quantidade e lucro, a temática ecológica foi preterida ou até mesmo excluída, dos discursos de progresso. Esse cenário até então sem limites, passaria a ser contestado, diante da limitação da disposição dos recursos naturais, pois o tempo de regeneração destes difere do tempo do capital.

Significativamente, a partir da década de 1970, iniciam as tentativas de conciliar desenvolvimento econômico e proteção da natureza, que a princí-

⁵¹ PÉREZ LUÑO, 2012a, p. 20.

⁵² Neves *apud* Nascimento. In: NASCIMENTO, 2011, p. 128.

⁵³ SILVEIRA; AYALA, 2012, p. 1852-1853.

⁵⁴ CANOTILHO, 2010, p. 12.

pio reuniam a diplomacia internacional, para debates acerca do desenvolvimento. Assim passariam a considerar o meio ambiente natural, como parte integrante dessa preocupação, pois conforme a situação de degradação ambiental, a estagnação econômica se tornaria uma realidade.

Dado esse início, muitos foram os movimentos, de onde, aos poucos se passou a inverter os discursos, da atenção ao desenvolvimento econômico, para a proteção ambiental. Mas, tendo em vista a relação indissociável entre economia e natureza, a alternativa viável, para mantê-las em consonância, não é sobrepondo uma a outra. Assim, se passa a refletir acerca de uma alternativa, que há mais de quarenta anos é pauta de inúmeros debates. Para então conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental, surge a sustentabilidade, como alternativa para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, sem desconsiderar o cenário econômico

Progressivamente, a sustentabilidade, envolvida na temática ambiental, vai passando do formalismo diplomático, para a participação popular, através dos meios de comunicação — televisão e *Internet* —, do local para o global, congregando mais adeptos ao discurso ambientalista. Nesse sentido, amplia-se a concepção daquela, tornando-a complexa, a partir da consideração das esferas econômicas, sociais e ambientais. Essas passam a ser sopesadas, inaugurando uma percepção sistêmica, necessária para (re)afirmar a sustentabilidade, como paradigma de contenção da degradação ambiental e manutenção da qualidade de vida.

É da emergência desse cenário, no anseio por um desenvolvimento sustentável, na tentativa de diminuir os riscos para a existência da humanidade e assegurar o equilíbrio do planeta, que surge uma nova perspectiva do constitucionalismo. Este assume o desafio de garantir constitucionalmente um meio adequado para a qualidade de vida, ou seja, passa a considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito e dever de todos. Ilustrando essa tendência constitucional, destacou-se a atual Constituição brasileira, pois traz em seu texto a sustentabilidade, como princípio normativo-constitucional, para reforçar o meio ambiente como valor fundamental.

Tendo em vista o aspecto transfronteiriço dos problemas ambientais, aponta-se para a dimensão global dos problemas jurídicos do ambiente, reforçando a necessidade de adoção da sustentabilidade no novo século, ampliando a responsabilidade em relação à proteção da natureza, que agora passa a ser mundial. Assim, a temática ambiental se faz presente em diferentes ordenamentos jurídicos, apontando para a cooperação entre Estados, uma vez que estão diante de um desafio comum — conciliar desenvolvimento econômico e proteção da natureza, através do planejamento de um progresso sustentável.

Nesse sentido, emerge então o constitucionalismo ambiental, afirmando o meio ambiente ecologicamente equilibrado como conteúdo, que dinamiza o atual constitucionalismo ao encontro da sustentabilidade. Constitucionalmente alberga-se a temática ambiental, a partir da crescente consideração da sustentabilidade, como paradigma de desenvolvimento e desafio do novo século, para a garantia o equilíbrio da vida como um todo.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>> Acesso em 4 de jun de 2013.

BRASIL. **Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal**. Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). 6 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismo de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm> Acesso em 7 de jun de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente — RevCEDOUA**. Ano IV, n. 8, pp. 9-16, 2001.

_____. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In: **Revista de estudos politécnicos**. Vol. VIII, n. 13, pp. 7-18, 2010.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet: reflexões sobre a internet, negócios e sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALHEIRO, L. N; SANTOS FILHO, L. A. Dispositivos constitucionais e desenvolvimento sustentável: uma análise das possibilidades. In: **Anais do XIII Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão**. v. 1, pp. 1-8, 2009, p. 4.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo**. Disponível em:

<http://portais.ufg.br/uploads/14/original_artigo_prof_saulo.pdf> Acesso em 7 de jun de 2013.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>> Acesso em 5 de jun de 2013.

PRINCÍPIO 5. In: **Declaração de Política da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/joanesburgo.pdf> Acesso em 3 de jun de 2013.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. Os direitos humanos desafiados pela ambiente neo-tecnológico: o indivíduo enquanto “ser” no mundo virtual(izado). In: XV Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão — SEPE 2011, Santa Maria. **Anais do XV Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão — SEPE 2011**. Santa Maria, pp. 1 — 9. Disponível em: <http://www.unifra.br/eventos/sepe2011/Trabalhos/sociais_Aplicadas/Completo/1105.pdf> Acesso em 2 de jun de 2013.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto PUC-Rio, 2006.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental sustentabilidade**: racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2001.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7 ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Constitucionalismo Ambiental: uma garantia simbólica? In: **Direito, Educação, Ética e Sustentabilidade**: Diálogos entre os vários ramos do conhecimento no contexto da América Latina e do Caribe. Goiânia: Instituto “tueri”, 2013.

_____. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011.

NOSSO FUTURO COMUM. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>> Acesso em 4 de jun de 2013.

ONUBR, Nações Unidas no Brasil. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em 4 de jun de 2013.

OST, François. **A natureza a margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedade tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012a.

_____. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Governança Ambiental**. Disponível em: <<http://www.pnuma.org.br/interna.php?id=51>> Acesso em 4 de jun de 2013.

RIO+20, Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. **O futuro que queremos**. Disponível em: <<http://www.ofuturoquenosqueremos.org.br/sustainability.php>> Acesso em 2 de jun de 2013.

_____. **Sobre**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/sobre/>> Acesso em 2 de jun de 2013.

SILVEIRA, Paula Galbiatti; AYALA, Patryck de Araújo. A caracterização do princípio de sustentabilidade no direito brasileiro e o transconstitucionalismo como teoria de efetivação. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, n. 3, 2012, pp. 1827-1859. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1827_1859.pdf> Acesso em 5 de jun de 2013.

SOUZA, Renato Santos de. **Entendendo a questão ambiental: temas de economia, política e gestão do meio ambiente**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THE CLUB OF ROME. **Home**. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/>> Acesso em 5 de jun de 2013.



COMMON LAW E OS PRECEDENTES VINCULANTES NA JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Marcus Abraham*

Resumo

O artigo trata da aproximação do direito brasileiro ao sistema jurídico do *common law* (tradição jurídica anglo-saxã) quanto ao direito processual, especialmente na resolução de demandas repetitivas, com a adoção da chamada teoria dos precedentes como meio para se conseguir maior celeridade processual e uniformização da jurisprudência pela verticalização da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Além disso, analisa a influência de tal aproximação sobre o direito tributário nacional, sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave

Demandas repetitivas. *Common law*. Teoria dos precedentes. Direito tributário. Verticalização da jurisprudência.

Abstract

The paper deals with the rapprochement between the Brazilian legal system and Common Law (Anglo-Saxon legal tradition) in relation to procedural law, especially in the resolution of repetitive litigation, with the adoption of the so-called *stare decisis* theory as a means to achieve greater promptness and uniformity of case law through the verticalization of Superior Courts' judicial precedents. It also examines the influence of such an approach on Brazilian Tax Law system, especially in the case law of the Brazilian Supreme Federal Court and the Brazilian Superior Court of Justice.

Keywords

Repetitive litigation. Common law. *Stare decisis* theory. Tax Law. Case law verticalization.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços em matéria de cidadania nestas mais de duas décadas e meia de promulgação da Constituição Federal de 1988 são nítidos e revelam o evidente amadurecimento da democracia brasileira, com a inquestionável conscientização da população dos seus direitos. A nova ordem constitucional

* Doutor em Direito Público (UERJ) e Professor Adjunto de Direito Financeiro (UERJ). Desembargador Federal no TRF2. Diretor da Escola da Magistratura Federal do RJ — EMARF.

introduziu significativa evolução na seara processual, ampliando o acesso à justiça, garantindo o devido processo legal, a inafastabilidade da função jurisdicional e, mais recentemente, consagrando a duração razoável do processo e a celeridade em sua tramitação.

Entretanto, nem o Poder Judiciário, nem o sistema processual brasileiro foram capazes de absorver o avassalador volume de demandas judiciais ajuizadas como consequência da ampliação ao acesso ao Judiciário. Nada mais perverso do que a injustiça de ter o seu direito violado e ver o seu processo judicial — legítimo instrumento de solução de conflitos — estagnado em um oceano de litígios, sem esperança de um célere desfecho. A nefasta consequência é o desrespeito aos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da efetividade da prestação jurisdicional, da igualdade e da eficiência.

Nesse contexto, um fenômeno que há anos se observa como exponencialmente crescente é o das demandas repetitivas, um tormentoso problema da Justiça brasileira, consubstanciado no ajuizamento de demandas semelhantes por centenas ou milhares de vezes, tendo como objeto principal ações e omissões da Administração Pública.

Ao serem envidados esforços a fim de se encontrar soluções para esse problema, percebe-se que algumas medidas processuais que vêm sendo implementadas para amenizar o entrave e obter uma maior efetividade processual têm alterado as características do modelo processual brasileiro, fazendo-o aproximar-se do modelo do *Common Law* com a aplicação dos precedentes judiciais.

Isso se observa a partir da criação de institutos processuais como o da súmula vinculante, da repercussão geral e dos recursos repetitivos, que conferem maior força imperativa à jurisprudência dos tribunais superiores e confere-lhe *status* de fonte normativa a partir do fenômeno da “*verticalização da jurisprudência dos tribunais superiores*”, dando-se amplitude na utilização dos precedentes.

E parte dessas demandas é de natureza tributária, campo que também sofreu influências positivas a partir da Constituição Cidadã, a qual ampliou sobremaneira os direitos e garantias do contribuinte, gerando, por decorrência, um aumento da litigiosidade fiscal pela incapacidade da Administração Tributária em respeitá-los.

A necessidade de conferir efetividade às demandas processuais em matéria tributária com a adoção e aplicação de julgamentos a partir de precedentes vinculantes dos tribunais superiores, sem perder de vista a segurança jurídica e a justiça das decisões de cada caso concreto, é o objeto deste estudo.

2. DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À MULTIPLICAÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou a consolidação da redemocratização do Estado brasileiro após 20 anos de ditadura militar, antecedida das alternâncias de regimes democráticos e autoritários ao longo de todo o século XX.

Instalada em 1º de fevereiro de 1987 e presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães do PMDB, popularmente conhecido como “Senhor Diretas”, a Assembleia Nacional Constituinte foi composta por 559 membros, entre deputados federais e senadores eleitos em novembro daquele mesmo ano, que acumulavam ambas as funções de congressistas e de constituintes.¹ Foram dezoito meses de trabalhos e, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Carta. Recebeu ela, à época, inúmeras críticas, tais como a sua extensão (245 artigos e 70 disposições transitórias); o excesso de disposições que dependiam de regulamentação; a abordagem de temas específicos que não comportavam o foro constitucional, em situações em que a Constituição deveria se limitar a estabelecer princípios gerais; ambiguidades de ideais em detrimento de uma harmonia, demonstrando o embate das forças políticas da época; etc.

De uma maneira sucinta, podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 ofereceu uma vasta gama de direitos fundamentais individuais e coletivos; aboliu a censura e outros cerceamentos das liberdades; reduziu sobremaneira o poder individual do Executivo e, inversamente, fortaleceu os Poderes Legislativo e Judiciário, dentro do jogo de equilíbrio democrático de poderes; manteve o sistema presidencialista (submetido a plebiscito em 1993) e a república federativa; fortaleceu também os Estados e Municípios; e reconstituiu o sistema tributário nacional, com a redistribuição de tributos entre os entes federativos e a respectiva repartição de receitas financeiras, solidificando a autonomia dos Estados e Municípios, atenuando os desequilíbrios regionais e ampliando os direitos e as garantias dos contribuintes. Igualmente, impôs maiores limitações ao poder de tributar estatal, estendendo à seara fiscal os valores de segurança jurídica, de liberdade e de igualdade, necessários para a efetiva realização da almejada justiça social, dentro de um Estado Democrático de Direito que naquele momento ressurgia.

¹ Como bem ressaltou à época Raymundo Faoro, “O Poder Constituinte não pertence aos legisladores, ainda que dotados de poderes de emenda, sejam os atuais ou os futuros legisladores, mas ao povo em conjunto, e, em expressão diferente, embora aceitável, à nação. [...]” As constituintes não são convocadas, ao contrário da tese insistentemente divulgada. As constituintes nascem no momento em que o Poder constituinte renasce, muitas vezes à revelia do governo de fato que o sufoca”. FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 81-89.

Na concepção jurídica contemporânea, a Carta Constitucional brasileira de 1988 deixa de ser um texto formal, meramente programático, e passa a ser considerada um sistema normativo aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.²

Ao conceder maior efetividade³ aos valores e princípios existentes no sistema constitucional, permite-se exercer sua função de maneira mais equilibrada, balanceando e ponderando seus conceitos e comandos de ordem social e liberal, absorvendo e podendo responder as demandas da coletividade com maior capacidade. E, naturalmente, a atuação do Estado Contemporâneo brasileiro acompanha em paralelo estas mudanças paradigmáticas, à medida que a consolidação do Estado Democrático de Direito traz consigo a reconstrução do relacionamento deste — e de suas instituições — com a própria coletividade.

Na seara processual, a Constituição conferiu o direito amplo à jurisdição, que se concretiza através dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF 88), da isonomia processual (art. 5º, *caput*, CF 88), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF 88), do juiz natural (art. 5º, LIII, CF 88), da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF 88), do duplo grau de jurisdição ou acesso a recursos⁴ (art. 5º, LV, CF 88), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, CF 88), da motivação das decisões (art. 93, IX, CF 88),

² Rui Barbosa assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras ditas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. (BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira, v. 2, 1933, p. 489. *apud* BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84).

³ Esse fenômeno é explicado por Luís Roberto Barroso, para quem “é a superação do legalismo, não de forma abstrata ou metafísica, mas pelo reconhecimento de valores fundamentais, quer positivados ou não, expressos por princípios dando ao ordenamento unicidade e condicionando a atividade do intérprete”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41).

⁴ A distinção feita aqui entre “duplo grau de jurisdição” e acesso a recursos decorre da polêmica acerca da consagração ou não, em nossa Constituição, do princípio do duplo grau de jurisdição. Por um lado, o art. 8º, n. 2, alínea “h”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 678/92, garante o duplo grau em matéria penal, com o direito de o acusado recorrer da sentença penal condenatória a juiz ou tribunal superior. Por outro, não se pode olvidar que a Constituição de 1988 estabelece foro por prerrogativa de função perante o STF, em matéria penal, para parlamentares federais, por exemplo. Nestes casos de competência originária do STF, não há qualquer outro tribunal superior ao qual recorrer. Por isso, parece mais acertada a posição de que a Constituição garante apenas o acesso a recursos, os quais, no caso de competência originária do STF, serão propostos perante este mesmo Tribunal Supremo. É assim que o próprio STF enfrentou a questão, ao afirmar que não existe o princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório no direito nacional: RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002; AI 601.832-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 02.04.2009.

da proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI, CF 88) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF 88). Além disso, verificou-se o fortalecimento do Ministério Público, a institucionalização da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais e, principalmente, a constitucionalização de direitos civis, políticos e sociais, e novos marcos legislativos como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), e a Lei nº 9.099 de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Todos esses institutos, juntos, atuam como indutores de um sistema jurídico processual que não apenas proclama os direitos, mas que também os garante e lhes dá efetividade, e se identificam, de alguma maneira, nas linhas traçadas sobre as “*três ondas do acesso à justiça*”⁵ tratadas na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Tem-se na primeira onda a preocupação com os óbices econômicos de acesso ao Judiciário; na segunda onda, a questão da tutela dos direitos transindividuais; e, na terceira onda, retrata-se a preocupação com a satisfação do jurisdicionado, em especial pela busca da celeridade e efetividade processual.

Dentro deste contexto de amplo acesso à justiça e de multiplicação de conflitos a serem mediados pelo Judiciário, verifica-se uma explosão de demandas judiciais ao longo dessas duas décadas e meia da ordem constitucional, caracterizadas em grande parte pela repetição da matéria de fundo, em temas meramente de direito, comumente denominadas de “demandas repetitivas”.

O resultado é que, dentro de um sistema processual materializado por normas direcionadas para a solução de demandas individuais, agravado por um Judiciário desprovido de recursos humanos, materiais e organizacionais para suportar o elevado volume de processamento de ações judiciais, o congestionamento e a morosidade excessiva se tornam uma das grandes deficiências do aparelho judicial brasileiro, por muitos intitulado de “crise do Judiciário”⁶.

Para tentar solucionar este mal e conferir efetividade ao processo judicial, medidas processuais vêm sendo implementadas, em especial a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominadas de “verticalização da juris-

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 12-27.

⁶ A propósito, cabe a transcrição das palavras de José Rogério Cruz e Tucci, a respeito da morosidade processual brasileira: “Aduza-se: é normal aguardar-se mais de 2 anos pelo exame, no juízo a quo, da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário? É normal esperar por mais de 4 anos, após encerrada a instrução, a prolação de sentença num determinado processo em curso perante a Justiça Federal? É normal a publicação de um acórdão do Supremo mais de 3 anos depois do julgamento? A resposta, em senso negativo, para todas estas indagações, é elementar.” TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

prudência dos tribunais superiores” e que acabam por conferir à jurisprudência maior força e *status* de fonte do direito.

3. JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE NORMATIVA E O *COMMON LAW*

O tema da jurisprudência como fonte normativa no direito brasileiro não é fenômeno recente, já tendo sido objeto de análise, há mais de 15 anos, pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira, em estudo sobre a jurisprudência vinculante, em que destacava como justificativas para a sua adoção:

a) a necessidade de tomar a Justiça mais ágil e eficiente, afastando milhares de ações desnecessárias e recursos meramente protelatórios, que, na maioria reproduzindo peças lançadas em computador, estão a congestionar os tribunais, agredindo o princípio da celeridade processual e tornando a prestação jurisdicional ainda mais morosa, com críticas gerais; b) não justificar-se a multiplicidade de demandas e recursos sobre teses jurídicas absolutamente idênticas, já definidas inclusive na Suprema Corte do País, sabido ainda que o descumprimento das diretrizes dessas decisões promana, em percentual muito elevado, da própria Administração Pública; c) a necessidade de prestigiar o princípio isonômico, o direito fundamental à igualdade perante a lei, eliminando o perigo das decisões contraditórias, muitas delas contrárias inclusive a declarações de inconstitucionalidade, em incompreensível contra-senso; d) a imprescindibilidade de resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas; e) a inexistência do perigo do “engessamento” da jurisprudência, na medida em que previstos o cancelamento e a alteração dos enunciados sumulares; f) porque o efeito vinculante não retira do julgador a sua liberdade de decidir, mas apenas o impede de dar curso à renovação de teses já apreciadas e decididas anteriormente de forma reiterada por órgãos colegiados, presumidamente detentores de maior conhecimento na matéria.⁷

A propósito, a Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet já se manifestava sobre a natural força persuasiva da jurisprudência:

Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundadamente apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados, as decisões dos tribunais superiores (e, não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema judiciário, força persuasiva prevalecente sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores. Isso porque,

⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998. p. 159.

ao apreciar demanda nova, uma das atitudes mais comuns aos magistrados consiste no saudável estudo da jurisprudência já assentada sobre o tema. Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente.⁸

É justamente pela necessidade de conferir efetividade e celeridade aos processos que foi elaborada a Emenda Constitucional nº 45/2004, com o escopo de robustecer a influência das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os tribunais inferiores.

A emenda implementou o mecanismo da súmula vinculante (art. 103-A, CF 88), isto é, o STF 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.

Esse mecanismo inspira-se, como relata Cruz e Tucci⁹, na *doctrine of binding precedent* (*doutrina do precedente vinculante*), que teve início na Inglaterra, no início do século XIX, mas definitivamente aplicada em 1898, no caso *London Tramways Company vs. London County Council*, quando a Câmara dos Lordes inglesa estabeleceu o efeito autovinculante do precedente, como também a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente.

Assim explicam Fletcher e Sheppard a doutrina do *binding precedent* (*precedente vinculante*):

Eis alguns pontos técnicos da doutrina do *stare decisis*. Este princípio do precedente vinculante aplica-se tanto a um juízo monocrático quanto a todos os tribunais que estejam sob a jurisdição recursal daquela corte [que fixou o precedente]. Assim, uma decisão concernente a uma questão de direito federal dada pela Suprema Corte dos EUA é vinculante não apenas para a Suprema Corte, mas também para todos os juízos estaduais e federais nos EUA, pois um caso em quaisquer destes juízos pode ser objeto de recurso àquele Tribunal Supremo. De modo similar,

⁸ NORTHFLEET, Ellen Gracie. A força vinculante do precedente judicial. University of Baltimore, jun. 1998. *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Compromisso com o direito e a justiça**. Belo Horizonte: Del Rev. 2008. p. 81.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 161.

uma decisão da Câmara dos Lordes Inglesa vincula todos os juízos da Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte. Ao revés, o *stare decisis* não vincula juízos que não tenham grau recursal naquele tribunal a seguir a opinião deste último. Assim, o *stare decisis* não vincula um juízo nos EUA a aplicar uma decisão da Câmara dos Lordes ou um juízo inglês a aplicar uma decisão da Suprema Corte dos EUA. Em situações em que o *stare decisis* não se aplica, os precedentes de outros tribunais do *common law* remanescem com autoridade “persuasiva”.¹⁰ (tradução nossa)

A EC 45/04 também implantou o instrumento processual da repercussão geral nos recursos extraordinários (art. 102, §3º, CF 88), em que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o STF examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Aqui a inspiração também é claramente o *common law*, mas especificamente a figura do *writ of certiorari* interposto perante a Suprema Corte americana. Este recurso expõe à Suprema Corte o caso já julgado perante outro tribunal inferior, especialmente as razões de relevante repercussão pelas quais o Tribunal deveria admitir o recurso e dar-lhe uma solução de mérito. Ocorre que a Suprema Corte não está obrigada a admitir o recurso para discussão do mérito, o qual só será analisado se 4 dos 9 juízes votarem pela admissão do caso (a denominada *Regra dos Quatro* ou, no original, *Rule of Four*). Nos EUA, a esmagadora maioria dos casos que chegam à Suprema Corte via *writ of certiorari* nem mesmo é admitida, uma vez que a Corte não reputa que tais casos possuam envergadura suficiente para merecerem uma decisão do tribunal máximo da nação.¹¹

Tal reforma constitucional foi acompanhada pela legislação infraconstitucional, de modo a fortalecer também as posições dos tribunais em relação a magistrados de cortes inferiores ou de 1º. grau de jurisdição. O Código de Processo Civil teve sua redação original alterada, passando a prever: 1) no art. 475, §3º, a dispensa do duplo grau de jurisdição obrigatório em decisões contrárias aos interesses da Fazenda Pública, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente; 2) no art. 518, §1º, a autorização para que o juiz não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Jus-

¹⁰ FLETCHER, George P; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University, 2005. p. 80-81.

¹¹ STEPHENS JR., Otis H.; SCHEB II, John M. **American Constitutional Law: Sources of Power and Restraint**. Vol. I. 4th ed. New York: Thomson-Wadsworth, 2008. p. 31. Os autores trazem algumas estatísticas interessantes: aproximadamente 8.000 *writs of certiorari* chegam à Suprema Corte dos EUA por ano. Destes, apenas cerca de 100 são admitidos, mas mesmo entre os admitidos pode haver uma decisão sem resolução do mérito. Na década de 1990, a Suprema Corte decidiu o mérito, em média, de apenas 85 demandas por ano.

tiça ou do Supremo Tribunal Federal; 3) no art. 544, § 4º, II, “b” e “c”, no caso em que houver agravo contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário ou o recurso especial, poderão o STF e o STJ negar seguimento ou dar provimento a recurso se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no STF ou no STJ; 4) no art. 557, que o relator poderá negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, bem como poderá dar provimento ao recurso em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Regulamentando o art. 102, §3º, CF 88, o Código de Processo Civil trouxe o modo de processamento do incidente de repercussão geral no art. 543-B, em que caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte Suprema. Após esta decisão, será o próprio tribunal inferior o encarregado de aplicar a solução jurídica dada pelo STF aos processos sobrestados, podendo o Supremo Tribunal casar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. Sistemática similar é seguida para os recursos especiais interpostos ao STJ e submetidos ao regime de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC).

Tais previsões indicam uma inequívoca aproximação do ordenamento jurídico brasileiro — qualificado como filiado ao *civil law* ou família romano-germânica de direito — à tradição de direito dos países do *common law*, isto é, oriundos da experiência institucional e histórica vinda da Inglaterra. Nesta última tradição, a força e autoridade do precedente judicial na gênese do direito é reconhecida de longa data, em oposição ao sistema do *civil law*, em que somente mais recentemente começou-se a admitir a jurisprudência como fonte do direito.

Discorrendo sobre o modelo do *civil law*, Miguel Reale leciona que “o Direito Romano caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do Direito”¹², o que, para Hans Kelsen, teria a desvantagem da falta de flexibilidade, mas, em contrapartida, ofereceria maior segurança jurídica.¹³ A tradição do *civil law* acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a Lei passou a ser considerada expressão autêntica da vontade geral, criada pelo Poder Legislativo. Por sua vez, a tradição do *common law*, dos povos anglo-saxões, baseia-se em um Direito pautado pelos usos e costumes e pelo exercício da jurisdição,

¹² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 141.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 175.

consolidados em precedentes judiciais, em detrimento do trabalho normativo — abstrato e genérico — de elaboração normativa pelo Poder Legislativo.

Registre-se que o sistema do *civil law*, por influência do *Code Napoléon* de 1804, é hoje adotado por países da Europa continental como a Alemanha, a França, a Itália, Portugal, a Espanha, tendo destes passado a países que foram suas colônias, como o Brasil e demais países da América Latina. O modelo do *common law*, por sua vez, é abraçado não apenas por Inglaterra e Estados Unidos, mas também na Austrália, Canadá, Índia, dentre outros países que tiveram, ao longo de sua história, ligação com a Coroa britânica na condição de colônias.

O *common law* busca se pautar pelo denominado *stare decisis*, expressão latina cujo significado literal é “*permanecer com o que foi decidido*”. De acordo com esta teoria jurídica, o julgador deve decidir os casos de maneira consentânea com casos semelhantes já decididos por outros julgadores, ou seja, deve “*permanecer*” a razão jurídica já aplicada anteriormente a casos similares.¹⁴

Nas palavras do *Chief Judge* do Tribunal de Comércio Internacional dos EUA, Edward Dominic Re:

a doutrina cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que já foi decidido) tem orientação no *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira.¹⁵

As justificativas apontadas para a aceitação do *stare decisis* podem ser resumidas, essencialmente, em quatro: 1) a aplicação da mesma regra a casos sucessivos similares produz igualdade de tratamento aos jurisdicionados; 2) o seguimento dos precedentes gera previsibilidade em lides futuras; 3) o uso

¹⁴ “Once a legislative body passes a law, the work of interpreting it falls to the courts. Federal and state appellate courts routinely publish their decisions, including the decisions they render with respect to legislative enactments. These published decisions guide subsequent courts that may be called upon to interpret the same laws, since courts generally attempt to make their decisions harmonize with previously decided cases, which are called precedents. The respect for precedent is a standard feature of the U.S. legal system and is generally referred to as the doctrine of *stare decisis*, which literally means, “Let the decision stand.” According to this legal doctrine, a court should, whenever possible, seek to make rulings consistent with the rulings by previous courts on the same subject. Thus, to understand a legislative enactment, one must generally have access not only to the text of the enactment but also to court opinions that have interpreted it.” HALL, Timothy L. (Ed.). *The U.S. Legal System*. Vol. 1. Pasadena: Salem Press, 2004. p. 18.

¹⁵ RE, Edward Dominic. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 31, nº 122, abr./jun. de 1994. p. 282.

de critérios estabelecidos em casos anteriores para novos casos poupa tempo e energia; 4) a adesão a decisões anteriores demonstra o devido respeito pela sabedoria e experiência de gerações prévias de magistrados.¹⁶

A teoria do precedente (*stare decisis*) deita raízes em um *raciocínio por analogia*¹⁷, entendido como aquele que consiste em “concluir pela identidade de dois ou mais termos em razão de sua semelhança parcial”¹⁸ ou também como o decorrente de uma “relação estabelecida entre realidades essencialmente diversas, mas que têm algo em comum”.¹⁹

Assim, embora cada caso judicial seja único, ao menos no sentido de que envolve partes diferentes e situações de vida distintas, é possível vislumbrar entre alguns deles uma certa identidade que permite a extensão, por analogia, da tese jurídica central afirmada em uma demanda (também chamada *ratio decidendi* no direito inglês ou *holding* no direito norte-americano) a outra similar. A decisão que serviu de base para a aplicação aos demais casos pode ser chamada de *analogada primeira* ou *principal*²⁰, enquanto as decisões que se valem da solução jurídica dada em caso anterior podem ser ditas *analogadas secundárias*. Em terminologia jurídica, a decisão analogante principal é chamada *acórdão-paradigma*, enquanto as decisões analogadas secundárias são denominadas “casos repetidos ou repetitivos”.

Com o aumento também no Brasil da litigiosidade a ser solvida pelo Poder Judiciário, os estudiosos nacionais começaram a voltar seus olhos para estes mecanismos de origem anglo-saxã acima descritos como formas alternativas de solucionar o contencioso de massa de demandas repetidas. Da eficácia simplesmente persuasiva da jurisprudência, típica do modelo clássico do sistema romano-germânico (*civil law*), passou-se a valorizar a possibilidade de que decisões de Cortes Superiores efetivamente vinculassem os magistrados de tribunais inferiores. O resultado disto, como já visto, foi uma série de alte-

¹⁶ FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th ed. New York: Oxford University, 2010. p. 59.

¹⁷ O uso da analogia no direito como forma de solução de casos jurídicos similares é antigo, podendo ser encontrado, por exemplo, nas regras de hermenêutica do direito talmúdico (direito judaico). Segundo a Enciclopédia Judaica, na interpretação de textos talmúdicos, deve-se levar em consideração a máxima “gezerah shavah” (*leis similares, decisões similares*): “This may be described as argument by analogy, which infers from the similarity of two cases that the legal decision given for the one holds good for the other also. The term 'gezerah shavah' originally included arguments based on analogies either in word or in fact.” SINGER, Isidore et alii. **The Jewish Encyclopedia**. Article “Talmud Hermeneutics”. Vol. 12. New York: Funk and Wagnalls, 1912. p. 32.

¹⁸ JOLIVET, Régis. **Vocabulário de Filosofia**. Verbete “analogia”. Trad. Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1975. p. 18.

¹⁹ Loc. cit.

²⁰ Loc. cit.

rações na Constituição e no Código de Processo Civil para acomodar esta nova eficácia dos precedentes dos tribunais superiores.

A propósito, Mauro Cappelletti, em sua obra “Juízes Legisladores?”, já identificava, por força das grandes transformações que a função judiciária vem sofrendo, a tendência de aproximação ou convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.²¹ É o que tem sido ultimamente intitulado por “commonlawlização”.

Reconhecendo o intenso diálogo entre as famílias jurídicas e as inegáveis influências recíprocas, Sérgio Gilberto Porto explica o fenômeno: “quando se afirma que ocorre uma *commonlawlização* do direito nacional, se quer dizer que há uma tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito. Nesta linha, cumpre registrar que efetivamente vem ocorrendo um saudável prestigiamto das decisões judiciais no Brasil”.²²

4. JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Por que razão adiantamos, na Introdução, a existência de uma espécie de vocação do direito tributário para a aplicação destas técnicas de precedentes, bem como para demandas repetitivas? Pode-se tentar aqui indicar alguns motivos para a reflexão, que depois serão demonstrados através da análise da jurisprudência recente do STF e do STJ em matéria tributária valendo-se de alguns dos instrumentos acima citados.

Uma primeira razão possível encontra-se na própria natureza do poder de tributar. Sendo este uma emanção direta da soberania estatal, consagram-se relações jurídicas tributárias fundadas no direito público e de caráter *compulsório*. Todas as pessoas presentes no território nacional (sejam físicas ou jurídicas) estão submetidas a este incontestável poder como forma de contribuir para a vida em sociedade (o dever fundamental de pagar tributos). Logo, o número de pessoas submetidas *obrigatoriamente* a estas relações jurídicas é maciço.

Diferentemente das relações patrimoniais de direito privado, em que o contratante, caso insatisfeito, pode simplesmente recusar-se a contratar ou manter-se em uma relação jurídica, não há autonomia da vontade do sujeito passivo tributário que o permita não se submeter à incidência tributária uma vez ocorrido o fato gerador. Esta realidade demonstra o potencial multiplicador de demandas em razão justamente do milionário número de contribuintes ou responsáveis tributários, recordando-se que, a cada fato gerador, nasce

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 133.

²² PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005. p. 770.

uma obrigação tributária nova, de modo que um mesmo sujeito passivo possui, em verdade, várias relações tributárias com o Fisco, aumentando exponencialmente o número de relações tributárias que potencialmente podem ser levadas até os Tribunais.

Outra explicação se encontra na configuração do Estado Democrático Social que a Constituição de 1988 conferiu a nossa República. Se o Estado é chamado a dar efetividade às normas constitucionais e a assumir cada vez mais políticas públicas que atendam às necessidades coletivas, a outra face da moeda só pode ser a premência de recursos financeiros para fazer frente a estes gastos. Como o Estado contemporâneo tem nos tributos a sua principal fonte de receitas²³, é óbvio que a Administração buscará cada vez mais sofisticar não só seu sistema tributário, buscando angariar mais recursos a partir da criação de novas espécies tributárias ou majoração das já existentes, mas também afinar os meios de execução do crédito fiscal. A necessidade crescente de recursos, além de gerar insatisfação por parte do contribuinte, que pode ir ao Judiciário contestar tal cobrança, também pode criar uma mentalidade arrecadatória a qualquer custo em certos agentes do Fisco, o que conduziria à desconsideração das garantias do contribuinte pela própria Administração Tributária (embora o direito financeiro moderno não se compadeça com esta mentalidade²⁴), como se a finalidade de arrecadar justificasse quaisquer meios empregados para tanto.

²³ “A partir da queda do muro de Berlim (1989), que, com o seu simbolismo, marca o início do processo de globalização, a crise dos socialismo e dos intervencionismos estatais e a mudança dos paradigmas políticos e jurídicos, fortalece-se o Estado Democrático e Social Fiscal, que coincide com o Estado Democrático e Social de Direito [...]. Mantém características do Estado Social, mas passa por modificações importantes, como a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo no domínio social e econômico. Vive precipuamente dos ingressos tributários, reduzindo, pela privatização de suas empresas e pela desregulamentação do social, o aporte das receitas patrimoniais e parafiscais. Procura, na via da despesa pública, diminuir as desigualdades sociais e garantir as condições necessárias à entrega de prestações públicas nas áreas da saúde e da educação, abandonando a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos. Nele se equilibram a justiça e a segurança jurídica, a legalidade e a capacidade contributiva, a liberdade e a responsabilidade.” TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 9.

²⁴ “O Direito Financeiro evoluiu. Já não é aquela ciência jurídica que estudava apenas as finanças do Estado para a realização de suas funções perante a coletividade e, especificamente, em relação a suas receitas e a suas despesas, bem assim, a formas de controle pautadas no ramo do Direito Orçamentário. O estudo do Direito Financeiro engloba, hoje, questões relacionadas à efetivação da justiça fiscal. Preocupa-se com a maneira mais equitativa de arrecadação, especialmente na sua fonte tributária. Desenvolve os mecanismos de gestão do Erário, que passam a se pautar em normas de governança pública, direcionando sua atuação por medidas que se parametrizam pela moralidade, ética, transparência, eficiência e responsabilidade. Impõe aos gastos públicos novas formas de controle, a fim de observar o melhor interesse da coletividade, atribuindo ao gestor da coisa pública a responsabilização pelos seus atos e decisões na sua administração. Hoje em dia, as finanças públicas são regidas por normas que prezam a justiça na arrecadação, eficiência na aplicação, transparência nas informações e rigor no controle das

Um terceiro motivo diz respeito à própria configuração do sistema tributário brasileiro, em que as principais garantias do sujeito passivo tributário encontram-se não em legislação infraconstitucional, como em boa parte dos países, mas na própria Constituição. A inserção de várias limitações ao poder de tributar no texto constitucional permite que diversas discussões sobre tributos em nosso país tenham reflexo constitucional direto, abrindo acesso ao Supremo Tribunal Federal, por ser este o guardião último da Lei Maior.

Outra questão relaciona-se ao fato de que a legislação tributária nacional é assaz complexa, consubstanciando verdadeiro *cipóal* de normas cuja interpretação e aplicação quase nunca é simples. Isso também contribui para o aumento da conflitividade, a qual só poderá ser solvida definitivamente pelo Judiciário.

Por fim, aponte-se que as demandas em matéria tributária, muitas vezes, versam sobre questões de direito, e não tanto sobre fatos, e os fatos em geral são analisados com base em prova documental trazida pelas partes. Audiências de instrução e julgamento para oitiva de testemunhas são raras na seara tributária. Ora, do ponto de vista processual, quando não há grande divergência fática na origem dos conflitos, é comum que as demandas se repitam com frequência, bem como as teses jurídicas trazidas pelas partes sejam as mesmas. Por este motivo, dado o grande número de contribuintes por vezes esgrimindo as mesmas teses, é comum que se usem modelos gerais de petições em ambos os polos da relação processual (tanto do lado da Fazenda Pública como do lado do contribuinte). Esta situação instaura um terreno fértil para o raciocínio analógico a partir de precedentes jurisprudenciais, como acima já apresentado.

Apenas para indicar, com um singelo dado, esta realidade: a página eletrônica que veicula o Índice Remissivo de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça separa os casos julgados nesta sistemática por matérias. A página apresenta atualmente um rol contendo 128 matérias, das quais 31 são diretamente relacionadas ao direito tributário, ou seja, quase 25% dos temas elencados por aquele tribunal superior.

Após questionar o *porquê* da vocação do direito tributário para demandas repetitivas, pode-se perguntar *para que finalidade* é interessante a adoção, neste ramo do direito, de mecanismos próprios do *common law* relacionados à teoria dos precedentes.

É conatural à noção de direito tributário contemporâneo a busca da segurança jurídica. Obviamente, a segurança jurídica é um valor prezado por todo o ordenamento, não só pelo direito tributário. Mas neste campo do direito, ela ganha contornos específicos, pois desde a sua fundação moderna

contas públicas." ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. XIX.

no Estado liberal, o direito tributário marca-se por uma tensão dialética entre a arrecadação, de um lado, e, de outro, a segurança e previsibilidade das situações fáticas que podem ser tributadas. Não à toa, até hoje uma das mais candentes discussões teóricas no direito tributário diz respeito ao modo de interpretação que se deve dar às hipóteses de incidência tributárias, se volta-da para uma tipicidade cerrada e estrita, mais próximo ao modelo do direito penal, ou se é admitida uma maior abertura hermenêutica.²⁵

Seja como for, está fora de dúvidas que o Estado tributante não deve frustrar as expectativas dos cidadãos contribuintes, devendo as normas tributárias — ainda que na prática nem sempre seja assim — buscar afiançar a *previsibilidade* das hipóteses de incidência de modo a que o cidadão possa planejar os atos de sua vida civil tendo plena noção da carga tributária a que estará submetido.

Diversos princípios constitucionais de elevada envergadura no sistema tributário visam a garantir esta segurança de uma forma qualificada: a legalidade (art. 150, I, CF 88), a irretroatividade (art. 150, III, *a*, CF 88), a anterioridade (art. 150, III, *b*, CF 88) e a anterioridade nonagesimal (art. 150, III, *c*, CF 88) são exemplos de que o Estado Democrático de Direito deve ser claro nas exigências tributárias que faz de seus cidadãos, evitando surpreendê-los com a imposição de deveres das quais não foram previamente cientificados com prazo mínimo de adaptação e por meio hábil, a saber, leis votadas pelos representantes do povo no Congresso Nacional.

Voltando o olhar para a perspectiva processual, é possível afirmar que não apenas os princípios constitucionais tributários contribuem para esta busca de estabilidade e segurança, mas que os métodos processuais utilizados também podem fazer diferença considerável neste sentido.

Não se deve olvidar que o objetivo da *verticalização da jurisprudência dos Tribunais Superiores* é dúplex: conferir maior celeridade ao julgamento dos processos e, ao mesmo tempo, uniformizar a jurisprudência, intentando dar a mesma solução a casos similares como forma de promover a igualdade entre os jurisdicionados.

Além do ganho em celeridade processual, agora alçada a direito fundamental pela Constituição, busca-se evitar o deletério efeito de haver decisões em sentido contrário em hipóteses idênticas. Nada desaponta mais o cidadão a quem se nega uma tutela jurisdicional que ver o seu concidadão ter o direito reconhecido pelo Poder Judiciário, em situação idêntica, enquanto o

²⁵ Para um aprofundamento deste tema hermenêutico, por meio da discussão da cláusula geral antielisiva, ver ABRAHAM, Marcus. **Justiça Fiscal, Direito Privado e Planejamento Tributário**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2005.

seu direito foi rechaçado. O potencial de pacificação social ínsito na eficácia uniformizadora, isonômica e estabilizadora destes novos métodos não é desprezível, mormente em razão de que, como ensina a Teoria Geral do Processo, é função precípua da prestação jurisdicional buscar a paz social por meio da composição dos litígios.

Passemos a analisar algumas das discussões em matéria tributária mais presentes nos tribunais superiores nos últimos anos, já submetidas aos regimes da súmula vinculante, de repercussão geral e de recursos repetitivos, ou seja, contidos dentro da aludida verticalização jurisprudencial.

Primeiramente, trazemos a destaque as matérias submetidas ao regime de súmula vinculante: a) *Súmula Vinculante nº 8*: são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário; b) *Súmula Vinculante nº 19*: a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o art. 145, II da Constituição Federal; c) *Súmula Vinculante nº 28*: é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário; d) *Súmula Vinculante nº 29*: é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra; e) *Súmula Vinculante nº 31*: é inconstitucional a incidência do ISS sobre operações de locação de bens móveis; f) *Súmula Vinculante nº 32*: o ICMS não incide sobre a alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

Passamos agora a destacar alguns dos julgados do STF submetidos ao regime da repercussão geral: a) não incidência do ICMS no fornecimento de água tratada por concessionária de serviços públicos (RE 607056, Relator Min. Dias Toffoli, 10/04/2013); b) incidência do FINSOCIAL sobre faturamento que não é alcançada por imunidade tributária de livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão (RE 628122, Relator Min. Gilmar Mendes, 19/06/2013); c) é constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo (RE 582461, Relator Min. Gilmar Mendes, 18/05/2011); d) as sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal e desde que não tenham finalidade lucrativa, gozam da imunidade tributária recíproca (RE 580264, Relator Min. Ayres Britto, 16/12/2010); e) é inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais (RE 648245, Relator Min. Gilmar Mendes, 01/08/2013); f) somente após a entrada em vigor da Lei 9.779/99 é possível realizar a compensação de créditos de IPI pagos na entrada de insumos, quando o produto final for isento do tributo ou sujeito à alíquota zero

(RE 562980, Relator Min. Marco Aurélio, 06/05/2009); g) o crédito-prêmio do IPI foi extinto em 05.010.1990, já que, para continuar vigorando, deveria ter sido confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos após a publicação da CF/88 (RE 577348, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 13/08/2009); h) é inconstitucional o recolhimento, para a Previdência Social, da contribuição incidente sobre a comercialização da produção rural (antigo Funrural) por empregador rural pessoa física, com alíquota de 2% sobre a receita bruta de sua produção (RE 596177, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 01/08/2011); i) o município não pode cobrar taxa por ocupação do solo (onde são fixados os postes) e do espaço aéreo público pelo sistema de transmissão (cabos) de energia elétrica (RE 581947, Relator Min. Eros Grau, 27/05/2010); j) a imunidade tributária deve alcançar todas as atividades desempenhadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, independentemente de sua natureza (RE 601392, Relator Min. Gilmar Mendes, 28/02/2013); k) é inconstitucional a incidência da contribuição para PIS e Cofins não cumulativas sobre os valores recebidos por empresa exportadora em razão da transferência a terceiros de créditos de ICMS (RE 606107, Relatora Min. Rosa Weber, 22/05/2013); l) é inconstitucional a incidência da contribuição para PIS e Cofins sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação (RE 627815, Relatora Min. Rosa Weber, 23/05/2013); m) é constitucional o sistema progressivo de alíquotas para o imposto sobre a transmissão causa mortis e doação — ITCD (RE 562045, Relatora Min. Cármen Lúcia, 06/02/2013); n) a contribuição ao PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e como base de cálculo o valor aduaneiro, excluindo-se o ICMS (RE 559937, Relator Min. Dias Toffoli, 20/03/2013); o) é constitucional contribuição destinada ao SEBRAE (RE 635682, Relator Min. Gilmar Mendes, 25/04/2013); p) é constitucional a vedação da dedução do valor da CSLL para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ (RE 582525, Relator Min. Joaquim Barbosa, 09/05/2013); q) a incidência do IR e da CSLL sobre os resultados de empresas controladas ou coligadas no exterior, na data do balanço no qual tiverem sido apurados — se aplica às controladas situadas em países considerados “paraísos fiscais”, mas não às coligadas localizadas em países sem tributação favorecida (RE 611586, com mérito resolvido na ADI 2588, Relator Min. Joaquim Barbosa, 10/04/2013).

Finalmente, trazemos à colação alguns julgados do STJ submetidos ao regime dos recursos repetitivos: a) a simples declaração de compensação relativa ao crédito-prêmio de IPI não suspende a exigibilidade do crédito tributário, razão por que poderá a Fazenda Nacional recusar-se a emitir a certidão de regularidade fiscal (REsp 1157847, Rel. Min. Castro Meira, 24/03/2010); b) ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a comprovação de quitação de tributos federais já fora apresentada quando da concessão do

benefício inerente às operações pelo regime de *drawback* (REsp 1041237, Rel. Min. Luiz Fux, 28/10/2009); c) a Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição da certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, vez que inextinguíveis os seus bens (REsp 1123306, Rel. Min. Luiz Fux, 09/12/2009); d) a fiança bancária, ainda que no montante integral, não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, servindo apenas para garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, viabilizando apenas a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos (REsp 1156668, Rel. Min. Luiz Fux, 24/11/2010); e) o contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa (REsp 1123669, Rel. Min. Luiz Fux, 09/12/2009); f) o descumprimento da obrigação acessória de informar, mensalmente, ao INSS, dados relacionados aos fatos geradores da contribuição previdenciária, é condição impeditiva para expedição da prova de inexistência de débito (REsp 1042585, Rel. Min. Luiz Fux, 12/05/2010); g) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário nasce, por força de lei, com o fato gerador, e sua exigibilidade não se condiciona a ato prévio levado a efeito pela autoridade fazendária, perfazendo-se com a mera declaração efetuada pelo contribuinte, razão pela qual, em caso do não-pagamento do tributo declarado, afigura-se legítima a recusa de expedição da Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa (REsp 1123557, Rel. Min. Luiz Fux, 25/11/2009); h) a recusa, pela Administração Fazendária Federal, do fornecimento de Certidão Positiva com efeitos de Negativa (CPD-EN) revela-se ilegítima na hipótese em que configurada pendência superior a 30 (trinta) dias do pedido de revisão administrativa formulado pelo contribuinte, fundado na alegação de pagamento integral do débito fiscal antes de sua inscrição na dívida ativa (REsp 1122959, Rel. Min. Luiz Fux, 09/08/2010); i) em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização “antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001 (REsp 1164452, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 25/08/2010); j) fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo (REsp 1213082, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 10/08/2011); k) a compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco; (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, *ex vi* do artigo 170, do CTN (REsp 1008343, Rel. Min. Luiz Fux, 09/12/2009); l) em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas,

tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária a cargo da empresa; e, no que se refere ao terço adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal da Lei 8.212/90 (REsp 1230957, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 26/02/2014); m) a decadência, consoante a letra do art. 156, V, do CTN, é forma de extinção do crédito tributário e uma vez extinto o direito, não pode ser reavivado por qualquer sistemática de lançamento ou autolancamento, seja ela via documento de confissão de dívida, declaração de débitos, parcelamento ou de outra espécie qualquer, como DCTF, GIA, DCOMP, GFIP, etc. (REsp 1355947, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 12/06/2013); n) o instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário (REsp 1102577, Rel. Min. Herman Benjamin, 22/04/2009); o) o depósito prévio previsto no art. 38, da LEF, não constitui condição de procedibilidade da ação anulatória, mas mera faculdade do autor, para o efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN, inibindo, dessa forma, o ajuizamento da ação executiva fiscal (REsp 962838, Rel. Min. Luiz Fuz, 25/11/2009); p) as execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04 (REsp 1111982, Rel. Min. Castro Meira, 13/05/2009); q) segundo o art. 8º da Lei 6.830/30, a citação por edital, na execução fiscal, somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por Oficial de Justiça (REsp 1103050, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 25/03/2009); r) a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (REsp 1045472, Rel. Min. Luiz Fux, 25/11/2009); s) a conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, sendo que tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (REsp 1138206, Rel. Min. Luiz Fux, 09/08/2010); t) para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN (REsp 1269570, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 23/05/2012); u) na repetição de indébito tributário referente a recolhimento de tributo direto, desnecessária a comprovação de que não houve repasse do encargo financeiro decorrente da incidência do imposto ao consumidor final, razão pela qual a autora é parte legítima

tima para requerer eventual restituição à Fazenda Pública (REsp 1125550, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 14/04/2010); v) a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN, sendo indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp 1101728, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 11/03/2009); x) no caso de redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-gerente cujo nome conste expressamente na CDA, competirá a este provar que não agiu com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, e, no caso em que o seu nome não conste na CDA, competirá, inversamente, à Fazenda Pública tal prova (REsp 1104900, Rel. Min. Denise Arruda, 25/03/2009); y) não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa — CDA, uma vez que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, e a exceção de pré-executividade só é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória (REsp 1110925, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 22/04/2009); z) o termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da junta da aos autos do mandado cumprido (REsp 1112416, Rel. Min. Herman Benjamin, 27/05/2009).

Essa exaustiva relação tem seu valor em demonstrar, de modo sucinto, o *estado da arte* da aplicação da verticalização da jurisprudência na temática tributária, ilustrando a multiplicidade de precedentes vinculantes e a rapidez com que nosso direito tem se aproximado do *common law*.

Contudo, faça-se aqui uma advertência sobre uma tentação que pode acometer o julgador, sobretudo na esfera tributária, em que a variação entre os casos nem sempre é significativa. Se, de um lado, a aplicação da tese fixada pelos Tribunais Superiores confere celeridade e uma relativa estabilidade ao julgamento das causas, por outro, não está o magistrado dispensado de uma análise atenta dos autos para apreciar se o acórdão-paradigma deve ser aplicado na hipótese. Evita-se com isso o risco de aplicação indevida do precedente, o que equivaleria a dar uma solução jurídica inadequada ao caso concreto.

Como indica a doutrina no *common law*, a aplicação do precedente não é automática e dispensa certos cuidados, especialmente aquele referente à necessidade de uma ação humana de *distinguir* casos análogos (aos quais se pode aplicar a mesma razão de decidir) daqueles que somente aparentam

semelhança e não podem ter a mesma solução (a chamada técnica do *distiguish*):

O precedente consiste de dois componentes: a decisão do tribunal e a matéria fática que o tribunal levou em consideração ao tomar tal decisão. Os fatos em dois casos em sede recursal, contudo, invariavelmente diferem em alguma medida. O grau de similaridade dos fatos em ambos os casos para que se aplique o precedente envolve um juízo intensamente pessoal [...]

Os precedentes podem ser distinguidos. Isto meramente envolve a afirmação de que os fatos do caso submetido a decisão diferem daqueles de um precedente presumidamente relevante. Como já apontamos, os fatos dos casos sujeitos a recurso sempre diferem uns dos outros.²⁶ (tradução nossa)

Ou, ainda, na feliz síntese de Marjorie Rombauer:

[...] um juízo está “vinculado” a seguir um precedente daquela jurisdição apenas se o precedente refere-se ao tema do caso em questão. Em sentido mais preciso, “tema do caso em questão” significa que: (1) a questão resolvida no caso precedente é a mesma questão a ser solvida no caso pendente; (2) a resolução dessa questão foi necessária para a solução do caso precedente; (3) os fatos relevantes do caso precedente também estão presentes no caso pendente; (4) nenhum fato adicional apresenta-se no caso pendente que possa ser tratado como relevante.²⁷

5. CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988, ao garantir maior acesso à justiça, em ambas as concepções — formal e material —, criou uma complexa realidade para o Poder Judiciário brasileiro: superar o avassalador volume de demandas processuais repetitivas sem mitigar a inafastável necessidade de analisar e compreender as peculiaridades de cada processo apresentado.

Inúmeros mecanismos processuais vêm sendo adotados para, conferindo-se maior efetividade ao processo judicial, permitir o julgamento de maneira mais célere e segura, tendo na acolhida da teoria dos precedentes vinculantes, modelo típico da tradição do *common law*, uma de suas vigas mestras, em especial a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

²⁶ SEGAL, Jeffrey Allan *et alii*. **The Supreme Court in the American legal system**. New York: Cambridge University, 2005. p. 31-32.

²⁷ ROMBAUER, Marjorie Dick. **Legal Problem Solving: analysis, research and writing**. 3rd ed. St. Paul: West Publishing Company, 1978. p. 22-23.

Diante da realidade fiscal brasileira, com um intrincado sistema tributário e elevada carga fiscal, parece-nos próprio ao direito processual tributário a sua especial vocação para demandas repetitivas e contencioso de massa, em que se controvertem questões eminentemente jurídicas, tornando-se, portanto, arena adequada para adoção de mecanismos de julgamento vinculantes.

A inexorável aproximação do direito processual tributário brasileiro ao modelo anglo-saxão do *common law* baseado na aplicação de precedentes vinculantes em nada retira a nobreza da atividade do magistrado, oportunizando-lhe realizar maiores e mais profundas reflexões sobre suas convicções e abrindo campo para debates mais ricos sobre as novas teses jurídicas ainda por serem estudadas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th ed. New York: Oxford University, 2010.

FLETCHER, George P; SHEPPARD, Steve. **American law in a global context: the basics**. New York: Oxford University, 2005.

HALL, Timothy L. (Ed.). **The U.S. Legal System**. Vol. 1. Pasadena: Salem Press, 2004.

JOLIVET, Régis. **Vocabulário de Filosofia**. Verbete “analogia”. Trad. Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1975.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RE, Edward Dominic. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 31, nº 122, abr./jun. de 1994.

ROMBAUER, Marjorie Dick. **Legal Problem Solving: analysis, research and writing**. 3rd ed. St. Paul: West Publishing Company, 1978.

SEGAL, Jeffrey Allan *et alii*. **The Supreme Court in the American legal system**. New York: Cambridge University, 2005.

SINGER, Isidore *et alii*. **The Jewish Encyclopedia**. Article "Talmud Hermeneutics". Vol. 12. New York: Funk and Wagnalls, 1912.

STEPHENS JR., Otis H.; SCHEB II, John M. **American Constitutional Law: Sources of Power and Restraint**. Vol. I. 4th ed. New York: Thomson-Wadsworth, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Compromisso com o direito e a justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



SEGURANÇA JURÍDICA E (IM)PREVISIBILIDADE DO DIREITO

*Rafael de Oliveira Costa**

Resumo

A partir da multiplicação do número de processos e da busca pela celeridade na prolação da decisão, o aplicador passou a inverter o processo hermenêutico para adequar a ordem jurídica ao seu sentido subjetivo, partindo não mais de proposições normativas, mas de seu próprio sentimento de justiça. Com isso, temos uma forte guinada para a subjetividade, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões. Assim, na prática dos Tribunais, o jurista se depara sempre com o questionamento acerca da possibilidade de redução da subjetividade na interpretação. No intuito de tornar efetivo esse desiderato, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise investigativa acerca da relação entre a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais — especialmente diante da diversidade de decisões —, buscando estabelecer o papel a ser desempenhado pela jurisprudência. Sustentamos que, apenas com a atenção redobrada na delimitação do significado, da natureza e da evolução da ideia de segurança jurídica é que o processo pode ser apto a prover o respeito à previsibilidade, permitindo a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Previsibilidade do Direito. Efetividade dos direitos fundamentais.

Abstract

From the multiplication of the number of processes and the quest for rapidity in deciding, the judges came to reverse the hermeneutical process to mold the law to his/her subjective sense, starting no more from the legal text, but from his/her own sense of justice. Thus, we have a turn to subjectivity in detriment of legal certainty and predictability of decisions. In courts' practice, lawyers are always faced with the question about the possibility of reducing subjectivity in interpretation. The present work aims to conduct an investigative analysis of the relationship between legal certainty and predictability of judicial decisions, especially given the diversity of judgments and the role to be played by jurisprudence. Therefore, in order to solve this problem, we contend that only with careful attention in defining the meaning, the nature and evolution of legal certainty, the process may be able to provide respect to predictability, allowing the enforcement of fundamental rights.

Keywords

Legal certainty. Law's predictability. Enforcement of fundamental rights.

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de segurança jurídica aparece, à primeira vista, como referência a um conteúdo de natureza meramente principiológico.

Contudo, a isto não se limita, uma vez que, a partir da Constituição de 1.988 e da legislação infraconstitucional, assume feições diversas.

De qualquer modo, a ideia de segurança jurídica não pode ser compreendida em abstrato, mas carece de uma “substancialização” que a concretize junto à realidade.

No intuito de buscar a essência da segurança jurídica, parcela da doutrina vem atentando para indispensável garantia de um Direito estável e previsível. Trata-se de meio de proteção dos cidadãos contra as incoerências e mudanças frequentes nas normas jurídicas, impedindo que o jurisdicionado saiba como deva agir (VIDAL, 2003, p. 06).

Atualmente, busca-se compatibilizar a segurança jurídica com a plasticidade do ordenamento, em razão das inúmeras — e constantes — mudanças da sociedade. Por este motivo, a segurança jurídica se apresenta como a linha mestra da evolução do ordenamento jurídico, uma vez que pretende atrelar mudanças sociais e previsibilidade das decisões judiciais.

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico, embora deva permitir ao jurisdicionado conhecer as consequências de seus atos, não pode permanecer inerte.

Não bastasse, o pensamento jusfilosófico hodierno tende a concluir que o Direito inspira-se nos valores da segurança e da justiça, enquanto vetores axiológicos que o regem (REALE, 1990, p. 563-564).

Segundo entendemos, a ideia de segurança jurídica é aberta e variável. Serve de guia para o operador do Direito na elaboração, na interpretação e na aplicação da norma, designando um conteúdo abrangente, que inclui: 1. a confiança nos atos do Poder Público; 2. a estabilidade das relações jurídicas, especialmente diante do princípio da anterioridade e a busca pela conservação de direitos em face da lei nova¹; e 3. a previsibilidade dos comportamentos (BARROSO, 2007).

¹ Nesse último sentido, já decidiu o STF na ADI nº 493-DF que não há qualquer distinção entre a obediência à garantia do direito adquirido por normas de qualquer natureza, sejam elas de ordem pública ou não: *“Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos — apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal — de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.”* (Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 25/06/1992. Dis-

Mas como, historicamente, se deu o seu desenvolvimento? É o que procuraremos demonstrar a seguir.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Uma rápida digressão histórica acerca da segurança jurídica faz-se indispensável para o seu entendimento hodierno, bem como para estabelecer a sua relação com a previsibilidade das decisões judiciais. Assim, dividiremos o seu estudo, segundo os ditames do constitucionalismo, em três fases: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

2.1. Do Paradigma do Estado Liberal

O Estado Liberal de Direito caracteriza-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação de poderes e do império das leis (BONAVIDES, 1996).

Nesse paradigma, há nítida divisão entre o público e o privado, permitindo-se a segurança nas relações sociais por meio da observância à legalidade (BONAVIDES, 1996).

Assim, o princípio da legalidade permite que o jurisdicionado estabeleça um cálculo sobre as consequências jurídicas de suas condutas e, com isso, a vida social ganha segurança jurídica e previsibilidade (VIDAL, 2003).

Não bastasse, a segurança torna-se um pressuposto do Direito e do Estado. Hobbes², Locke³ e Rousseau⁴ perceberam a passagem do estado de na-

ponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(493.NUME.%20OU%20493.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(493.NUME.%20OU%20493.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 01/08/2009.)

² Hobbes concebeu o Estado como necessário à garantia de segurança jurídica. Sem ele, os cidadãos viveriam eternamente em um estado de guerra. O Leviatã só é possível a partir de um contrato, onde cada indivíduo transfere ou cede parte de sua liberdade para obter segurança. A justificativa do Estado está, portanto, na manutenção da ordem através da segurança jurídica (HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 128.)

³ Locke parece, a princípio, encontrar na ideia de *liberdade* a justificativa para o Estado Moderno. Entretanto, a partir de uma leitura atenta de suas principais obras, pode-se perceber que, no estado natural de Locke, o homem é plenamente livre, uma vez que a sua concepção de liberdade se confunde com o dever de obediência ao direito natural. Mas se o homem é livre no estado de natureza, qual seria a justificativa para o Estado Moderno? A essa indagação, Locke sustenta que “*não é sem razão que ele procura de boa vontade unir-se em sociedade com outros já que estão reunidos ou têm a intenção de se unir para a mútua preservação de suas vidas, de suas liberdades e bens, aos quais chamo pelo nome genérico de propriedade.*” (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 73 e seguintes.)

⁴ Para Rousseau, a segurança jurídica é a própria justificativa do Estado, uma vez que, quando o indivíduo cede ao Estado parte de sua liberdade, encontra-se “seguro” pelo ordenamento

tureza para a sociedade civil. A partir desta passagem, a segurança jurídica torna-se basilar, pois o capitalismo necessita de certeza e legalidade nas relações jurídicas (WEBER, 1964).

Por este motivo, a segurança jurídica restou positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).⁵ Assim,

La seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractuallita e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Se ha observado certeramente, que 'la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho, o, dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico. (PEREZ LUÑO, 1994, p. 27)

A jurisdição, nesse contexto, se submete ao princípio da legalidade, servindo para dar fundamento a um complexo de garantias e, em especial, à segurança jurídica (FERRAJOLI, 2003, p. 16).

De um modo geral, são consagrados os direitos de primeira geração, especialmente a vida, a liberdade e a propriedade.

A busca pela certeza no Direito é tamanha, que o termo "segurança" vem conceituado no preâmbulo da Constituição francesa de 1793:

A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.⁶

O Código Civil Napoleônico, por sua vez, pretende consolidar a ordenamento jurídico como um sistema "fechado e autosuficiente, que os juízes não podem e não devem heterointegrar" (FIORAVANTI, 1995, p. 113).⁷ Assim,

jurídico. A liberdade seria o "preço" pago pela segurança. O Estado, nesse diapasão, é uma necessidade para a garantia de segurança jurídica (ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 26 e seguintes).

⁵ Art. 2: "Les droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

⁶ Não se trata, como se pode perceber, de um conceito estrito de segurança jurídica. Contudo, uma leitura atenta do referido dispositivo, focando principalmente a segurança dos direitos, se apresenta como uma primeira forma de tutelar a segurança jurídica, ainda que em sentido amplo.

⁷ Sustenta o professor italiano que: "In una situazione di grande instabilità come quella francese postrivoluzionaria, il codice assume ben presto un ruolo di assoluto rilievo, nel senso che in esso si condensa al massimo grado l'aspirazione liberale alla stabilità. Si attenua quindi sempre più il legame con la Dichiarazione dell'89, e con esso l'immagine del codice come prodotto dell'individualismo rivoluzionario... e prevale... sempre più l'altro lato del codice stesso, ovvero l'immagine di uno Stato sovrano, forte ed autorevole, che proprio con la codificazione civilistica è stato finalmente capace — o si presume tale — di rompere con il vecchio sistema delle fonti di diritto, di abrogare radicalmente, di creare un sistema normativo conchiuso ed autosufficiente, che i giudici non possono e non devono eterointegrare." (FIORAVANTI, 1995, p. 113)

[...] graças ao código, o liberalismo europeu pode finalmente pensar o direito positivo do Estado como um direito certo e estável — a célebre segurança jurídica — que os juízes aplicam de forma segura, garantindo aos indivíduos as posições (direitos) jurídicos subjetivos fixados na lei. (FIORAVANTI, 1995, p. 113)⁸

Contudo, é bom que fique claro que:

Grande equívoco tiveram os partidários da Escola da Exegese, como se o juiz pudesse operar como autômato. Não porque ele queira, mas porque é assim que as coisas são — cada juiz é ímpar, porque singular é todo homem. Longe de merecer descrédito, isso é razão de enaltecimento do homem. Quando se expõe o reconhecimento dessa verdade, é para que se lembre do óbvio, não para se optar pelo subjetivismo. Não se quer dizer que o intérprete ponha a sua carga subjetiva na atividade hermenêutica. A interpretação jurídica assim como a teológica são, nesse sentido, diferentes da interpretação artística, por exemplo. [...] Já o juiz apega-se à objetividade, sempre atento aos valores que o direito deve realizar. Conscientemente, reprime suas inclinações, se essas expressam individualismo, visto que da sua ação dependem questões vitais dos jurisdicionados. O juiz sabe todo o tempo que a finalidade da interpretação passa por ele, mas, verdadeiramente, o seu destino são outras pessoas. (MEGALE, 2002, p. 296-299)⁹

2.2. Do Paradigma do Estado Social

No início do século XX, o modelo de aplicação do Direito até então utilizado no Estado Liberal começou a ser colocado em questão, em razão da constatação de que os juízes não aplicam as normas de forma neutra. Como a norma geral e abstrata poderia garantir segurança jurídica se a sua interpretação é aberta e ela nada mais é do que uma moldura que pode ser preenchida com diferentes substratos (KELSEN, 2006)?

Com o surgimento do capitalismo monopolista e a Primeira Guerra Mundial, temos a crise da sociedade liberal, possibilitando o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo, que tem como principal expoente a Constituição da República de Weimar (1919).

Este cenário é justamente o panorama retratado por Martins-Costa:

⁸ No original: “[...] grazie al codice, il liberalismo europeo può finalmente pensare al diritto positivo dello Stato come ad un diritto certo e stabile — la celebre certezza del diritto — che i giudici applicano in modo sicuro, garantendo agli individui le posizioni giuridiche soggettive fissate nella legge.”

⁹ É bom que fique claro, contudo, que a Escola de Exegese, apesar das inúmeras críticas que tem sofrido por parte da doutrina, desempenhou um relevantíssimo papel ao situar o papel da lei e da hermenêutica no Direito.

Na base da conjuntura formadora do sentido social da segurança jurídica como previsibilidade e certeza dos atos estatais, estava a radical separação entre a sociedade e o Estado [...] Estava, ainda, a equação segundo a qual segurança era certeza da previsibilidade e essa certeza se traduzia em confiança: a lei, abstrata e geral, minudente em seus comandos repressivos, previria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor 'justiça'. (MARTINS-COSTA, 2004, p. 114)

Engisch, ao perceber a impossibilidade da estrita vinculação do juiz à lei, constata que,

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. (ENGISCH, 2001, p. 207)

Com o intuito de garantir segurança jurídica, a hermenêutica passa a estabelecer métodos mais sofisticados, como a análise teleológica, a sistêmica e a sociológica, buscando — obviamente, sem alcançar a finalidade pretendida — emancipar a interpretação da vontade subjetiva do intérprete, em direção à vontade objetiva da própria lei.

Em síntese, no paradigma do Estado Social, a função jurisdicional assume uma tarefa positiva na efetivação do Direito, a fim de garantir, sob o pálio da segurança jurídica e da igualdade material, a justiça no caso concreto.

2.3. Do Paradigma do Estado Democrático de Direito

O paradigma do Estado Social, contudo, passa a apresentar sinais de insuficiência para atender às demandas sociais e políticas. Isso porque, ao final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social começa a ser questionado em razão de sua crise de legitimação, tendo em vista os novos movimentos sociais (*hippie*, estudantil, pacifista, entre outros) que eclodem na década de 60 e as relações sociais extremamente intrincadas e fluidas que passam a existir entre os países.

Assim, o paradigma do Estado Democrático de Direito exsurge como alternativa ao modelo de Estado do bem-estar-social.

Essa passagem, no entanto, não se deu de forma pacífica, pois

[...] muitos autores chegaram a proclamar a morte, o declínio e o fim do Direito. Efetivamente, aquele 'belo' Direito de seguran-

ça, conceitos fechados e igualdade formal morreu, declinou, acabou. Um novo Direito surge, como aparece todos os anos uma safra dos grandes vinhos do passado, cabendo a nós degustar ambos. É preciso encarar o novo com otimismo e não com a nostalgia do passado irremediavelmente perdido. (KATAOKA, 2000, p. 459)

No paradigma do Estado Democrático de Direito, os princípios desempenham um novo papel que visa, sobretudo, permitir a solução para demandas complexas: o caso posto em discussão diante do Poder Judiciário pode ser um caso difícil (DWORKIN, 2002).

Assim, com o novo paradigma, são consagrados os direitos de terceira geração, e os de primeira e segunda outrora consagrados nos paradigmas anteriores passam por um processo de (re)leitura e adequação ao novo modelo (BONAVIDES, 2002, p. 226).

O princípio da separação de poderes, por sua vez, também ganha uma nova leitura, na qual o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização dos direitos, pois a ele compete viabilizar a legitimação do Estado Democrático pelo procedimento da cidadania (BONAVIDES, 2002, p. 235-242).

Com o advento do novo paradigma, o intérprete da norma também assume uma nova postura diante do texto normativo. Ao atentar para a importância dos princípios e das regras, as decisões devem observar, simultaneamente, a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica e como previsibilidade das decisões judiciais, e o sentimento de justiça, que decorre da adequabilidade da decisão argumentativamente construída à luz das particularidades do caso concreto (CARVALHO NETO, 1998, p. 245).

Os fundamentos do juiz que decide um caso devem levar em conta o seu horizonte de compreensão, uma vez que as decisões judiciais não fogem à condição histórica do intérprete (GADAMER, 1997).

No cenário atual, em face do que se convencionou chamar de Estado da Sociedade de Risco, aduz Torres que

Da ambivalência e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de segurança, em crescente contraste com o de insegurança. A idéia de segurança jurídica, prevalecte no Estado Liberal Clássico, que tinha por objetivo a proteção dos direitos individuais do cidadão, começa a ser contrabalançada no Estado de Bem-estar Social com a de segurança social (*rectius*: seguridade social) e culmina, no Estado Subsidiário, com a de seguro social e de prevenção. Os riscos e a insegurança da sociedade hodierna não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança so-

cial, econômica e ambiental. Da mesma forma que a sociedade tem a prevalência sobre o Estado, na cadeia de subsidiariedade referente aos direitos, também passa a tê-la no que concerne aos deveres; sucede que o cumprimento dos deveres é também moral, e não só jurídico, do que resulta que o Estado não pode impô-los. Todos os grandes riscos da atualidade (v.g. AIDS, destruição do meio-ambiente, drogas, terrorismo, etc.) seriam facilmente controlados se a própria sociedade resolvesse evitá-los; como esse dever moral não é assumido, o Estado não o pode criar por lei sob pena de ofender a liberdade do cidadão. Aí está o grande paradoxo do direito fundamental à segurança jurídica no Estado da Sociedade de Risco. (TORRES, 2008)

Conclui-se, pois, que o tema da segurança jurídica relaciona-se diretamente com o Estado de Direito e sofre modificações segundo as suas diversas expressões. Na primeira fase, do Estado Liberal de Direito, com permanência nas ulteriores, aparece como segurança dos direitos fundamentais; na segunda, como segurança social; na última, junte-se-lhe a segurança preventiva (TORRES, 2008).

3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Após essa (re)construção histórica à luz do constitucionalismo, resta claro que desde muito se busca garantir segurança jurídica, tanto no plano externo, como no plano interno.

Sem pretender exaurir a análise de toda a gama de documentos internacionais, constitucionais e infra-legais que, ao longo dos tempos, agasalharam o direito fundamental à segurança, o que se percebe, em uma primeira análise, é que as Constituições, em sua maioria, não precisaram o âmbito de aplicação, o conteúdo e a abrangência desse direito.

Em verdade, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança possa ser percebido como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, entre outras.

No aspecto estritamente positivo, a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, em seus arts. 1º e 3º, foi a primeira a estabelecer que:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. [...] O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da

comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

No mesmo sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de, 26 de agosto de 1789, dispunha expressamente:

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão. [...]

No mesmo sentido, o preâmbulo da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793:

A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.

A Constituição da Espanha, por sua vez, contém a seguinte disposição acerca do tema:

Art. 9º, 3 — La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Urge asseverar que a ausência de previsão expressa do direito à segurança jurídica não constituiu obstáculo ao reconhecimento de algumas suas manifestações na jurisprudência supranacional, com destaque para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No âmbito interno brasileiro, a segurança jurídica vem positivada em diversos preceitos.

Nos limites da Constituição da República/1988, a segurança jurídica assume duas feições distintas. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal mostra-a sob a forma de valor. Já sob o título dos direitos e garantias fundamentais, vem regulamentada junto às garantias inerentes ao Estado Democrático, materializando-se em verdadeiro direito subjetivo.

Nesse liame, urge destacar os seguintes dispositivos:

Preâmbulo — “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de

uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

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 direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Assim, tendo em vista a sua previsão constitucional, toda compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas deve levá-la em consideração.¹⁰

Exsurge, assim, um mandamento peremptório ao intérprete para que observe-a em todos os procedimentos, judiciais ou administrativos, cíveis ou criminais, sob pena de violar um dos postulados do Estado Democrático de Direito.

De outro modo, no ordenamento infraconstitucional, a segurança jurídica vem consagrada em diversos dispositivos:

1) Lei 9.784/99:

- i. *Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”*
- ii. *Art. 2º, Parágrafo Único, IV — “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;”*
- iii. *Art. 2º, Parágrafo Único, XIII — “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”*

¹⁰ No caso do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não ter o Constituinte se referido expressamente ao “direito à segurança jurídica”, este acabou sendo contemplado implicitamente em diversos dispositivos, tal como poder ser percebido na garantia do princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), chegando às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV).

- 2) Lei 9.868/99 — Art. 27 “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”
- 3) Lei 9.882/99 — Art. 11. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”
- 4) Lei 11.417/07 — Art. 2º, § 1º — “O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

Deste modo, resulta evidente que, tanto no plano externo, quanto no plano interno, a busca pela segurança jurídica vem prevista em diversos diplomas legais. Mas qual seria a natureza da segurança jurídica? É o que pasaremos a expor a seguir.

4. NATUREZA JURÍDICA

Segundo entendemos, a segurança jurídica deve ser vista, concomitantemente, como um valor, um princípio e um direito.¹¹

Vejamos as justificativas para sua inclusão em cada uma dessas categorias e as consequências de sua aplicação nas decisões judiciais.

4.1. Segurança como Valor

Sob o aspecto axiológico, deve-se atentar para o disposto no Preâmbulo da Constituição de 1988.

Mesmo não se caracterizando como norma constitucional propriamente dita, o Preâmbulo explicita finalidades e traça diretrizes, permitindo a

¹¹ Nesse sentido, vale à pena conferir: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr.

identificação de uma concepção jurídica marcada por forte conteúdo principiológico.¹²

Face ao Estado de Direito, a segurança jurídica traz em sua natureza a ideia de afastamento de incertezas, o que implica em assumir um perfil axiológico.

Na Espanha, como já ressaltado anteriormente, o texto do art. 9º, § 3º, da Constituição, aduz ser a segurança um princípio. Contudo, a doutrina e o Tribunal Constitucional inclinaram-se no sentido de atribuir-lhe a natureza de valor superior.¹³

Diante de tal referencial, Souza percebe na segurança jurídica três aspectos distintos, mas intimamente ligados, na medida em que a reconhece como um valor-meio, um valor-necessário e um valor-adjetivo (SOUZA, 1996).

Como valor-meio, a segurança jurídica

[...] resulta de um conjunto de técnicas normativas dispostas a garantir a completude do sistema; ou seja, o ordenamento jurídico tem, na Segurança, uma autocorreção, um corretivo dele próprio, como meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação de um determinado ordenamento constitucional. (SOUZA, 1996, p. 84)

Como valor-necessário, a segurança jurídica reflete-se em pressuposto para *“a atuação dos valores que o ordenamento jurídico pretenda realizar, em maior ou menor grau.”* (SOUZA, 1996, p. 84)

Por fim, como valor-adjetivo, na relação com os demais valores, a sua realização decorre da sua qualidade para gerar segurança. Identifica no valor segurança, portanto, um sentido *“auto reflexivo”* (SOUZA, 1996, p. 84).

Há de ter-se em conta que a segurança jurídica, como valor, constrói-se a partir da sua inserção na ordem jurídica, não de forma isolada, mas junto a outros valores, especialmente a justiça. Tanto é assim que, no dizer de Barroso:

Num Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça, tanto material como formal [...] A segurança, por sua vez, encerra

¹² Acerca da natureza jurídica do Preâmbulo, surgiram basicamente três teorias: irrelevância jurídica, norma constitucional originária e eficácia interpretativa. Prevalece, atualmente, o entendimento consagrado por esta última, ao concluir que o Preâmbulo é, em verdade, fundamento interpretativo de toda a Constituição. Conferir, nesse sentido, a seguinte obra: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³ Cf. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 140: *“... la seguridad jurídica no es mero factum inmanente a cualquier sistema de Derecho, sino un valor del Derecho justo que adquiere su plena dimensión operativa en el Estado de Derecho”*.

valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais da vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas. (BARROSO, 2000, p. 116)

Contudo, para que se tenha uma perspectiva holística da segurança jurídica, não pode o fenômeno ser vislumbrado sob um de seus aspectos. Para tanto, é preciso compreendê-la não apenas como valor, mas também como princípio.

4.2. Segurança como Princípio

O ordenamento jurídico equilibra-se entre os pólos da segurança e da mutabilidade. Segundo Ost, o Direito é tradição por excelência, na medida em que

constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado. (OST, 1999, p. 64)

Na relação entre tempo e Direito, a segurança jurídica, como princípio, se expressa na continuidade e permanência.

Segundo Ávila, a segurança jurídica não seria um simples princípio, mas um sobre-princípio, aproximando-se do que o autor convencionou chamar de postulado normativo (ÁVILA, 2004, p. 79).¹⁴

O ponto de partida está na percepção da segurança jurídica como princípio do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico de outro princípio: o da legalidade.¹⁵

¹⁴ Apesar da pertinência da classificação proposta por Ávila, usaremos neste trabalho indistintamente os termos princípio e postulado normativo, no intuito de evitar confusões com a doutrina majoritária.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes acerca do princípio da segurança jurídica, atribuindo-lhe as seguintes funções no ordenamento: "a) a segurança jurídica está no fundamento do instituto da decadência; b) a segurança jurídica fundamenta o instituto da prescrição; c) a segurança jurídica fundamenta o instituto da preclusão; d) a segurança jurídica fundamenta a intangibilidade da coisa julgada; e) a segurança jurídica é o valor que sustenta a figura dos direitos adquiridos; f) a segurança é o valor que sustenta o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito; g) a segurança jurídica está na base da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo; h) a segurança jurídica está na ratio da adstrição às formas processuais; i) a segurança jurídica está na ratio do princípio da irretroatividade da lei, quando gravosa ao status libertatis das pessoas ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei. Já pelo viés negativo, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Em outras palavras, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que passou a ter o *status* de subprincípio do princípio estruturante do Estado de Direito (SARLET, 2006, p. 243).

Parcela da doutrina assinala, inclusive, que, a despeito de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica “é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.” (MELLO, 2004, p. 112)

Juarez Freitas também deriva o princípio da segurança jurídica da noção de Estado de Direito, destacando a estabilidade das relações jurídicas

j) a segurança jurídica não afrontada, senão reforçada, com o rigor probatório, nas matérias concernentes à concessão de benefícios especiais a certas categorias ou pessoas, conforme a situação em que se encontrem; k) a segurança jurídica não impede que lei nova ou ato administrativo dê conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador.” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112)

Recentemente, houve três decisões do STF — MC nº 2.900-RS, MS 24268/MG e MS 22357/DF — qualificando a segurança jurídica como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito.

Em 27 de maio de 2003, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem na Medida Cautelar nº 2.900-3/RS decidiu que: “Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g., art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.”

No Mandado de Segurança nº 24.268/MG, o STF, por maioria, concedeu a segurança por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa: “Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passado 18 anos de sua concessão — e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 [...] — embora tenha sido um dos incentivos do projeto que resultou na aludida lei — uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deve ser computado com efeitos retroativos. Mas afigura-se-me inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em caso como os dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião [...] É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato.”

Analisando as referidas decisões, aduz Couto e Silva que “Os três acórdãos do STF, na MC 2.900-RS, no MS nº 24268/MG e no MS 22357/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao declararem, pela primeira vez na jurisprudência daquela Corte, que a segurança jurídica é um princípio constitucional, como subprincípio do princípio do Estado de Direito (CF, art. 1º), a par de encontrar a correta fundamentação para inúmeros casos decididos no passado — sustentados, a nosso juízo, por insatisfatória argumentação, como tivemos ocasião de ver —, nos dá a esperança de que abrirá caminho para que, daqui para a frente, se consolide, nos julgados dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que tanto a legalidade como a segurança jurídica são princípios constitucionais que, em face do caso concreto, deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material. É nesse rumo, aliás, que se orientou o direito da União Européia, a partir das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão.” (COUTO E SILVA, 2005)

A partir de uma análise detalhada desses julgados, resta claro que, para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da segurança é como uma “tradução jurídica do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, deve permanecer estático, imóvel como estátua, permanente no tempo.” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112) Eis aí toda a sua importância no ordenamento jurídico nacional.

enquanto condição para o cumprimento das finalidades do ordenamento (FREITAS, 1999, p. 75).

Para Canotilho, a segurança jurídica, como princípio jurídico, se ramifica em duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva (CANOTILHO, 2002, p. 624). No primeiro caso, envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CANOTILHO, 2002, p. 624).

A outra vertente, de natureza subjetiva, diz respeito à proteção à confiança.¹⁶ Nessa acepção, a segurança jurídica impõe limitações ao poder estatal de modificar atos que produzam vantagens aos destinatários, ainda que ilegais, em virtude das expectativas geradas aos beneficiários (CANOTILHO, 2002, p. 624).

A confiança é um dos elementos que move as relações entre as pessoas e, em última análise, a própria sociedade. Fazer a ação com confiança é fazê-la dentro dos parâmetros do permitido.¹⁷

Segundo Luhmann, qualquer decisão deve estar baseada na confiança (LUHMANN, 1996, p. 20).¹⁸ Daí a importância de se buscar, a partir da confiança, a racionalidade dos sistemas e dos mecanismos de manutenção dos sistemas.

La confianza es racional con respecto a la función de aumentar el potencial de un sistema para la complejidad. (LUHMANN, 1996, p. 153)

A confiança não é a razão última do mundo, mas, uma concepção muito complexa e estruturada do mundo, não pode ser estabelecida sem uma sociedade definitivamente complexa, que, por sua vez, não pode ser estabelecida sem a confiança (LUHMANN, 1996, p. 162).

¹⁶ O princípio da proteção à confiança começou a se firmar a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956. O *leading case* trata da anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. Com a transferência, recebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício foi cassado, sob o argumento de que era ilegal, por vício de competência. O Tribunal, entretanto, sopesando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este deveria prevalecer, afastando a aplicação do outro. Cf. CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 11, nota 49.

¹⁷ "La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social." (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996, p. 20)

¹⁸ "La confianza es algo más que una suposición razonable sobre la cual decidir correctamente." (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996, p. 153)

Nesse liame, o Direito exerce um papel fundamental na organização da sociedade, ao buscar a tutela da confiança pela estabilização de expectativas contrafáticas (LUHMANN, 2002). Em outras palavras, para Luhmann, a importância da segurança jurídica está na própria identificação das funções que o Direito cumpre na sociedade:

Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta. (LUHMANN, 1983, p. 45)¹⁹

Assim, a operatividade do princípio da confiança nos remete às três funções do Estado (MAFFINI, 2006, p. 46-54):

1 — Em relação à função jurisdicional, podemos mencionar como exemplos de proteção da confiança os efeitos vinculantes de precedentes (súmulas vinculantes, art. 285-A do CPC e súmulas impeditivas de recursos).

2 — Em relação à função legislativa, pode-se mencionar a proibição de retrocesso. É o que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1946, resolveu chamar de “efeito *cliquet*”.

3 — Em relação à função administrativa:

a) Proteção substancial — é a preservação de condutas, efeitos, promessas, interpretações e atos da administração pública:

i. Por atos válidos;

ii. Por atos inválidos.

b) Proteção procedimental ou administração dialógica;

c) Pretensão ressarcitória em virtude da violação à confiança.

No que se refere especificamente ao princípio da proteção da confiança na seara constitucional, explica Canotilho que o

[...] cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 2002, p. 376)

Há, portanto, duas dimensões subjacentes à confiança: a) a relativa à estabilidade ou certeza do direito (a norma não pode ser arbitrariamente

¹⁹ Assim, fica fácil perceber que, apesar das críticas trazidas por Teubner (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.), o Direito, enquanto sistema autoreferenciado, não se esgota na incerteza e insegurança, mas, ao contrário, procura e deve sempre buscar garantir ao jurisdicionado a necessária segurança jurídica e a devida previsibilidade das decisões judiciais.

modificada, a não ser que existam motivos especialmente relevantes para fazê-lo); b) a atinente à previsibilidade (os jurisdicionados devem saber os efeitos jurídicos de seus atos).

Portanto, como corolário da proteção à confiança, a previsibilidade relete a necessidade de que os cidadãos tenham um conhecimento (prévio) das consequências jurídicas de suas condutas. No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode ou não fazer, é possível falar em previsibilidade do Direito.

Não bastasse isso, a segurança jurídica pode ser vislumbrada como direito fundamental. Este aspecto essencial será exposto a seguir.

4.3. Segurança como Direito Fundamental

A partir da Constituição da República de 1.988, não há dúvidas de que a segurança jurídica é, também, um direito subjetivo. Nesse sentido, sustenta Novelli que:

A segurança é direito fundamental, enquanto situação subjetiva protegida explicitamente pela Constituição [...] é evidente que a segurança que a Constituição protege não é só a segurança individual. É também, ou é até mesmo em primeiro lugar, a segurança do direito enquanto pressuposto e fundamento daquela outra. (NOVELLI, 1983, p. 164)

O STF, inclusive, já se manifestou sobre o tema:

5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).²⁰

Desse modo, erige-se a segurança jurídica em direito, não apenas com fundamento em sua íntima relação com o texto constitucional — no que concerne ao conteúdo e à ideologia —, mas como meio de consolidação do ordenamento jurídico.

Portanto, sabedores da nossa condição cada vez mais inseridos em contexto marcado pela incerteza (incerteza essa que, em determinado senti-

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685 / DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 22/03/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3685.NUME.%20OU%203685.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3685.NUME.%20OU%203685.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acessado em: 01/08/2009.

do, sempre será indicativo de insegurança)²¹, é certo afirmar que, no Direito Brasileiro, a segurança jurídica constitui valor, princípio e direito fundamental.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Segundo Heráclito, a imutabilidade não é um atributo das coisas: tudo muda e nada é permanente (HERÁCLITO, 1996, p. 16).²² O Direito, enquanto parte dessa realidade, segue inexoravelmente este destino (SARLET, 2006, p. 238).

A busca por segurança e por uma certa estabilidade das relações jurídicas constitui, contudo, aspecto fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título “de Direito”, sem olvidar da constante necessidade de adaptação do fenômeno jurídico à realidade que jurisdicaliza.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88), não restará suficientemente respeitada quando os jurisdicionados estiverem sujeitos a um tal nível de insegurança jurídica que não possam, com um mínimo de previsibilidade, confiar nas instituições e na estabilidade do ordenamento (SARLET, 2006, p. 240).

Em outras palavras, a efetiva proteção dos direitos fundamentais só se torna possível quando existir um mínimo de segurança e previsibilidade do Direito.

A compreensão do tema remete-nos ao questionamento acerca da possibilidade das conquistas jurídico-sociais serem preservadas e, portanto, se relaciona intimamente com a indagação acerca de o quão segura é a tutela dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 243).

Que tal questionamento está intimamente relacionado com a problemática da segurança jurídica não há dúvidas. Mas como evitar que a proteção e a segurança até então obtidas permaneçam asseguradas pela ordem jurídica, impedindo a sua supressão?

²¹ Nesse sentido, conferir: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

²² Tendo em vista os fins deste trabalho, não iremos aprofundar na investigação, sob pena de fazermos uma análise superficial do tema, mas incumbe registrar que ao ler os fragmentos, é possível perceber que a questão do conhecimento foi tematizada expressamente por Heráclito e que o mobilismo por ele defendido não era extremado.

Nesse sentido, o fragmento 12 de Heráclito tem a seguinte redação: “*Para os que entram nos mesmos rios, afluem sempre outras águas; mas do úmido exalam também os vapores.*” Por sua vez, o fragmento 49a sustenta que “*No mesmo rio entramos e não entramos; somos e não somos.*” Sobre o tema, recomendamos a leitura da seguinte obra: BATTISTINI, Yves. *Trois contemporains. Héralcrite, Parménide, Empédocle*. Paris: Gallimard, 1955.

O princípio da vedação do retrocesso, também conhecido como efeito “*cliquet*” ou princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais (QUEIROZ, 2006) aparece, nesses casos, como garantia do indivíduo frente aos avanços e à necessidade de mudança, ou seja, atua como meio de garantir um mínimo de continuidade no ordenamento jurídico, indispensável para assegurar de segurança jurídica e previsibilidade a um ordenamento em constante mudança.

À luz do ordenamento jurídico português, Canotilho sustenta que após a concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão dúplex — de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional —, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador. Assim, para o doutrinador português, os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante violação ao princípio da proibição do retrocesso. Qualquer medida em contrário, que venha a ameaçar o padrão de prestações já alcançado, será nitidamente inconstitucional (CANOTILHO, 2002, p. 474-475).

Para Jorge Miranda, o legislador não pode simplesmente suprimir as normas asseguradoras de direitos sociais, pois isto seria o mesmo que retirar das normas constitucionais toda a sua eficácia, em nítida violação ao princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (MIRANDA, 1990, p. 397).

Segundo Sarlet, a supressão do núcleo de tutela de um determinado direito social anteriormente alcançado afeta a própria dignidade da pessoa humana, sendo falacioso sustentar até mesmo que a medida se fundamenta na reserva do possível ou na separação dos poderes. Vejamos:

[...] mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível²³

²³ A plena realização dos direitos de segunda geração possui limites fáticos e jurídicos: a) os limites fáticos estão presentes em fatores econômicos, ou seja, na existência e quantidade dos recursos financeiros postos à disposição do Estado; b) os limites jurídicos definem-se tendo em vista a realização de outros direitos sociais e, principalmente, na garantia das liberdades individuais. Destarte, diante dessas limitações fáticas e jurídicas à sua efetivação, os direitos fundamentais encontram-se submetidos à *reserva do possível*. Nesse sentido, o STF, na ADPF nº 45, já decidiu pela aplicação da cláusula da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais.

e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes. (SARLET, 2006, p. 243)

Cristina Queiroz, por sua vez, entende que o princípio da vedação do retrocesso é um limite material implícito do ordenamento jurídico, podendo ser vislumbrado sob dois aspectos diversos. Pelo aspecto negativo, o princípio da vedação do retrocesso impõe ao legislador, no exercício da criação normativa, a obediência ao grau de densidade normativa já alcançado pelos direitos fundamentais. Sob o aspecto positivo, o princípio da vedação do retrocesso atenta para a necessidade constitucional dos poderes públicos atuarem positivamente para a redução das desigualdades sociais e materiais, ou seja, não visa apenas à manutenção do que já foi alcançado (manutenção do *status quo*), mas objetiva também um avanço no processo de concretização dos direitos fundamentais (QUEIROZ, 2006).

No ordenamento jurídico nacional, a proibição de retrocesso resulta, segundo entendemos, do princípio da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais. Isto porque, além de estar incumbido de um dever permanente de concretização dos direitos fundamentais, não pode o legislador ordinário simplesmente suprimi-los ou restringi-los, de modo a invadir o núcleo essencial de tutela já alcançado para um determinado direito fundamental.²⁴

Em consequência, a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro limite material implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito, como pode assumir feição de corolário da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais e do direito à segurança jurídica (SARLET, 2006, P. 247).

É isso em qualquer situação, até mesmo quando se tratar de exercício do poder constituinte originário (CANOTILHO, 2002).

Na doutrina, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 146 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

²⁴ Note-se a relação direta existente entre o princípio da vedação do retrocesso e a Teoria dos Limites dos Limites. A Teoria dos Limites dos Limites sustenta que não existem direitos e garantias fundamentais de natureza absoluta, pelo que o legislador ordinário pode impor limites ao exercício desses direitos e garantias. No entanto, o poder da lei de impor limites não pode ser exercido fora de quaisquer parâmetros, haja vista que o legislador ordinário deverá respeitar o núcleo essencial desses institutos. Na feliz síntese de Dimoulis, “*Já se afirmou que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional. [...] A doutrina exprime essa constatação afirmando que a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações. Isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário.*” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.)

Fica claro, assim, que existe estreita relação entre o princípio da vedação do retrocesso e a busca pela segurança jurídica. Na feliz síntese de Sarlet:

Neste contexto, parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados e vencidos é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui — convém frisá-lo — uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado. (SARLET, 2006, p. 249)

A partir da constatação de que são indispensáveis a segurança jurídica e adaptação do direito à realidade social, exsurge, com um novo viés, um velho embate que não pode ser desconsiderado pelo jurista. Trata-se do embate entre a segurança e a (im)previsibilidade que, apesar de remeter às origens do Direito, deve ser (re)construído a partir de uma (re)leitura hodierna. É o que faremos a seguir.

6. DA SEGURANÇA JURÍDICA À (IM)PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A norma jurídica, por conter uma previsão genérica e abstrata, será sempre marcada por certa indeterminação, que só deixa de existir no momento em que proferida decisão judicial, ou seja, quando temos a norma de decisão.

As dissensões sobre qual deva ser a melhor interpretação da norma jurídica faz parte da natureza argumentativa do Direito, mas é essencial aos jurisdicionados que o Direito contenha um mínimo de previsibilidade (VIDAL, 2003).

Assim, o jurista deve perceber que a indeterminação na interpretação do Direito e a imprevisibilidade das decisões judiciais são conceitos distintos (VIDAL, 2003).

A indeterminação na interpretação do Direito é uma característica do fenômeno jurídico, o que não impede que o destinatário da norma saiba com antecedência o que deve fazer para agir conforme o Direito (VIDAL, 2003, p. 14).

De outra forma, a imprevisibilidade das decisões judiciais se refere às mudanças inesperadas nos entendimentos jurisprudenciais, afastando —

sem qualquer justificativa plausível — os precedentes até então existentes, de modo que a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto torna-se imprevisível (VIDAL, 2003, p. 14).

A objeção de que o Direito jamais poderia ser previsível é afastada não só pela doutrina, mas também pelas figuras jurídicas criadas pelo legislador.

No Brasil, a Ciência do Direito pretende superar a insegurança a partir da utilização de figuras jurídicas especificamente criadas com este objetivo, tais como a súmula vinculante, o incidente de uniformização de jurisprudência, o efeito vinculante ao controle concentrado de constitucionalidade, entre outros.

É oportuna a constatação de Recaséns Siches de que embora o Direito deva encarnar os valores da justiça e da dignidade humana, não se justificando sem que servisse satisfatoriamente a tais finalidades, deve também atentar para a irrefutável urgência de segurança na vida em sociedade (SICHES, 2000, p. 112).

A previsibilidade do Direito é uma exigência dos ordenamentos jurídicos modernos. Constrói-se a expectativa do comportamento alheio ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder prever as ações dos demais jurisdicionados. Nesse liame, conhecer o conteúdo das normas jurídicas e a posição dos tribunais corresponde a ter uma previsibilidade de como agir, atuar e se comportar (LUHMANN, 2002).

No mesmo sentido, Aarnio aponta a diretiva orientadora do comportamento dos tribunais como aquela idônea a possibilitar ao indivíduo uma organização de sua vida frente à previsibilidade dos acontecimentos:

[...] los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. (AARNIO, 1991, p. 26)

A segurança jurídica, nesse viés, é o mínimo de previsibilidade que o Estado de Direito deve oferecer ao cidadão a respeito de quais são as normas que deve observar. Baseado no conhecimento da norma, o cidadão poderá agir conforme o ordenamento, estabelecendo relações jurídicas válidas (VIDAL, 2003, p. 20).

Nesse liame, é preciso deixar claro que a imprevisibilidade não é um problema que afeta apenas os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, mas também o *Common Law*:

[...] i giudici si trovano oggi nei sistemi di civil law ad affrontare problemi analoghi a quelli di un judge — made law, ma senza il retroterra culturale dei paesi di common law. Infatti la produzione legislativa sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e

compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di “creatività” da parte del giudice. (FARALI, 2001, p. 628)

Para que haja previsibilidade, contudo, os casos concretos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade pode objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um cálculo de probabilidade das ações alheias.²⁵

Nesse sentido, para que uma decisão seja legítima, não basta que o juiz esteja convencido, mas deve o magistrado justificar a racionalidade da sua decisão. Em outras palavras, o aplicados do direito deve demonstrar as razões de seu convencimento, segundo os ditames do princípio do livre convencimento motivado²⁶, permitindo o controle da sua atividade pelas partes ou por qualquer interessado, uma vez que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio jurídico capaz de ser demonstrado racional e justificadamente. Em outras palavras, ainda que exista uma margem de indeterminação em todo processo hermenêutico, refletida no princípio do livre convencimento motivado, ela faz parte da própria natureza do fenômeno jurídico.

O que se deve evitar, contudo, é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica, devido ao fato do jurisdicionado não saber o que deve fazer para agir conforme o Direito.

²⁵ À luz do direito do jurisdicionado de conhecer as consequências prescritas pelo ordenamento, Luhmann define a norma como a expectativa de comportamento estabilizada contrafaticamente (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983). A previsibilidade do Direito tem como finalidade evitar o caos. A manutenção da ordem social e da paz se dá pelas normas sociais. Os sistemas sociais são, em verdade, modelos de conduta, contribuindo para a previsibilidade do Direito.

No Direito Penal, a pena, para o funcionalismo radical de Jakobs, reflete uma reafirmação das expectativas normativas: “A pena é a demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente.” (JAKOBS, Strafrecht. *Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2a edição. Berlin/New York: DeGruyter, 1993, § 1/3.) Portanto, a imposição da pena visa reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função justamente assegurar uma dada expectativa, a pena terá a função de assegurar o cumprimento da norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta, a expectativa.

²⁶ Há três sistemas de avaliação das provas: o das *provas legais*, o do *livre convencimento* e o da *persuasão racional*. No sistema das *provas legais*, o valor das provas é prefixado na lei (ex. testemunha única nada prova). No sistema do *livre convencimento*, o juiz não precisa motivar seu convencimento (ex. júri). E, no sistema da *persuasão racional*, o juiz forma livremente seu convencimento, mas com as restrições decorrentes da exigência de formá-lo com base nas provas produzidas nos autos e de apontar seus fundamentos. É o sistema adotado no Brasil, não sem algumas concessões aos demais sistemas. Dispõe o artigo 130, do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Sobre o tema, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Concluindo, Haba deixa claro que a previsibilidade aproxima-se dos ideais de racionalidade e de razoabilidade. Isso porque o magistrado, em suas escolhas, pode ter uma maior ou menor liberdade para decidir o caso:

De ahí que unos, partidarios de los procedimientos tradicionales en el derecho, que otorgan (ide hecho!) un alto grado de libertad al juez, prefieren darle un sentido muy amplio a la idea de racionalidad, o cuando menos vincular esos procedimientos a otro término prestigioso: lo razonable. Mientras que otros, como el autor de este artículo, sin tanta confianza en la «sabiduría» de los jueces, se sienten inclinados más bien a poner el acento en la diferencia entre lo racional y lo razonable, vale decir, a llamar la atención sobre el importante coeficiente de arbitrariedad, o por lo menos de incertidumbre, que caracteriza a esta última clase de razonamientos. Los alegatos en favor de uno u otro de dichos conceptos, o de una u otra definición para cualquiera de esos términos, al fin de cuentas no son otra cosa que el reflejo de tales o cuales preferencias em materia de política jurídica, una fação de hablar acerca de ésta. Pedir que el derecho sea racional, en el sentido apuntado, es pronunciarse en favor de la mayor previsibilidad (seguridad) posible de las decisiones judiciales. (HABA, 1992)²⁷

6.1. A reação à previsibilidade do Direito: a Escola Realista Americana

A escola realista americana teve como principais expoentes Jerome New Frank e Karl Llewellyn.

O realismo extremado desenvolve uma desmistificadora análise psicológica da função judiciária, com o objetivo de provar a presença de fatores irracionais na decisão. A sentença judicial, segundo seus defensores, não seguiria um processo lógico (das premissas à conclusão), mas um processo psicológico (da conclusão à procura de premissas).

Para os defensores do realismo, há razões emocionais que estariam sempre a orientar os julgamentos. A Ciência do Direito seria uma simples aposta sobre o que decidirão os juízes (FRANK, 1985).

²⁷ Dissertando especificamente sobre a previsibilidade, aduz Caracciolo que “Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo (racionalidad), modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional. En este sentido, la propiedad ‘predecible’ es presentada como una condición necesaria de la propiedad ‘racional’. [...] Parece claro que esta exigencia depende de otra, cual es la de que tales decisiones tienen que tener su fundamento en el derecho «vigente» en tanto éste constituye un sistema de normas generales. Ello porque el conocimiento de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación. De aquí la conocida tesis de Max Weber que asocia la racionalidad del derecho moderno con su carácter sistemático. (...) [Sin embargo], la ‘predecibilidad’ es presentada como una condición necesaria pero no suficiente, esto es, pueden existir decisiones irracionales predecibles.” (CARACCILO, Ricardo Alberto. Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. *Doxa*. Universidad de Alicante, n. 4, p. 145-151, 1987, p. 145).

Nesse sentido, sustenta Frank que as sentenças judiciais são produto de conclusões previamente formuladas (FRANK, 1985, p. 101) e que as “decisões estão baseadas nos impulsos do juiz” (FRANK, 1985, p. 104), extraídos fundamentalmente não das leis e dos princípios gerais de direito, mas sobretudo de fatores individuais, “...mais importantes do que qualquer coisa que pudesse ser descrita como pré-juízos políticos, econômicos ou morais” (FRANK, 1985, p. 105).

Segundo Frank, a personalidade do juiz constitui fator decisivo no processo de tomada de decisão. Para que exista previsibilidade no Direito, é necessário que todos os juízes sejam iguais. Mas isso é aconselhável? Não para o jurista americano, pois, para se alcançar a justiça no caso concreto, basta que os juízes sejam inteligentes e sensíveis — o que gera menos previsibilidade e segurança (SICHES, 1956, p. 101).

A dimensão de incerteza no Direito não é um mal, tornando possível o progresso e a evolução do ordenamento jurídico. O desejo de um Direito estável, de uma “ilusória certeza jurídica”, representa um complexo de origem infantil, qual seja, o de não ter superado a necessidade de um pai autoritário. Para Frank, as pessoas buscam no Direito, inconscientemente, um sucedâneo à firmeza que, quando crianças, tinham na figura do pai (SICHES, 1956, p. 104).

Assim, a Escola Realista entende que a sentença deve se apegar menos à norma e mais à humanidade do julgador — o que implica em uma segurança jurídica precária, mas promove a constante evolução do Direito.

Bobbio, contudo, faz uma crítica categórica à visão realista sustentada por Frank. Segundo o jusfilósofo italiano, a segurança jurídica é um elemento intrínseco ao Direito, pois ou o Direito é certo ou não é sequer Direito. Ao se retirar do Direito a previsibilidade, não se libera a humanidade de uma ilusão, mas estar-se-ia acabando com a própria noção de Direito (BOBBIO, 1951).

Qual seria, portanto, a previsibilidade a ser buscada na aplicação do Direito? Este o enfoque do próximo tópico deste trabalho.

6.2. A diversidade de decisões judiciais e o papel da jurisprudência na garantia da segurança jurídica: questionando a previsibilidade do Direito

Na aplicação do direito, não restam dúvidas de que juízes diferentes proferem decisões contrárias em casos de considerável semelhança. E assim o é porque o ordenamento jurídico confere ao julgador a função de decidir, de

aplicar o Direito, com uma ampla margem interpretativa: o “decision-making process” ou a “situação de tomada de decisão”.

Nesse sentido, é fácil mencionar inúmeras hipóteses em que as decisões judiciais são contraditórias, ocasionando a imprevisibilidade do Direito.

No Processo Civil, por exemplo, a contradição pode ser vista no questionamento acerca da possibilidade de extinção da execução em razão do abandono da causa pelo autor, nos termos do art. 267, III, do CPC. Se por um lado sustenta-se a impossibilidade de extinção do processo de execução com base no art. 267, III, do CPC, com fulcro no art. 794, do mesmo diploma legal (o qual disporia, taxativamente, as formas admitidas para a extinção do processo de execução), por outro se sustenta a admissibilidade da extinção da execução pelo abandono da parte autora, com fulcro no art. 598 do CPC.

A diferença entre as duas posições está no fato de que, enquanto o primeiro interpreta restritivamente o artigo 794, do CPC, a outra confere uma interpretação extensiva ao mesmo dispositivo legal.

No âmbito deste trabalho, é indiferente saber se a decisão é correta; preocupa-nos o fato de que a contradição mencionada não se enquadra no conceito de *hard case*, mas ainda assim comporta decisões distintas. Mais intrigante é perceber que uma mesma ministra (Eliana Calmon) extingue um processo aplicando o art. 267, III, do CPC e, noutra ação de execução, sentença proferindo a inadmissibilidade da extinção do processo de execução pelo abandono da parte autora, quando cita o art. 794, desse mesmo diploma legal. Vejamos:

STJ — PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — APLICAÇÃO DO ART. 267, III E § 1º DO CPC. 1. A sanção processual do art. 267, III e § 1º aplica-se subsidiariamente à FAZENDA quando deixa de cumprir os atos de sua alçada. 2. Recurso improvido. (REsp 56800 / MG — DJ 27/11/2000 p. 150 — Relatora: Eliana Calmon)

STJ — PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — ABANDONO DA CAUSA PELO AUTOR — ART. 267, § 1º, DO CPC — EXTINÇÃO DO PROCESSO — DECRETAÇÃO DE OFÍCIO — IMPOSSIBILIDADE. 1. Não pode haver a extinção do processo de ofício em virtude do abandono da causa pelo autor (art. 267, § 1º), sendo necessário requerimento do réu nesse sentido. Súmula 240/STJ. 2. Recurso especial provido. (REsp 641793 / PB — DJ 19/09/2005 p. 276 — Relatora: Eliana Calmon)

Na seara penal, citemos como exemplo a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07.²⁸ Por se tratar de norma mais benéfica, o conflito entre a quinta

²⁸ Lei 11.343/07, Art. 33, § 4º — “Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de

e a sexta turmas do STJ reflete a situação de instabilidade que se implantou no entendimento da Corte sobre o tema, levando à descrença no Poder Judiciário.²⁹

STJ — HC 96242 / SP — 5ª Turma — PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CRIME DE TRÁFICO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA A ACUSADA OU SENTENCIADA.

STJ — AgRg no HC 98215 / SP — 6ª turma — A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas. O aludido dispositivo deve incidir sobre a pena aplicada com base na Lei nº 6.368/1976, reduzindo-a de 1/6 a 2/3, podendo resultar reprimenda inferior ao limite de 1 ano e 8 meses.

Ainda na seara criminal, o STF já se manifestou a favor e contra a aplicação do princípio da insignificância no crime de uso de entorpecentes por militares:

AÇÃO PENAL. Crime militar. Posse e uso de substância entorpecente. Art. 290, cc. art. 59, ambos do CPM. Maconha. Posse de pequena quantidade (8,24 gramas). Princípio da insignificância. Aplicação aos delitos militares. Absolvção decretada. HC concedido para esse fim, vencida a Min. ELLEN GRACIE, rel. originária. Precedentes (HC nº 92.961, 87.478, 90.125 e 94.678, Rel. Min. EROS GRAU). Não constitui crime militar a posse de infima quantidade de substância entorpecente por militar, a quem aproveita o princípio da insignificância. (HC 94583 / MS — MA-

direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

²⁹ Urge frisar que, segundo Canaris, as “quebras no sistema” decorrentes das contradições de valores são inevitáveis, o que não constitui um obstáculo intransponível para a sistematização do Direito, pois o próprio sistema dispõe de métodos de eliminação dessas contradições, que devem ser aperfeiçoados na busca pela segurança jurídica. As quebras no sistema decorrentes de contradições de valores faz com que “a formação de um sistema completo (ideal) numa determinada ordem jurídica permaneça sempre um objetivo não totalmente alcançado”. (CANARIS, 1996, p. 199-200)

TO GROSSO DO SUL — Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO — Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma — DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008)

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar portando, para uso próprio, pequena quantidade de entorpecentes. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. (HC 94524 / DF — DISTRITO FEDERAL — Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma — Publicação DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008)

Na busca pela previsibilidade das decisões judiciais, o STF passou a adotar a teoria do fato consumado. Do voto do Ministro Bilac Pinto no Recurso Extraordinário 85.179/RJ (RTJ 83/921), conclui-se que, para a teoria do fato consumado,

[...] se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quanto a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de *fato* revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência *do* Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.

Ainda na busca pela segurança jurídica, o STF já se manifestou acerca da contribuição indispensável das súmulas à previsibilidade das decisões judiciais. No que concerne às súmulas de efeito vinculante, tomando como base o princípio do *stare decisis*, resta claro que, se por um lado receberam inúmeras críticas da doutrina nacional por restringirem o princípio do livre convencimento motivado do juiz, possibilitam ao jurisdicionado saber de antemão o comportamento que lhes é permitido ou proibido, contribuindo para a previsibilidade das decisões judiciais — embora não sejam respostas prontas e acabadas para a necessidade de controle do poder criativa do julgador.

Não há dúvidas de que a decisão deve seguir o ordenamento jurídico, mas isso não é suficiente para que se chegue à “decisão correta”. Em outras palavras, as súmulas vinculantes não representam, em si, uma solução definitiva para o problema da previsibilidade do Direito. A adoção irrestrita desse tipo de súmula, a despeito de estar servindo pretensamente à causa da segu-

rança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada concepção de segurança jurídica, a qual nem sempre é legítima.

Por este motivo, é fácil concluir que a busca pela previsibilidade encontra respostas em outro plano: o da argumentação. Isso porque a decisão judicial exige fundamentação que recaia em pontos que possam ser racionalmente expostos. Diante da situação de tomada de decisão, outra saída não há senão a construção subjetiva do intérprete, baseada em argumentação legítima. Eis aí o cerne da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito: uma argumentação convincente e legítima, formal e materialmente.

A previsibilidade do Direito que se pode e se deve buscar na sociedade contemporânea, caracterizada por um Direito que se apresenta como entidade dinâmica, em um processo de formação perpétua, reside na possibilidade de se obter a solução de cada caso por meio de um procedimento argumentativo que faça com que a solução, ainda que não seja a única possível, possa ser reconhecida como legítima e não arbitrária, uma vez que baseada em uma argumentação coerente como os princípios constitucionais em que se funda a decisão.

O que legitima a aplicação do Direito não é a decisão em si, mas o processo de elaboração e aplicação da norma ao caso concreto. Em outras palavras, a norma deve ser legítima, formal e materialmente, em seu processo de elaboração e aplicação.³⁰

Em suma, a previsibilidade das decisões judiciais só se torna possível ao se estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever do magistrado e que a decisão deve ser passível de universalização, respeitando os precedentes existentes e legitimando-se (pela forma e pelo conteúdo) na racionalidade que a embasa.

7. CONCLUSÃO

No decorrer da história, percebe-se que o fenômeno jurídico se mostra como um pêndulo: ora tendendo para uma maior previsibilidade, ora para uma maior imprevisibilidade.

³⁰ Nesse sentido, é importante ressaltar que *“A legitimidade exigível na forma diz respeito a quem elabora a norma ou pratica o ato e como o consenso pode ser obtido na elaboração da norma ou na realização do ato. Na democracia, o consenso deve resultar da participação e da expressão da maior pluralidade possível de segmentos sociais. A legitimidade quanto ao conteúdo revela-se no dever de a norma ou o ato não contrariarem o senso comunicante do que é juridicamente ‘devido’ na democracia, qual seja, o senso do justo-jurídico. Entretanto, na sociedade plural e complexa, o senso do juridicamente devido é a tolerância à diferença”* (OLIVEIRA, 2013, p. 314.)

Contudo, com o intuito de tornar possível a convivência social, é preciso garantir ao jurisdicionado uma esfera mínima de previsibilidade.

No paradigma do Estado Democrático, espera-se que o Direito seja caracterizado pela estabilidade e pela predeterminação. Em que pese tratar-se de uma utopia, não há dúvidas de que um mínimo de previsibilidade deve ser assegurado, evitando-se a existência de decisões contraditórias que impliquem no revolvimento dos sustentáculos do ordenamento jurídico.

A criatividade que se preconiza para o intérprete não afasta a segurança jurídica, na medida em que a solução apresentada deve encontrar amparo no ordenamento.

No mesmo sentido, a segurança jurídica e a justiça não podem ser vislumbradas como esferas estanques. O desejo por segurança jurídica é também um desejo de justiça: o aplicador deve buscar o equilíbrio entre os corolários do Direito.

Apesar da insegurança fazer parte de nossa história, é preciso que a doutrina busque novos caminhos para ampliar as pequenas ilhas de certezas, o que só pode ser obtido a partir de uma adequada e legítima fundamentação e aplicação de normas (também legítimas) pela decisão judicial. O exercício da jurisdição deve servir para o controle da interpretação e da responsabilidade dos juízes (STRECK, 2004).

Exsurge, assim, a trilogia fundamental: previsibilidade, segurança jurídica e tutela dos direitos fundamentais se implicam e se relacionam de maneira tal que estudar uma dessas manifestações requer imediatamente um mergulho nas outras, sob pena de se desvirtuar o estudioso dos próprios fins do Direito.

Não é certo quão longe os investimentos nesses campos nos levarão. Mas é certo que nós não iremos a lugar algum se os evitarmos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ÁVILA, Humberto B. (Org.). **Almiro do Couto e Silva e a re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos**. Brasília: R. CEJ, n. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**. [on line]. Disponível em: <www.iabnacional.org.br> Acessado em: 20/02/2007.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Roma, Fasc. I, 1951.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Comunnautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2002.

CARACCILOLO, Ricardo Alberto. Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. **Doxa**. Universidad de Alicante, n. 4, p. 145-151, 1987, p. 145.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FARALLI, Carla. Il diritto alla certezza nell'età della decodificazione. **Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino**. Cedam: Padova, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali**. Torino: Gianppichelli, 1995.

FRANK, Jerome New. **Law and the modern mind**. Birmingham: The John D. Lucas Printing Company, 1985.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABA, Enrique P. Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? **Doxa**. Alicante, n. 7, 1992.

HERÁCLITO. Fragmentos. In: **Os Pensadores: Os pré-socráticos**. Tradução de José Cavalcante de Souza. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil — constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 457-466.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 1996.

_____. **El Derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. São Paulo: Vozes, 2009.

_____. **Sistema jurídico y dogmatica jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto B. (Org.). **Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Brasília: R. CEJ, n. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos**. 2002. Tese (Doutorado em Direito) —

Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, vols. II e IV, 1990.

NOVELLI, Flávio Bauer. Segurança dos direitos individuais e tributação. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n. 25-26, 1983.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição Juridicamente Adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1994.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 57, p. 237-249, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del Derecho**. 13ª ed. México: Editorial Porrúa, 2000.

_____. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

VIDAL, Marcelo Furtado. **A interpretação e o (im)previsível**: estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1964.



POLÍTICAS PÚBLICAS E DEFESA DO CONSUMIDOR

*Ricardo Canan**

Resumo

No Brasil, a implementação de políticas públicas tem usado o sistema financeiro. Tanto quando o crédito é a própria política pública, quanto para atingir os destinatários das políticas públicas. Os agentes financeiros atuam como intermediários entre o Estado e o cidadão, e auferem lucros. Seja utilizando os valores repassados, seja alienando outros produtos e serviços aos beneficiários. E também obtendo novos clientes. Considerando o nível endividamento e achatamento dos salários, defende-se que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nos dois casos. Como meio de defesa do beneficiário das políticas públicas de crédito, que se torna vítima de abusos e ilícitos praticados pelos agentes financeiros. E também como de defesa da própria política pública. O que representa garantia do exercício da cidadania.

Palavras-chave

Crédito. Endividamento. Políticas públicas. Defesa do consumidor.

Abstract

In Brazil, the implementation of public policies has used the financial system. Both when the credit is the public policy itself, as to reach the recipients of public policies. Financial agents act as intermediaries between state and citizen, and greatly facilitate profits. Whether using the values passed, is alienating other products and services to beneficiaries. And also getting new clients. Considering the level of debt and flattening wages, it is argued that the Code of Consumer Protection must be applied in both cases. As a defense of the recipient of public policies of credit, which becomes the victim of abuse and offenses practiced by financial agents. And also as a defense of public policy itself. What a guarantee of citizenship.

Keywords

Credit; debt; public policies; consumer protection.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da bancarização acentuou-se sobremaneira nas últimas décadas. Até mesmo o Estado, na realização de políticas públicas, utiliza-se do sistema financeiro. Principalmente em virtude da facilidade de acesso da

* Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná e da Universidade Paranaense. Advogado.

população a este sistema, pois enormemente ramificado¹. Políticas públicas de concessão de crédito, tanto como incentivo para indústria, comércio, prestação de serviço e agricultura, como para proporcionar meios de início de uma atividade econômica ou, ainda, para distribuir auxílio para a população carente, são viabilizadas através do sistema financeiro. É difícil imaginar como ocorreriam de maneira diversa.

Aproveitando-se da ramificação da rede de atendimento, bem como das necessidades do Estado e cidadãos, as instituições financeiras — verdadeiros intermediários das políticas públicas —, obtêm lucro. Seja através do uso dos valores de repasse em atividades financeiras, de cobranças de serviços bancários dos beneficiários do crédito estatal, ou ainda, através das elevadas taxas de juros que praticam.

Além da cobrança pelos serviços bancários, no momento do repasse do crédito aos cidadãos, ou em momentos posteriores, há prática de uma série de condutas abusivas, pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais.

Estudos estatísticos demonstram que o cidadão brasileiro está bancarizado e endividado. Também demonstram que o salário de mais de 90% da população (assalariada) é insuficiente para atender as necessidades familiares básicas, considerando-se aquelas constantes no art. 7º, IV, da CF. E demonstram que o lucro líquido dos bancos supera, ano a ano, a inflação e os reajustes salariais, como também que os bancos são líderes em litígios que tramitam frente o Poder Judiciário. As estatísticas, portanto, apontam para a existência de transferência involuntária (mas praticamente inevitável) de renda, da população para as instituições financeiras.

Com base nestas constatações, o presente artigo apresenta, por primeiro, as estatísticas e o cruzando de dados, bem como as principais formas pelas quais ocorre, por parte das instituições financeiras, lesão a direitos dos beneficiários de políticas públicas de crédito. Ao final, se apresentam argumentos para que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) seja utilizado, tanto como proteção ao beneficiário das políticas públicas, como também como forma de proteção da própria política pública.

¹ Dados divulgados pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) dão conta de que, no Brasil, em 2010, já existiam 19.813 agências, e 12.670 postos de atendimento bancário, e que 96% dos municípios contavam com um canal de distribuição de serviços do sistema financeiro. Os dados da pesquisa podem ser consultados na seguinte página eletrônica (acessada em 22.12.2013, às 15:17 horas): <<http://www.febraban.org.br/7Rof7SWG6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/BANCARIZA%C7%C3O%20-%20III%20Congresso%20Latino%20Americano%20de%20bancariza%E7%E3o%20e%20Microfinan%E7as%20-%20FELABAN%20-%20JUNHO%202011%20-%20FINAL.pdf>>.

2. BANCARIZAÇÃO E ENDIVIDAMENTO

Com o capitalismo ocupando o lugar de sistema econômico prevalente em todo o mundo², os meios pelos quais se passou a tentar garantir desenvolvimento para países e respectivas populações, adaptaram-se ao sistema econômico vigente. As políticas internas e mesmo as políticas externas passaram a utilizar a concessão de crédito como uma forma de propiciar condições de as populações se desenvolverem³, como aponta Joseph E. Stiglitz⁴. Os estados e os organismos internacionais, principalmente o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM) incentivaram o uso do crédito como meio de alavancar as economias.

No Brasil não foi diferente. Conforme aponta Bernard Sorj⁵, uma série de políticas públicas visou propiciar e garantir o acesso ao crédito e ao microcrédito, como forma de oferecer condições para que as pessoas possam desenvolver-se economicamente e, depois, desenvolverem-se nos demais aspectos da vida⁶. Atente-se que a ideia de concessão de crédito é uma ideia de natureza liberal, que pressupõe que o desenvolvimento econômico proporcionará à população a desnecessidade da atuação do Estado em uma série de setores. Entretanto, cabe ao Estado, até mesmo para cumprir a disposição do art. 170 e incisos, da CF, não permitir que a ordem econômica sirva para a exploração da população. Ao contrário, lhe cabe o papel de fazer com que a população participe do sistema econômico, obtendo os benefícios daí decorrentes.

Ademais, além de políticas públicas concessivas de crédito, que se realizam através do sistema financeiro, o próprio sistema financeiro participa, privadamente, da atividade concessiva de crédito. Atividade que surgiu na origem dos bancos, conforme anota Antônio Carlos Efig⁷.

O crédito e a bancarização, esta última aqui definida como o acesso a produtos e serviços bancários de qualquer natureza, cresceram enormemente. Por isso, é importante verificar alguns dados estatísticos sobre a bancarização, a concessão de crédito e outros que diretamente se relacionam.

² COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

³ FERRY, Luc. **Diante da crise: materiais para uma política de civilização**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 13.

⁴ **A globalização e seus malefícios**. 3. ed. Trad. Bazán Tecnologia Linguística. São Paulo: Futura, 2002, p. 61.

⁵ **Brasil@povo: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: 2003, p. 146.

⁶ Assim já propuseram, por exemplo, Amartya Sen (**Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 53) e Muhammad Yunus (**Um mundo sem pobreza**. Trad. Juliana A. Saad e Henrique Amat Régio Monteiro. São Paulo: Ática, 2008, p. 88).

⁷ **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

Os dados que serão utilizados, quanto aos números totais da população são de 2010, uma vez que o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) data daquele ano, e apontava a população brasileira, no final de agosto de 2013, em número de 201.032.714 de pessoas⁸.

Pois bem, em setembro de 2013, o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), mantido pelo Banco Central do Brasil (BCB), contava 132.384.143 CPF's cadastrados como usuários do sistema financeiro nacional. Desta forma, o uso dos serviços bancários e financeiros por parte de pessoas físicas abrangia, em setembro de 2013, aproximadamente 65,9% de toda a população brasileira, que mantinha contas em bancos, ou que havia contratado financiamento junto a instituições financeiras⁹.

Segundo levantamento estatístico realizado pela Boa Vista Serviços Empresa, que administra o Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC), 69% dos brasileiros possuem acesso a financiamentos, empréstimos, compras a prazo e crediários¹⁰. A pesquisa divulgou, ainda, uma tabela apontando as formas de crédito utilizadas pelas classes sociais.

Tabela 1 — Formas de crédito utilizadas pelas classes sociais

Uso do Crédito	Classe A	Classe B	Classe C1	Classe C2	Classes DE
Financiamentos	41%	34%	28%	23%	19%
Empréstimos em bancos ou financeiras	23%	28%	25%	23%	18%
Compras a prazo ou crediário	77%	84%	85%	85%	89%

Fonte: Boa Vista Serviços Empresa, 2011.

Grande parte do crédito refere-se a compras aprazadas ou a crediários. E uma parcela menor, mas ainda assim significativa, refere-se a financiamentos ou a empréstimos em bancos ou financeiras. A estatística indica que o nível de endividamento da população é grande. O acesso ao crédito deixou de ser um artigo de luxo e se tornou parte do cotidiano da população. Tanto que 85% das classes C1 e C2 o utilizam para realizar compras aprazadas. E 89% das classes D e E, também o fazem. Outra pesquisa, realizada pela FEBRABAN, 63% da população brasileira possui algum tipo de dívida. E 20%

⁸ Os dados podem ser consultados na página eletrônica do Universo On Line (acessada em 22.12.2013, às 15:19 horas): <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/29/brasil-tem-mais-de-201-milhoes-de-habitantes-estima-ibge.htm>>.

⁹ Os dados podem ser consultados na página eletrônica (acessada em 22.12.2013, às 15:20 horas): <http://www4.bcb.gov.br/Fis/CCS/CCS_Estatisticas.asp>.

¹⁰ Página eletrônica, consultada em 22.12.2013, às 15:40 horas: <<http://www.portaldodoconsumidor.gov.br/noticia.asp?busca=sim&id=19544>>.

tem contas atrasadas¹¹. Outro importante dado divulgado pelo Banco Central do Brasil em maio de 2013, é o de que 43,99% da renda média da família brasileira destina-se ao pagamento de débitos¹².

Dados divulgados pela FEBRABAN, indicam que, no final de 2011 havia, no Brasil, aproximadamente 687.000.000 de cartões de crédito, débito e de lojistas¹³. Do total 32% estavam com as classes C e D, e 56% com as classes A e B. Os dados indicam que a bancarização foi acentuada, pois o uso de cartões exige relação jurídica com uma instituição financeira.

Uma pesquisa divulgada pela Boa Vista Serviços Empresa¹⁴, referente ao terceiro bimestre de 2012, revela o uso do crédito, em cada faixa de renda, indicando a natureza da dívida.

Esta pesquisa também indica que 89% da população possui algum tipo de débito. Sendo que 22% se considera muito endividado, 32% considera-se medianamente endividado e 35% considera-se pouco endividado. Apenas 11% relata não possuir dívida.

O uso do crédito, principalmente pelas famílias com renda mensal igual ou inferior a três salários mínimos, presta-se para aquisição de alimentos, vestuário, móveis, eletrodomésticos e eletroeletrônicos. A população com baixa renda, portanto, utiliza o crédito para aquisição de produtos e serviços que são essenciais à subsistência, não tendo condições financeiras para aquisição de bens supérfluos.

A bancarização proporciona acesso a produtos e serviços necessários à subsistência e, em conjunto com a concessão de crédito, proporciona, de fato, melhora na qualidade de vida. Por outro lado, entretanto, expõe os consumidores à prática de abusos, por parte das instituições financeiras. Os altos níveis de endividamento assim o demonstram.

Não se ignora que a exposição a prática de abusos por parte das instituições financeiras não é a única razão do endividamento. O achatamento salarial, os serviços públicos falhos, a falta de educação adequada para o con-

¹¹ Página eletrônica consultada em 22.12.2013, às 15.59 horas: <<http://atdigital.com.br/analiseeconomica/2013/09/01/brasileiro-endividado/>>

¹² Página eletrônica consultada em 22.12.2013, às 16.02 horas: <<http://oglobo.globo.com/economia/endividamento-das-familias-bate-recorde-4399-da-renda-8516655>>

¹³ Página eletrônica consultada em 22.12.2013, às 15:50 horas: <http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Ciab%20FEBRABAN_Pesquisa%20Setor%20Banc%20E1rio%20em%20Numeros%202011.pdf>

¹⁴ Página eletrônica consultada em 22.12.2013, às 15:53 horas: <<http://www.boavistaservicos.com.br/wp-content/uploads/2012/11/pesquisaperfil.pdf>>

sumo, e a constante exposição à publicidade, que causa a compra não refletida, também são causadores de endividamento¹⁵.

Tabela 2 — Uso do crédito, por faixa de renda e natureza da dívida

Produtos e/ou serviços que originaram a dívida	Março/2012			Junho/2012			Setembro/2012		
	Renda Familiar Mensal			Renda Familiar Mensal			Renda Familiar Mensal		
	Até 3 SM	De 3 a 10 SM	Acima de 10 SM	Até 3 SM	De 3 a 10 SM	Acima de 10 SM	Até 3 SM	De 3 a 10 SM	Acima de 10 SM
Alimentação	15,3%	11,5%	9,2%	20,6%	16,2%	9,8%	18,0%	15,8%	8,5%
Vestuário e calçados	20,5%	16,7%	1,9%	16,9%	15,6%	12,0%	17,3%	15,1%	11,8%
Móveis, eletrodomésticos ou eletrônicos	22,6%	19,7%	14,4%	17,3%	13,7%	6,5%	20,2%	21,2%	17,8%
Outros bens e/ou serviços	4,6%	5,4%	1,9%	9,0%	13,9%	14,1%	8,4%	7,6%	9,4%
Contas de concessionárias	9,3%	9,7%	6,6%	12,6%	11,5%	6,5%	11,0%	10,0%	11,8%
Pagamento de contas de outros bens e/ou serviços	8,9%	12,4%	17,1%	6,5%	8,2%	12,0%	8,8%	10,9%	11,0%
Empréstimo pessoal	8,8%	10,4%	25,0%	6,4%	6,2%	9,8%	6,2%	5,3%	11,0%
Material de construção	3,3%	4,0%	2,6%	4,4%	5,8%	14,1%	3,5%	3,9%	6,8%
Financiamento auto/moto	2,5%	4,6%	2,6%	1,9%	3,4%	7,6%	2,4%	5,0%	2,6%
Telefone celular	2,1%	3,1%	1,3%	2,1%	1,7%	2,1%	1,8%	1,3%	0,8%
Financiamento imóvel próprio	0,6%	0,6%	4,0%	0,2%	1,1%	2,1%	0,6%	1,1%	3,4%
Desconhece a origem da dívida	1,5%	1,9%	1,3%	2,1%	2,8%	3,3%	1,6%	2,8%	5,1%

Fonte: Boa Vista Serviços Empresa, 2012.

Ambas as pesquisas, lidas em conjunto, indicam que o endividamento atinge todas as classes sociais. Percebe-se, ainda, que as classes mais baixas (C, D e E) utilizam crédito diretamente ligado a satisfação de necessidades pessoais e familiares que são básicas.

Compras apazadas com cartão de crédito, ou diretamente financiadas nas lojas (carnê) e supermercados (com cartões dos próprios), servem, em regra, para aquisição de alimentos e bens de consumo duráveis. Mas não servem como investimento. Significa que o crédito, para estas classes sociais, tem sido um vetor que alimenta o mercado consumidor, mas que potencialmente gera desigualdade social, já que a riqueza acaba concentrando-se com aqueles que possuem a capacidade de conceder crédito.

¹⁵ A análise destes aspectos não cabe nos limites do presente estudo.

Em que, entretanto, estes dados de bancarização e de endividamento da população ligam-se?

Segundo os resultados do Censo de 2010, os 10% mais ricos da população brasileira possuem 44,5% de toda a renda. E os 10% mais pobres dividem entre si 1,1% da renda¹⁶.

Outro dado importante divulgado pelo IBGE é o de que 43,7% dos brasileiros integrados ao mercado de trabalho recebem o equivalente a um salário mínimo mês. Ainda, considerável parcela de 30% dos brasileiros recebe entre um e dois salários mínimos mês. No total, portanto, 73,7% da população brasileira não recebe mais que o equivalente a dois salários mínimos mensais, podendo receber menos.

Outros 10% da população recebe o equivalente entre dois e três salários mínimos mês. E o percentual diminui, na medida em que o salário aumenta. Recebem o equivalente entre três a cinco salários mínimos 8% dos brasileiros integrados ao mercado de trabalho. A faixa entre cinco a dez salários mínimos é reservada para 5,7% do total de brasileiros empregados. E a faixa superior a dez salários mínimos abrange apenas 2,6% da população economicamente ativa.

Segundo o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos — DIEESE, o salário mínimo necessário, em outubro de 2012, deveria ser de R\$ 2.761,58¹⁷. O conceito de salário mínimo necessário, que orienta os cálculos do DIEESE é realizado tomando em conta o art. 7º, IV, da CF, e considerando como critério de pesquisa, uma família composta por dois adultos e duas crianças.

Considerando que o salário mínimo atual equivale a R\$ 678,00, conforme art. 1º, do Decreto 7.872, de 26.12.2012, tem-se que o salário mínimo ideal equivale a 4,07 salários mínimos vigentes.

Cruzando os dados das pesquisas tem-se que 83,7% da população inserida no mercado de trabalho recebe mensalmente valor equivalente entre um e três salários mínimos vigentes. E 8% recebe o equivalente mensal entre três e cinco salários mínimos. Resulta que 91,7% da população que trabalha recebe menos ou poucos reais a mais (uma minoria, neste último caso) do que o valor necessário para uma vida que segue os ditames do art. 7º, IV, da CF. Este dado supõe que os serviços públicos sejam bem prestados, o que não ocorre.

¹⁶ Página eletrônica acessada em 22.12.2013, às 16:04 horas, no endereço <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>

¹⁷ Página eletrônica acessada em 23.12.2013, às 10:50 horas: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>

Alia-se a esta situação de miserabilidade os altos níveis de endividamento, decorrentes, em boa parte, da insuficiência salarial. Torna-se fácil a conclusão de que há, no Brasil, uma exploração econômica da população que não pode ser adjetivada de outra forma, senão vergonhosa.

E que relação há, entre a bancarização, os níveis de endividamento dos brasileiros e os valores salariais pagos para 91,7% da população?

O DIEESE divulgou a variação dos lucros dos seis maiores bancos do Brasil, nos primeiros semestres de 2012 e 2013¹⁸, bem como anotou que a variação total foi de 18,2% para cima:

Tabela 3 — Variação do lucro líquido dos seis maiores bancos do Brasil

Lucro líquido (em R\$ bilhões)			
Banco	Três Primeiros Trimestres		Variação
	2012	2013	Absoluta
Banco do Brasil	5,5	10,0	4,5
CEF	2,8	3,1	0,3
Bradesco	5,7	5,9	0,2
Itaú/Unibanco	7,1	7,1	0,0
Santander	3,2	2,9	-0,3
HSBC	0,6	0,5	-0,1

Fonte: DIEESE, 2013.

Os altos lucros das instituições financeiras não representam novidade. Ano após ano as empresas que atuam junto ao sistema financeiro mantêm altos os índices de aumento do lucro líquido. Lucro que sempre está muitíssimo acima da inflação, ou dos índices de crescimento econômico.

Daí ser necessário apurar outro interessante dado. Enquanto os lucros dos bancos superam com larga margem os índices inflacionários, os reajustes salariais dos trabalhares raramente são concedidos acima da inflação. A inflação, em 2012, totalizou 5,84%¹⁹. Significa dizer que o aumento do lucro líquido de alguns bancos superou a inflação do período e foi mais além, dado que o cálculo do lucro líquido leva em conta os índices inflacionários.

Já os aumentos salariais raramente superaram os valores da inflação. Muitas vezes ficam aquém.

Por fim, para ser possível obter as conclusões que orientarão a argumentação jurídica do estudo, é preciso anotar que os seis maiores bancos brasileiros, apresentados a título de amostragem no quadro acima, fazem

¹⁸ Página eletrônica acessada em 23.12.2013, às 15:00 horas: <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/desempenhoDosBancos1Semestre2013.pdf>>

¹⁹ Dados constantes na página eletrônica do Banco Central do Brasil (BACEN), no relatório de inflação, acessada em 23.12.2013, às 15:05 horas: <<http://www.bcb.gov.br/htms/relint/port/2013/03/ri201303b6p.pdf>>

parte da lista divulgada em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dos cem maiores litigantes do Brasil²⁰.

Tomando em conta dos dados absolutos de litigiosidade, apurados junto às Justiças Federal, do Trabalho e Estadual, em primeiro grau de jurisdição, e os dados referentes aos Juizados Especiais (em separado), bem como os grupos econômicos capitaneados por referidos seis maiores bancos, tem-se a seguinte situação, quanto à litigiosidade.

O grupo formado pelo Banco do Brasil S.A. (0,70% e 1,09%), B.V. Financeira S.A. (1,51% e 1,30%) e Banco Votorantim (0,05% nos Juizados), figura em 2,21% das ações em primeiro grau, e em 2,44% das ações dos Juizados.

O grupo formado pelo Banco Bradesco S.A. (0,99% e 1,14%), Banco Bradesco Financiamento S.A. (0,21% e 0,15%), Bradesco Seguros S.A. (0,08% e 0,11%), Bradesco Administradora de Consórcios Ltda. (0,11% nos Juizados) e Banco Finasa S.A. (0,32% e 0,25%), figura em 1,6% das ações em primeiro grau, e em 1,76% das ações nos Juizados.

O grupo formado pelo Banco Itaú S.A. (0,82% e 1,10%), Banco Itaucard S.A. (0,85% e 1,16%), Banco Itauleasing S.A. (0,33% e 0,19%), Itaú Seguros S.A. (0,06% e 0,06%), Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. (0,05%, nos Juizados), Banco Carrefour S.A. (0,05%, nos Juizados), Banco BMG S.A. (0,13% e 0,40%), figura em 2,19% das ações em primeiro grau, e em 2,96% das ações nos Juizados.

O grupo formado pelo Banco Santander Brasil S.A. (0,80% e 1,18%), Santander Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil (0,10%, em primeiro grau), Banco ABN AMRO Real S.A. (0,10% e 0,28%) e Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. (0,78% e 0,25%), figura em 1,78% das ações em primeiro grau, e em 1,71% das ações nos Juizados.

O grupo formado pela Caixa Econômica Federal (0,95% e 1,96%), Caixa Seguros S.A. (não está entre os maiores litigantes, na totalização) e Caixa Consórcio S.A. (não está entre os maiores litigantes, na totalização), figura em 0,95% das ações em primeiro grau, e em 1,96% das ações nos Juizados.

O Banco HSBC — Bank Brasil S.A., figura em 0,29% das ações em primeiro grau, e em 0,28% das ações nos Juizados.

Ou seja, os seis maiores bancos brasileiros, e seus respectivos grupos econômicos, respondem por 9,02% de todas as ações que tramitam frente o Poder Judiciário, em primeiro grau. E respondem por 11,11% das ações que tramitam nos Juizados Especiais. Somados, estes seis grupos bancos são os

²⁰ Página eletrônica acessada em 24.11.2012, às 10:15 horas: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>

maiores litigantes frente o Poder Judiciário Brasileiro, superando a soma de ações do Instituto Nacional do Seguro Social (4,38%), a Fazenda Nacional (1,20%) e A União (1,16%), que são responsáveis por 6,74% das ações que tramitam frente o primeiro grau.

Os dados estatísticos, tal como postos, conduzem a conclusões preocupantes.

Primeiro, o valor dos salários, no Brasil, é insuficiente para que 91,7% da população faça frente às necessidades diárias familiares, consideradas apenas as necessidades ordinárias, tal como postas no art. 7º, IV, da CF, segundo os cálculos do DIEESE.

Segundo, por não ter condições financeiras de fazer frente a todas as necessidades, dados os baixos salários e também a péssima prestação dos serviços públicos, a população obriga-se a recorrer a financiamentos e empréstimos de toda sorte, crediários e compras apazadas, etc., o que gera um preocupante endividamento da população.

Terceiro, em vista da necessidade premente da população em obter crédito, as instituições financeiras têm altos ganhos garantidos, muitas vezes abusando economicamente do cidadão. Não por outro motivo, os bancos ocupam destacada posição na lista dos cem maiores litigantes do Brasil. Evidentemente que ora atuando como autores das ações em busca de seus créditos, bens financiados, etc., ora atuando como réus, defendendo-se de ações que lhes acusam sistematicamente de praticar abusos e ilegalidades. Chama atenção, inclusive, o fato de que é maior o percentual ocupado pelos bancos nos Juizados Especiais, o que indica que a parcela da população menos favorecida economicamente está indo ao Poder Judiciário, em decorrência de operações bancárias e correlatas, seja por inadimplir débitos, seja por sofrer abusos.

Outra questão chama a atenção em relação às estatísticas apresentadas. Fixando a data de 01.01.1995 como marco inicial de análise, é possível perceber que o crédito foi utilizado, de lá para cá, como um importante vetor de políticas públicas, seja para o fomento da atividade produtiva, seja para a redistribuição de renda. E para que o crédito chegasse aos destinatários, tornou-se necessária a bancarização de boa parcela da população.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS, BANCARIZAÇÃO E CRÉDITO

O estudo presente não faz juízo de valor sobre a escolha do crédito e da bancarização como políticas públicas, ou como agentes que viabilizam outras políticas públicas. Nem se está, aqui, a criticar ou enaltecer desvantagens e vantagens desta opção política. O que se realizará, a partir da premissa de que a bancarização e o crédito são uma forma ágil de atender aos bene-

ficiários da política pública, é apenas uma análise, fundada em dados objetivos e estatísticos, acerca das consequências deste uso sob o prisma do CDC, bem como da necessidade de proteção jurídica do consumidor.

Pois bem, o uso do crédito destacou-se como uma forma de combate à pobreza, e também como uma forma de incentivo ao desenvolvimento econômico em praticamente todos os setores da economia, vale dizer, agricultura, indústria, comércio e prestação de serviços.

Como exemplo, é possível citar uma série de políticas públicas, apenas na esfera do Governo Federal, que faz uso do crédito voltado para o setor privado.

Na agropecuária há o Programa Especial de Crédito para a Reforma Agrária (PROCERA), o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), o Sistema Nacional de Crédito Rural que é orientado pelo Banco Central do Brasil com diretrizes traçadas no Manual de Crédito Rural (MCR) e Plano de Desenvolvimento Sustentável Mais Pesca e Aquicultura. Na indústria há a Política de Desenvolvimento Produtivo, o Programa Brasileiro de Design (PBD) e a Política de Apoio ao Desenvolvimento dos Arranjos Produtivos. No comércio e prestação de serviços há o Programa de Artesanato Brasileiro (PAB), o Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER) e o Programa Nacional do Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), além das linhas de crédito viabilizadas através do Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES). É ainda possível citar a existência de políticas públicas em áreas estratégicas, como a energia, que utilizam o crédito. Assim, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFRA), o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel e o Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural (PROMINP), todos mantidos pelo Ministério de Minas e Energia.

Estas políticas públicas se viabilizam pelo crédito e/ou pela bancarização, e têm na concessão do crédito o ponto final da relação entre o Estado e o particular. Em outras palavras, a concessão do crédito é o último passo dado pelo Estado, dentro da cadeia de atos da política pública. Receber o crédito e, posteriormente, restituí-lo ao agente financiador não são mais passos exclusivos do Estado, pois transferidos em boa parte às instituições financeiras.

Existem outras políticas públicas, entretanto, que tem o crédito, com a necessária bancarização, não como ponto final entre o Estado e o particular, mas uma etapa intermediária da política pública. É o caso, por exemplo, do Programa Minha Casa Minha Vida, do Ministério das Cidades, como também dos financiamentos concedidos para estudos e pesquisa, e o Projeto Segundo Tempo, mantido pelo Ministério do Esporte.

E há, por fim, o Bolsa Família, que é parte integrante do Programa Fome Zero, e que não concede crédito. Mas exige a bancarização para que seja possível à população obter o auxílio, que é prestado em dinheiro.

As políticas públicas citadas, em grande parte acabam por apresentar alguns problemas, especialmente no que toca ao intermédio entre o Estado e o particular, que é realizado pelo agente financeiro.

O primeiro problema é a falta de informações²¹ no momento de acesso ao crédito, já que este acesso se dá, em regra, nas agências bancárias, e não nos departamentos estatais.

O segundo problema é a prática dos agentes financiadores em exigir encargos²², tornando custosa a transação para os particulares, destinatários das políticas públicas.

O terceiro problema é o desvirtuamento da finalidade do crédito concedido através de políticas públicas, que acaba não aplicado corretamente, mas muitas vezes é utilizado para simples pagamento de débitos pré-existentes junto aos agentes financeiros²³.

O quarto problema é a apropriação, pelos agentes financeiros, dos débitos dos beneficiários das políticas públicas, tornando-se (os agentes financeiros) credores destes particulares, e praticando abusos referentes a encargos financeiros e exigências de garantias²⁴.

E o quinto problema é a realização de venda casada de produtos e serviços bancários para os beneficiários das políticas públicas que se obrigam a se bancarizar para participar da própria política pública²⁵.

Todos estes problemas, que se originam da opção de realizar políticas públicas através da bancarização e do crédito, não devem escapar à tutela cuidadosa do CDC, que mais que uma lei de proteção ao consumidor deve, neste caso, ser tomada como uma lei de proteção ao cidadão²⁶. Daí a tese

²¹ A informação é um dos princípios (CDC 4º, IV) que norteiam a política nacional das relações de consumo, e é um direito básico do consumidor (CDC 6º, III).

²² Como, por exemplo, a cobrança de “taxa de abertura de conta”.

²³ Por exemplo as denominadas operações “mata-mata”, onde obtêm-se recurso estatal, oriundo de uma política pública, para cobrir o valor do limite do cheque especial.

²⁴ Havendo inadimplemento por parte do beneficiário da política pública, e sem comunicar-lhe previamente, a instituição financeira quita o valor devido junto ao Estado, e sub-roga-se no crédito. Posteriormente, convoca o devedor para “renegociar” o débito, impondo-lhe encargos financeiros mais altos que aqueles decorrentes do crédito concedido através da política pública.

²⁵ É o caso da venda de seguros de vida e títulos de capitalização, cuja contratação é imposta como uma condicionante para que o crédito, ainda que oriundo de política pública, seja concedido ao cidadão.

²⁶ Conforme observa Néstor Garcia Canclini (**Consumidores e cidadãos**. Trad. Maurício Santana Dias. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2010, p. 72), alguns consumidores querem ser cidadãos.

defendida neste ensaio, de que o CDC pode ser um instrumento de defesa do cidadão, mesmo quando beneficiado por crédito oriundo de políticas públicas, ou quando bancarizado para receber benefícios oriundos de políticas públicas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS E DEFESA DO CONSUMIDOR

A partir do momento em que a implementação de políticas públicas utiliza o sistema financeiro, e a concessão de crédito como mecanismo — talvez o principal deles — para atingir seus destinatários, fatalmente acaba havendo exposição do beneficiário a práticas que o CDC classifica como ilegais. Por vezes, entretanto, o regramento específico da política pública não prevê a possibilidade de que, pela via da bancarização ou da concessão de crédito, possa ocorrer violação a direitos dos beneficiários. Surge, assim, possibilidade de o beneficiário da política pública sofrer abusos, sem encontrar, a princípio, regras jurídicas na própria política pública, que sejam capazes de lhe proteger.

Neste especial aspecto, não é fora de razão anotar que a defesa do beneficiário da política pública e, portanto, do cidadão pode se confundir com a defesa do consumidor. Até mesmo porque o CDC não pode ser tomado apenas como uma regra jurídica de proteção ao consumidor *stricto sensu*, sob pena de se lhe tolher a potencialidade protetiva. Trata-se, o CDC, de uma norma que rege a maioria das relações jurídicas, na sociedade de consumo²⁷.

Quando as políticas públicas utilizam os agentes financeiros para que possam ser viabilizadas, estes mesmos agentes não atuam graciosamente. A contraprestação pelo serviço prestado vem sob a forma de “taxas”, ou através de parcela de juros incidentes sobre o montante do crédito concedido. Márcio Mello Casado²⁸ destaca que colocar dinheiro à disposição do mutuário faz surgir duas prestações recíprocas (entrega e restituição) e duas prestações comutativas (prazo e juro), que se tratam de elementos comuns ao crédito. Seja através da cobrança de “taxas”, ou do recebimento de juros, o agente financeiro não atua sem lucro. As estatísticas comprovam, aliás, que os lucros são altos.

O CDC é uma norma jurídica de caráter principiológico que, como destaca José Geraldo Brito Filomeno²⁹, possui cunho inter e multidisciplinar, formando verdadeiro microssistema jurídico. Ademais, o CDC relaciona-se

²⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

²⁸ **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

²⁹ **Manual de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11

com outros ramos do direito, devendo, à luz da regra do diálogo das fontes, interpretar-se a lei sempre de maneira mais favorável àqueles que a CF confere proteção especial, no caso, os consumidores³⁰. Como, pois, deixar de aplicar o CDC quando, inserido na sociedade de consumo, o agente financeiro lucra com a intermediação de políticas públicas?

As instituições financeiras preenchem, no caso, os dois requisitos para sua caracterização, como fornecedores de serviço, na forma exigida pelo art. 3º e § 2º, do CDC. Primeiro, o fazem profissionalmente e com habitualidade. Segundo, o fazem mediante remuneração. Habitualidade, profissionalidade e remuneração são, segundo Sergio Cavalieri Filho³¹, as características exigidas pelo CDC, para configuração do fornecimento de produtos e serviços. Não por outro motivo o STF, ao decidir a ADI 2.591, decidiu que o CDC é aplicável às instituições financeiras.

Ademais, além do lucro direto, o agente financeiro ainda tem outra vantagem. Ao dirigir-se até as agências bancárias, o beneficiário da política pública fica exposto a um sem número de informações de caráter publicitário³², que visam seduzi-lo e levá-lo a adquirir outros produtos e serviços ofertados. Há, também neste aspecto, possibilidade de ser obtido lucro.

Há mais um importante aspecto a destacar. Quando uma política pública utiliza o sistema financeiro para conceder crédito, o faz através de contratos de adesão, onde a manifestação da vontade continua presente, mas expressada sob condições contratuais preestabelecidas, que limitam a vontade do consumidor em aderir, ou não, aos termos contratuais que lhe são apresentados³³. Adesão, conforme ressalta Renata Maldelbaum³⁴, difere de “aceitação do contrato”, exatamente porque não há confluência da vontade de todos os contratantes em chegar a um conteúdo contratual discutido e refletido, e que retrata a vontade de cada um deles.

Pela diferença entre a forma tradicional de contratar e os contratos de adesão, esses últimos são regulados pelo CDC, dado que nas relações de consumo é bastante comum seu uso. Pode-se dizer que a nesta espécie de relação jurídica, exceção é contratar pela forma tradicional. Assim, do mesmo modo que se pode, ou não, aderir a um contrato, também se pode, ou não, aderir a uma política pública. Entretanto, num e noutro caso, não se permite

³⁰ **O diálogo das fontes como método da nota teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme.** in. Diálogo das Fontes. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

³¹ **Programa de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 43.

³² **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 324.

³³ **Contratos no código de defesa do consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

³⁴ **Contratos de adesão e contratos de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 142.

discutir as cláusulas e condições, nem do contrato, nem da política pública. Este aspecto da adesão à política pública, quando ocorre a concessão de crédito, que em regra exige a bancarização, torna importantíssimo — até para ser legítima a política pública —, que sua elaboração ocorra de maneira mais democrática possível.

Estas observações levam à conclusão de que, quando particulares utilizam a política pública como uma forma de obter lucro, ou mesmo obter clientes, atrelando atividade eminentemente empresarial à política pública, devem estes mesmos particulares, ainda que agentes repassadores de crédito, ter seus atos empresariais regidos pelas regras do CDC.

Primeiro, porque a relação jurídica que, em princípio, se estabelece entre o Estado e o cidadão (destinatário da política pública) gera uma nova relação jurídica, que agora se estabelece entre a instituição financeira e o cidadão. Esta segunda relação trata-se, sem dúvida, de relação de consumo. Há, pois, uma simbiose entre o Estado e a instituição financeira. Ambos beneficiam-se: o Estado atingindo os destinatários da política pública através do sistema financeiro, e as instituições financeiras obtendo lucro pela prestação do serviço.

Há, entretanto, em meio a esta simbiose, o destinatário da política pública, o cidadão. Se, por um lado o cidadão se beneficia pela facilitação do acesso à política pública, por outro fica exposto a práticas comerciais e contratuais abusivas. Desta forma, proteger o consumidor pelo uso do CDC, garantindo-lhe que não será vítima de abusos ou de atos ilícitos, resulta em uma maior penetração da política pública.

A jurisprudência, entretanto, não chegou ainda a um consenso sobre a aplicação do CDC às políticas públicas de concessão de crédito. Julgados que negam a aplicação do CDC têm decidido com o exclusivo argumento de que os recursos oriundos de programas de financiamento estatais desnaturam a relação de consumo. Este entendimento, pode ser visto, por exemplo, em julgados do TJPR³⁵ e no TJSP³⁶. Há outros tribunais, como o TJSC³⁷, ao seu turno, que aplicam o CDC em casos de políticas públicas, como na aquisição de implementos agrícolas via financiamento do BNDS. Da mesma forma o TJRS³⁸. O Mesmo TJRS, por outro lado, deixou de aplicar o CDC, em caso de

³⁵ ApCív 756.889-4, 17ª Câm. Cív., j. 26.06.2011, Rel. Des. Stewalt Carmargo Filho, *DJ* 08.07.2011. ApCív 747.307-8, 17ª Câm. Cív., j. 09.03.2011, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, *DJ* 24.03.2011. ApCív 1.012.797-0, 17ª Câm. Cív., j. 05.06.2013, Rel. Des. Fabian Schweitzer, *DJ* 11.07.2013.

³⁶ ApCív 9228120-72.2007.8.26.0000, 16ª Câm. Dt. Priv., j. 30.07.2012, Rel. Des. Candido Alem, *DJ* 15.08.2012.

³⁷ ApCív 2012.027784-2, 3ª Câm. Cív., j. 12.12.2013, rel. Des. Fernando Vieira Luiz, *DJ* 18.12.2013.

³⁸ Ag em AgIn 70056317852, 20ª Câm. Cív. j. 25.09.2013, rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, *DJ* 03.10.2013.

atraso na entrega de caminhão adquirido com financiamento via BNDE (FINAME), considerando que a adquirente utilizaria o caminhão em sua atividade de transporte³⁹, ignorando que o CDC poderia aplicar-se ao caso dada a prática comercial abusiva, na forma do art. 29 c/c 39, XII, do CDC.

O aspecto da origem dos recursos, entretanto, não pode ser o único analisado, para se decidir sobre a aplicação do CDC aos casos de crédito concedido via políticas públicas, com intermédio do sistema financeiro. Primeiro porque os agentes financeiros obtêm lucro com a atividade de intermediação. Segundo porque, através desta atividade, praticam abusos e arrebanham clientes.

Os cinco problemas anteriormente apontados podem ser resolvidos à luz do CDC, com ampla garantia aos beneficiários das políticas públicas, e também com minoração de desvios na implementação das próprias políticas públicas.

Aliás, o uso do CDC como regra de proteção das políticas públicas e dos beneficiários destas, é uma forma de defesa das próprias políticas públicas. Na medida em que o art. 4º, do CDC, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, objetiva atender as necessidades do consumidor respeitantes à dignidade, saúde, segurança, proteção de interesses econômicos e melhoria da qualidade de vida, é correto afirmar, pois, que protege direitos atinentes à cidadania. Ademais, o art. 4º, II, *c*, estabelece que a ação governamental de proteção ao consumidor se dá pela presença do Estado no mercado do consumo. Se o Poder Judiciário é uma das funções do Estado, e o art. 2º, da CF, atesta que é, sua presença como agente protetor do consumidor e beneficiário das políticas públicas é recomendável. Idêntico raciocínio cabe em relação ao art. 4º, III, do CDC, que trata da necessidade de harmonização dos participantes das relações de consumo com a ordem econômica, que tem como objetivo assegurar a todos existência digna (art. 170, da CF). E por fim, o art. 4º, VI, do CDC estabelece que é dever do Estado coibir e reprimir todos os abusos praticados no mercado de consumo, o que pode implicar, conforme anota Antônio Carlos Efigê⁴⁰, em determinados casos, no preterir o resultado econômico e financeiro dos fornecedores para preservar interesses dos consumidores.

O art. 4º do CDC possui especial relevância em relação ao próprio CDC, e à Política Nacional das Relações de Consumo dado que suas normas são utilizadas para interpretar e guiar, ou seja, iluminar todas as outras nor-

³⁹ AgIn 70048360366, 14ª Câ. Cív., j. 13.04.2012, rel. Des. Roberto Sbravati, DJ 23.04.2012.

⁴⁰ **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

mas do microsistema. Aplicam-se, pois, como inspiração, guia e teleologia, indicando caminhos e objetivos⁴¹.

Se o Estado utiliza o mercado de consumo para implementar a política pública, é possível (e provável) que ocorram abusos, o que deve ser reprimido pelo Poder Judiciário (inclusive). De fato, não se pode imaginar que o Estado, através de realização de políticas públicas, ofereça às instituições financeiras uma oportunidade de obter lucro (pela intermediação), e ainda permita que, com violação das regras de defesa do consumidor, potencialize seus lucros em detrimento da atividade produtiva do cidadão, explorando-o.

Ademais, ainda há que se considerar o alerta de Vanice Regina Lírio do Valle⁴², de que a existência de ações individuais no Poder Judiciário evidencia um problema da política pública, sendo importante termômetro a ser utilizado, tanto pela Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário, para realizarem as devidas correções.

Tornando a tratar dos cinco problemas anteriormente apontados, e tomando como aplicável o CDC, passa-se a apontar possíveis soluções dadas pelo CDC, a cada um dos problemas.

O primeiro problema arrolado é a falta de informações no momento de acesso ao crédito, já que este acesso se dá, em regra, nas agências bancárias, e não nos departamentos estatais. O art. 6º, III, do CDC, estabelece que é direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre produtos e serviços. Quando a política pública é viabilizada por atuação do agente financeiro, a este cabe o papel de informar sem deixar dúvidas, sobre as características, finalidades e consequências da “adesão” à política pública, ou seja, direitos e deveres que decorrem deste ato. A informação deve ser transparente, ou seja, não pode se resumir a mera formalidade⁴³. A informação deve ser clara, e as dúvidas do cidadão devem ser devidamente esclarecidas, para que, no mínimo, compreenda com exatidão: a) qual o objeto do contrato; b) com quem está a contratar, ou seja, quais são as posições contratuais do Estado e da instituição financeira; c) quais os direitos e obrigações decorrentes da contratação; d) quais as penalidades e consequências do inadimplemento; e) qual o canal de comunicação com o Estado e com a instituição financeira, ou seja, a quem recorrer em caso de problemas quanto ao cumprimento das obrigações assumidas, ou em caso de não receber as prestações que lhe são devidas; f) que medidas judiciais e extrajudiciais podem ser to-

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; ROSCOE BESSA, Leonardo. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

⁴² Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 160.

⁴³ **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 113.

madas em face do cidadão, tanto pelo Estado, quanto pela instituição financeira; e g) quais os custos da contratação intermediada pela instituição financeira, ou seja, o que o cidadão pagará como contraprestação pelo recebimento do crédito oriundo da política pública, e o que o cidadão pagará como contraprestação pela intermediação realizada pela instituição financeira.

A informação incorreta ou incompleta terá como consequência a invalidade, total ou parcial, da contratação, ainda que se esteja a tratar de crédito oriundo de política pública. De se lembrar que, na forma do art. 52, § 2º, do CDC, a princípio deve ser mantido o contrato pelo qual se viabilizou a política pública, por força da regra da conservação dos contratos. Ressaltando a obrigatoriedade da informação completa, o STJ⁴⁴, afirmou ser indevida a capitalização de juros, se não ocorreu informação clara do consumidor quanto à contratação da forma capitalizada de calcular os juros e de como o cálculo dar-se-ia. O mesmo raciocínio aplica-se a todas as demais cláusulas contratuais e, principalmente àquelas que importam em encargos remuneratórios e moratórios.

O segundo problema é a prática dos agentes financiadores em exigir encargos, tornando custosa a transação, o que, em grande parte das vezes é suportado pelos particulares. Estes encargos, quando não autorizados pela própria política pública, são ilegais, pois representam vantagem excessiva, o que é vedado pelo art. 39, V, do CDC. A vantagem excessiva, anote-se, não precisa ser obtida pelo fornecedor. A violação ao art. 39, V, do CDC ocorre com a mera exigência⁴⁵. A “vantagem excessiva” mencionada no art. 39, V, é sinônima da “vantagem exagerada” a que faz referência o art. 51, § 1º, do CDC, que apresenta rol exemplificativo. Enquanto o art. 39, V, classifica como ilícito o simples exigir a vantagem, o art. 51, § 1º, dispõe, repete-se, em rol exemplificativo, quais são as condutas caracterizadoras da vantagem excessiva ou exagerada. Cláudia Lima Marques⁴⁶, afirma que o art. 51, IV é complementado pelo § 1º, do mesmo artigo, ambos configurando, em conjunto, verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abuso contratual, ainda que previstos exemplificativamente em outros incisos do mesmo art. 51, do CDC.

O terceiro problema é o desvirtuamento da finalidade do crédito concedido através de políticas públicas, que acaba não aplicado corretamente, mas muitas vezes é utilizado para simples pagamento de débitos pré-existentes junto aos próprios agentes financeiros. Além de violar o art. 39, VIII, já que coloca no mercado de consumo crédito oriundo do Estado, o que, em regra, está em desacordo com a própria política pública, esta prática re-

⁴⁴ REsp 1.302.738, 3ª T., j. 03.05.2012, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 10.05.2012.

⁴⁵ **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, vol. I. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 384.

⁴⁶ **Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 934.

apresenta desvirtuamento da finalidade da política pública, através da apropriação do crédito por parte da instituição financeira. É o caso, por exemplo, de operações denominadas “mata-mata”, onde empréstimos, por vezes oriundos de políticas públicas, são utilizados não para fomentar a atividade produtiva (seja de que setor for), mas para quitar débitos pré-existentes junto às instituições financeiras. Nestes casos, a jurisprudência já reconheceu a nulidade da contratação⁴⁷. A posição do STJ é a de que a contratação é válida. Mas ao menos admite a revisão dos contratos anteriores, que originaram o novo pacto. Entendimento exposto na Súmula 286⁴⁸.

O quarto problema a enfrentar, ou seja, a apropriação, pelos agentes financeiros, dos débitos dos beneficiários das políticas públicas, tornando-se (os agentes financeiros) credores destes particulares, e praticando abusos referentes a encargos financeiros e exigências de garantias, é um problema que já foi percebido não só pelos juristas. Zygmunt Bauman⁴⁹ já anotou que as instituições financeiras transformam o crédito em fonte permanente de lucro. Estão sempre dispostas a renegociar débitos inadimplidos, com taxas de juros mais altas e com prazo de pagamento estendido. São, nas palavras do Autor, os bancos que dizem sim e que sorriem. Na prática, a instituição financeira quita, junto ao Estado, o débito do cidadão beneficiário da política pública que se encontra inadimplente, ficando sub-rogada no crédito. Posteriormente, impõe ao cidadão juros e valores outros, muitíssimo superiores àquelas fixadas pela política pública. A prática de apropriação de créditos viola frontalmente o art. 51, IV, do CDC, pois estabelece ao agente financeiro vantagem abusiva, dado que o cidadão fica vinculado à necessidade de firmar o contrato com a instituição financeira, até para poder novamente beneficiar-se de políticas públicas futuras. Caso bastante comum na agricultura, onde pequenos produtores dependem de subsídios do Estado para dar continuidade à atividade, e não podem ter os nomes inscritos em bancos de dados de devedores inadimplentes.

E o quinto problema é a realização de venda casada de produtos e serviços bancários para os beneficiários das políticas públicas que se obrigam a bancarizar-se para participar da própria política pública. Seguros e planos de capitalização estão entre os produtos bancários comumente atrelados à concessão do crédito originário de políticas públicas. O art. 39, I, do CDC é cristalino quanto à vedação da prática de condicionar o fornecimento de um produto ou serviço à aquisição de outro. A vedação deve ser aplicada, com maior

⁴⁷ TJPR, ApCív 792.621-8, 15ª Câm. Cív., j. 13.07.2011, Rel. Des. Hayton Lee Swain Filho, *DJ* 02.08.2011. TJMG, ApCív 0195550-12.2008.13.0390, 14ª Câm. Cív., j. 02.12.2010, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, *DJ* 01.02.2011.

⁴⁸ Súmula 286. A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

⁴⁹ **Vida a crédito.** Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p. 30.

ênfase no caso da concessão de crédito que decorre de políticas públicas. Assim, inclusive, já decidiu o TJPR, na apelação cível 892.716-4⁵⁰, reconhecendo a nulidade da contratação de seguro de vida, que foi condição para que o consumidor pudesse contratar uma cédula de crédito rural.

O CDC, portanto, é norma que pode e deve ser aplicada nos casos de veiculação de crédito oriundo de políticas públicas pelos agentes do sistema financeiro, quando estes agentes praticam abusos ou ilegalidades, violando direitos dos beneficiários das políticas públicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As notas de cunho conclusivo são apresentadas abaixo, em tópicos, pois mais fácil a compreensão.

- a) níveis de bancarização e de endividamento já atingem mais de 70% da população com idade superior a quatorze anos, enquanto que os valores salariais de mais de 90% dos brasileiros não atinge o valor considerado ideal pelo DIEESE, para suprir todas as necessidades de uma família, que são previstas pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal, o que denota que o uso do crédito não é mais uma opção para aquisição de bens de consumo supérfluos, mas tornou-se uma necessidade diária a população;
- b) o lucro líquido dos cinco principais bancos, entre 2010 e 2011, ficou consideravelmente acima da inflação, e também consideravelmente acima dos reajustes salariais do período;
- c) grande parte das políticas públicas de crédito, e também das políticas públicas concessivas de benefícios pecuniários utilizam os agentes financeiros para atender a população. Por um lado os agentes financeiros obtêm lucros com o uso dos valores repassados pelo Estado. Por outro lado, obtêm lucro cobrando pelo serviço de repasse e angariando novos clientes;
- d) outra forma de obtenção de lucro, pelos agentes financeiros, encontra-se na prática de abusos, no momento da concessão, no desvirtuamento do uso e no momento da cobrança do crédito originado em políticas públicas. Também obtêm lucros realizando venda casada de produtos privados, quando do repasse do crédito estatal;
- e) como a legislação pertinente às políticas públicas nem sempre prevê penalidades aos agentes financeiros que praticam abusos, e como a política pública implementa-se pela via do mercado,

⁵⁰ 15ª Câmara Cível, j. 25.07.2012, Rel. Des. Elizabeth M. F. Rocha, DJ 07.08.2012.

contribuindo para o lucro dos agentes financeiros, é cabível o uso do Código de Defesa de Consumidor, para proteção dos beneficiários das políticas públicas, contra os abusos, bem como para proteção da própria política pública, contra o desvirtuamento do uso do crédito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida a crédito**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Trad. Maurício Santana Dias. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FERRY, Luc. **Diante da crise: materiais para uma política de civilização**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada. Pelegrini. [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O diálogo das fontes como método da nota teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme**. in. *Diálogo das Fontes*. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SORJ, Bernard. **A nova sociedade brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Brasil@povo: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: 2003.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **A globalização e seus malefícios**. 3. ed. Trad. Bazán Tecnologia Linguística. São Paulo: Futura, 2002.

_____. **Globalização: como dar certo**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza**. Trad. Juliana A. Saad e Henrique Amat Régio Monteiro. São Paulo: Ática, 2008.



RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO — RELAÇÃO ENTRE ADVERTÊNCIA E RECONHECIMENTO DA JUSTA CAUSA

*Rogério Rolim da Cruz**
*Valmir César Pozzetti***

Resumo

O objetivo principal deste artigo, é demonstrar a importância da prévia advertência para o reconhecimento da dispensa por justa causa, com ênfase para resposta fundamentada do seguinte questionamento: É imprescindível a aplicação de advertência ao empregado, como forma de comprovar falta grave passível de demissão por justa causa no processo trabalhista, em situações que configuram justa causa por práticas habituais? Trata-se de questão relevante, para evitar decisões no processo trabalhista, não reconhecendo a demissão por justa causa aplicada ao empregado. Quanto à metodologia a ser utilizada nesta pesquisa, será descritiva, explicativa, com ênfase através da análise bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave

Justa Causa. Empregado. Advertência.

Abstract

The, main objective of this paper is to demonstrate the importance of warning to the recognition of the cause, with emphasis on reasoned reply the following question: is it essential to implementation of warning to the employee, as a way of proving misconduct subject to dismissal for cause in the labor process, in situations that constitute just cause by customary practices? It is important issue to avoid labor decisions in the process, not recognizing the dismissal

* Bacharel em Direito pela UFAM — Universidade Federal do Amazonas; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas — UFAM. Especialista em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas — CIESA. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas — ESMAM em convênio com a Faculdade do Vale do Ipojuca — FAVIP/PE. Delegado de Polícia.

** Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luiz Gonzaga/SP; Bacharel em Direito pelo CIESA — Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas; Mestre em Direito Ambiental pela Université de Limoges; Doutor em Direito Ambiental Comparado pela Université de Limoges. Professor Adjunto do Mestrado em Controladoria e Contabilidade da Universidade Federal do Amazonas; Professor Adjunto do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Professor Adjunto da ESMAM — Escola Superior da magistratura do Amazonas.

for cause applied to the employee. As for the methodology to be used in this study will be descriptive, explanatory, focusing through the literature review, document and case law.

Keywords

Just Cause. Employee. Warning.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Industrial até o presente momento, verifica-se que o capital é a mola propulsora e fomentadora da Ordem Econômica das Nações. No Brasil, o artigo 170 da Constituição Federal estabelece que a Ordem Econômica será pautada na Livre Iniciativa. Neste sentido, as relações trabalhistas no âmbito privado, desenvolvem-se num contexto jurídico, onde o empregador é o sujeito hiperssuficiente, enquanto o empregado é a parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista. Por este motivo, o trabalhador merece proteção jurídica do Estado, conforme leciona um dos mais importantes princípios do Direito do Trabalho: o da “proteção ao trabalhador”, conforme destaca o o caput do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, que estabelecem ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária”.

Assim sendo, a despedida do trabalhador, não poderá ser arbitrária. Por isso pretendemos discutir qual é o limite dessa linha divisória entre a arbitrariedade e justo motivo, do empregador, para dispensar o empregado e ainda, quais atos deverá o empregador realizar, para não caracterizar a arbitrariedade.

No contexto da rescisão por justa causa do empregado, a questão que se põe à análise, na ótica do direito do trabalho é: É imprescindível a aplicação de advertência ao empregado, como forma de comprovar falta grave passível de demissão por justa causa no processo trabalhista, em situações que configuram justa causa por práticas habituais?

Trata-se de questão relevante que interessa tanto para os empregadores, como para os empregados, e também aos operadores do direito, porque dependendo do posicionamento adotado, poderá gerar decisões, no processo do trabalho, não reconhecendo a demissão por justa causa aplicada ao empregado, condenando o empregador ao pagamento das verbas rescisórias por dispensa sem justa causa, ficando também o empregador passível de condenação por danos morais, colocando, também, em situação, no mínimo desconfortável, o respectivo advogado que deu ao empregador, parecer simplista com fundamento apenas jurisprudencial e de forma perfunctória, no sentido da desnecessidade da aplicação de advertência em determinadas situações que configuram justa causa por práticas habituais.

Nesse contexto, justifica-se a relevância do tema, em razão da contínua e crescente problemática fática e jurisprudencial acerca do reconhecimento

da justa causa no processo do trabalho, em razão da existência de diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, entendendo que determinadas faltas graves se configuram em procedimentos reiterados e habituais, independentemente de aplicações anteriores de advertência às práticas que antecedem a última conduta que caracteriza a falta grave, para aplicação da justa causa. Assim, muitas vezes levam a um entendimento equivocado que resulta na impossibilidade fática de comprovação da falta grave que justifique a rescisão contratual por justa causa no processo trabalhista, ou seja, nos Órgãos da Justiça do Trabalho.

Não obstante a existência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais de que é desnecessário que haja a aplicação anterior de uma advertência para configuração da justa causa ao empregado, o objetivo geral do presente estudo será demonstrar que consoante os dispositivos legais e fundamentos pautados nos princípios jurídicos que estruturam a dispensa por justa causa, a importância da aplicação de advertência se faz necessário para atender ao princípio da ampla defesa e legalidade; uma vez que, em determinadas situações de faltas que não se configuram como graves, através de um único ato (como desídia, embriagues habitual, prática constante de jogos de azar e até mesmo indisciplina e insubordinação) do empregado, a simples aplicação da advertência configura a boa-fé do empregador em educar o empregado.

Tal conduta patronal, garante o reconhecimento da justa causa no processo do trabalho, para assim evitar riscos desnecessários de condenações não esperadas ao empregador.

2. ASPECTOS DA RESCISÃO POR JUSTA CAUSA.

A terminação do contrato de trabalho, via de regra, ocorre por dispensa sem justa causa, por dispensa por justa causa e a pedido do trabalhador. A dispensa por justa causa constitui uma das espécies que será motivada por falta grave, cometida pelo empregado, que ensejará ou dará direito ao empregador de despedir o empregado, reduzindo os direitos que teria em uma rescisão contratual de outra espécie. A rescisão contratual por justa causa está prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas — CLT, especificamente em seu artigo 482, o qual analisar-se-á adiante.

2.1. Conceito de falta grave e de rescisão por justa causa do empregado

Com entendimento amplo sobre falta grave e justa causa, Amauri Mascaro Nascimento (2010, p.1202) dispõe que “Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos

deveres normais, impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico”.

Dessa forma, considera-se, de um modo geral, falta grave a prática de condutas previstas em lei, especificamente no art. 482 da CLT, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações, tanto por parte do empregado.

Conforme bem observa Renato Saraiva (2011, p. 250), “a” CLT utiliza a palavra “rescisão” englobando qualquer forma de terminação do liame empregatício.” Sendo assim, considerando a objetividade desta pesquisa, será utilizado a palavra rescisão, no sentido de terminação ou dispensa do empregado por justa causa, objeto do presente artigo.

2.2. Hipóteses legais de falta grave praticada pelo empregado, passíveis de dispensa por justa causa pelo empregador

Não sendo objeto específico deste artigo, o detalhamento das hipóteses de faltas passíveis de demissão por justa causa, vejamos de forma objetiva, o teor do art. 482 da CLT:

“Art. 482. Constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou lhe for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguês habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar;

Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.”

Neste sentido é importante destacar o que significa cada uma destas condutas:

Improbidade — caracteriza-se pela prática de atos desonestos; são geralmente os crimes contra o patrimônio. Estes atos tanto podem ser praticados no ambiente de trabalho quanto fora, e também contra terceiros.

Incontinência de conduta — revela-se pelas atitudes do empregado incompatíveis com a moral sexual. São atos de homossexualismo, de libidinagem, etc., e desde que praticados no ambiente de trabalho, ou quando ocorridas fora da empresa, venham a refletir negativamente nesta. O mau procedimento ocorre quando o empregado toma atitudes incompatíveis com o ambiente de trabalho, sem permissão do empregador, ou quando praticados fora deste, sejam prejudiciais ao serviço.

Negociação habitual — se dá quando o empregado pratica atos de comércio no ambiente de trabalho, sem permissão do empregador, ou quando praticados fora deste, sejam prejudiciais ao serviço ou ainda quando se constituam em atos de concorrência ao empregador.

Condenação criminal transitada em julgado — é uma justa causa *sui generis* pois está atrelada à impossibilidade de o empregado prestar serviço por estar preso, ou estar impedido de exercer a sua função (motorista, médico, advogado) por determinação judicial.

A desídia — quando o empregado é desleixado no exercício de suas funções; quando falta injustificadamente ou chega atrasado constantemente.

A embriaguez — pode vir a ocorrer em serviço (uma única vez basta), ou fora do ambiente de trabalho (neste caso deve ser habitual).

A violação ao segredo — se dá quando o empregado revela segredos industriais e/ou comerciais do empregador. Os segredos pessoais, se revelados, não ensejam a ocorrência desta justa causa.

A indisciplina — é revelada pelos atos do empregado consistentes na desobediência ao regulamento da empresa.

A insubordinação — ocorre quando o empregado não acata ordens diretas do empregador ou superiores hierárquicos.

Abandono de emprego — se dá quando o empregado se ausenta do ambiente de trabalho sem dar satisfação ao empregador. A jurisprudência fixa em trinta dias o prazo para configuração desta figura, mas poderá ocorrer o abandono num prazo inferior, quando o empregado vai trabalhar para outro empregador.

Ato lesivo da honra ou da boa fama — são aqueles previstos no código penal, ou seja, a injúria, a difamação e a calúnia.

Jogos de azar — são aqueles em que a sorte é o único elemento determinante para se ganhar ou não o jogo. pela lei muitos jogos de azar são permitidos: sena, loto e loteca. para o direito do trabalho, mesmo estes, se praticados de forma constante, constituirão a justa causa.

Entretanto, além destes atos tipificados no artigo 482 da CLT, há outros atos que podem ensejar a dispensa por justa causa.

2.3. Demais hipóteses legais que constituem justa causa

Além das hipóteses supramencionadas, constituem, também, justa causa específica para a rescisão contratual:

- a) Aprendiz — art. 433, I e III da CLT: desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz (inciso I), ou quando houver ausência injustificada à escola, resultando em perda do ano letivo (inciso III);
- b) Ferroviário — art. 240 da CLT — Constitui falta grave quando o ferroviário se negar realizar trabalho extraordinário, nos casos de urgência ou de acidentes, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço;
- c) Recusa injustificada do empregado de observar as instruções expedidas pelo empregador e uso de equipamentos de segurança do trabalho — art. 158 da CLT;
- d) Participação em greve abusiva gera a presunção de justa causa e os excessos praticados durante a greve caracterizam-na plenamente — art. 9º, § 2º da CF/88.

2.4. Princípios da falta grave

As dispensas por justa causa imposta pelos empregadores são, em inúmeras oportunidades, revertidas pela Justiça do Trabalho, pois normalmente quando o empregado é demitido por justa causa, não se conforma em ter suas verbas rescisórias limitadas principalmente em saldo de salários, décimo terceiro salário e férias proporcional, e ingressa na Justiça do Trabalho em busca de maiores parcelas rescisórias como por exemplo férias proporcionais, multa sobre o valor do FGTS depositado, possibilidade imediata de levantar os depósitos do FGTS e ainda receber as guias que possibilitem o recebimento de seguro desemprego ou respectiva indenização substitutiva.

Uma das causas do não reconhecimento da justa causa, pela Justiça do Trabalho se dá muitas vezes, pelo entendimento simplista de que basta haver a ocorrência de falta grave prevista em lei para aplicação da dispensa por justa causa do empregado. A falta de uma advocacia patronal preventiva

obstaculizaria muitos enganos e levaria o empregador a compreender que, para que essa falta seja admitida, requisitos que se denominam “princípios da falta grave” devem ser observados pelo empregador. Segundo Almeida (2010, p. 161- 163), estes princípios assim se revelam:

a) Princípio da taxatividade:

As faltas graves previstas no Direito positivo brasileiro não são exemplificativas, e sim, taxativas. Só será considerada conduta irregular aquela que estiver contida, taxativamente, em lei.

Em algumas oportunidades, podemos fixar a falta grave em mais de um dispositivo legal, mas, por esse princípio, devemos configurá-la naquele mais próximo, mais apropriado, de maior relevância.

b) Princípio da imediatividade:

É um dos mais importantes e dispõe que a ação do empregador ou superior hierárquico com relação à punição deve ser imediata, levando-se em conta, não exatamente a falta grave, mas sim o conhecimento do empregador com relação à falta.

Ultrapassado o momento adequado para a punição, ou seja, o mais breve possível, no sentido de tão logo o empregador tenha conhecimento da falta e respectiva autoria, e assim, deixando transcorrer o tempo, sem nenhuma punição ao autor da falta, caracterizado estará o perdão tácito do empregador, não se configurando mais a justa causa pretendida.

c) Princípio da causalidade:

Há indispensabilidade de haver nexos causal entre a autoria e a falta praticada, ou seja, somente pode ser punido o autor da falta, ou quem concorreu, direta ou indiretamente, para que a falta ocorresse. Assim, inviabiliza-se, por exemplo, a punição de um chefe de setor, apenas por ser o responsável por este ator, sem que este chefe tenha agido com dolo ou culpa em relação a falta praticada por alguém neste setor.

d) Princípio da proporcionalidade:

A punição aplicada ao empregado deve ser proporcional à falta cometida. Deve-se analisar a culpa ou o dolo do empregado, o prejuízo causado ao empregador, ou potencial consequência da conduta do empregado, entre outros fatores, para que a punição não seja excessiva, sob pena de ser revertida pela Justiça do Trabalho.

e) Princípio do prequestionamento

Princípio que está intimamente relacionado ao princípio da imediatividade, pois denota que não é possível acumular faltas graves praticadas pelo autor, sem avisá-lo e despedi-lo por justa causa. Por exemplo: se um empregado começa a chegar atrasado ao serviço e o empregador se cala, não pode, depois de vários atrasos, demitir por justa o empregado pelo último atraso, somente relatando, de uma só vez, as ocorrências anteriores.

As faltas comportamentais e as que requerem habitualidade necessitam ser pré-questionadas de forma a alertar, no mínimo através de advertências, o empregado, de que sua conduta está sendo irregular, dando-lhe a oportunidade de se regenerar e voltar a ter condutas corretas.

f) Princípio da isonomia de tratamento:

Segundo esse princípio, se houver mais de um empregado envolvidos igualmente em uma falta grave, todos devem receber punição idêntica, sob pena de ficar configurada a discriminação e, por conseguinte, a reversão da demissão.

Para exemplificar melhor tal situação, vejamos os seguintes exemplos que podem facilmente ocorrer na prática laboral:

- 1º) O empregado que falta 30(trinta) dias de forma injustificada ao serviço e apesar de ter os descontos respectivos, não recebeu nenhuma advertência, nem suspensão;
- 2º) Um funcionário que frequentemente comete pequenas falhas culposas no exercício de suas respectivas funções, mas que nunca chegou a receber qualquer punição;
- 3º) Determinado funcionário que há mais de ano vem praticando negociação habitual no local de seu trabalho, alheia às suas respectivas funções laborais;
- 4º) Determinada empregada tem o costume de insistir em descumprir normas gerais da empresa, quanto a apresentação pessoal e por ingerir alimentos no escritório onde presta serviços, ou seja em local proibido, considerando ser o refeitório o local indicado pela empresa como apropriado;
- 5º) Determinado empregado insiste em descumprir ordem direta de seu superior hierárquico, no sentido de realizar determinada tarefa de um certo modo, mas mesmo assim, consegue o resultado final esperado pelo superior hierárquico, ou seja, não cumpre ordens diretas de seu superior hierárquico quanto ao modo

de realizar a tarefa, mas consegue resultado final satisfatório a empresa.

Em todos os referido casos, apesar de em tese configurar falta grave passível de demissão por justa causa, se fosse aplicada, certamente a empresa poderia ter dificuldades do reconhecimento da justa causa no processo trabalhista, conforme exposto a seguir:

No primeiro caso, o empregado poderia alegar que não praticou falta grave, pois o empregador era ciente de seus problemas pessoais e familiares que faziam com que faltasse continuamente, mas que o empregador sempre se deu por satisfeito e suficiente com o desconto das respectivas faltas nos pagamentos mensais do empregado, e prova disso foi que em todo o período laboral, não teve recebido uma só advertência que demonstrasse o contrário.

Além do mais, poderia ainda alegar que a própria CLT, no artigo 133, praticamente autoriza o empregado a ter até 32 (trinta e duas) faltas injustificadas no período aquisitivo, sem que venha a perder o direito de férias relativo a esse período, ou melhor, mesmo com 32 (trinta e duas) faltas injustificadas no período aquisitivo, o empregado ainda possui o direito à 12 (doze) dias de férias em relação a esse período aquisitivo. Agora, contrariaria o princípio da razoabilidade e da boa fé, o ato do empregador querer demitir por justa causa, sem sequer ter advertido antes, de forma a reduzir muito o pagamento das verbas rescisórias em prejuízo do empregado.

Quanto ao segundo caso, o empregado assume que realmente praticou algumas falhas, sem intenção, no serviço, mas sem maiores gravidades, sendo que sempre houve a prevalência das suas boas práticas laborais. Prova disso foi que o empregador sempre perdoou as suas falhas, eis que nunca recebeu sequer uma só sequer advertência; não fazendo sentido, sem qualquer aviso (para que não viesse a ocorrer novamente falhas no serviço), aplicar a mais severa das punições, assim considerando a dispensa por justa causa, com as danosas consequências ao empregado, no mínimo sob o aspecto financeiro.

No terceiro caso, o empregado assume que pratica há mais de ano, negociação habitual no local do trabalho, mas que tal fato era do conhecimento do empregador que sempre concordou, pois nunca colocou qualquer obstáculo a tal prática, e que tal negociação, mesmo sendo habitual, nunca foi prejudicial ao serviço. Prova disso é que nunca foi advertido pelo empregador ou qualquer superior hierárquico para que parasse com tal prática negocial. Alega ainda que se tivesse ocorrido tal advertência, para que parasse, certamente acataria a vontade do empregador, pois sempre foi “cumpridor de seus deveres laborais”, não existindo sequer advertência em sua ficha funcional.

Quanto ao quarto caso, a empregada alega quanto à apresentação pessoal, que simplesmente possui muita despesa familiar com seus filhos menores de idade, aluguel, alimentação, etc, motivo pelo qual suas roupas e calçados são bastante simples e bastante usados por não ter condições de comprar roupas e calçados de melhor qualidade, pois até vem passando por dificuldades econômicas por não ter um melhor salário.

Quanto a se alimentar no local onde presta serviços, justifica que realiza tal prática com objetivo de economizar tempo e se dedicar ininterruptamente a prestação laboral, inclusive devido ao grande volume de trabalho. E por medo de parar de trabalhar para se alimentar e não conseguir dar conta de seus afazeres, assim procede.

Alega ainda que assinou “um contrato de experiência” há mais de ano, quando entrou na empresa, e nem chegou a ler direito o teor do contrato, nem sabendo que teria que se vestir de determinado modo na empresa e muito menos que não poderia se alimentar no local da prestação dos serviços, pois sempre se alimentou fora do refeitório e nunca foi sequer advertida pelo empregador, tendo assim “uma ficha funcional limpa”.

Em relação ao último caso, o empregado alega sempre empregar muito esforço em suas atividades laborais no sentido de conseguir o melhor resultado possível, procurando demonstrar assim iniciativa e competência para atingir os resultados desejados pela empresa, por isso, sempre conseguiu atingir suas metas, deixando o empregador e seus superiores hierárquicos, ao final, satisfeitos, e prova disso é que vem conseguindo demonstrar bom rendimento funcional e que nunca sofreu qualquer tipo de punição, ou seja, nem sequer uma “só” advertência.

Em todos os casos supramencionados, percebe-se claramente que se trata de condutas, embora tipificadas por dispositivos legais como faltas graves passíveis de rescisão por justa causa (respectivamente tipificadas no art. 482, alíneas “e”, “c”, “h” da CLT — desídia; negociação habitual por conta própria sem permissão do empregador, prejudicial ao serviço; indisciplina e insubordinação), se não forem aplicadas de forma correta e observando-se o contraditório do empregado, possivelmente não serão reconhecidas na “Justiça do Trabalho”, sob o fundamento do não cumprimento pelo empregador dos princípios da falta grave ou requisitos para a aplicação da justa causa.

2.5. Critérios a serem observados para a aplicação da dispensa por justa causa

Para uma correta aplicação da dispensa por justa causa do empregado, se faz necessário a observação de vários critérios, tão bem elencados pelo ilustre jurista, Aldemiro Rezende Dantas Jr (2009, p.270), a saber:

Tipificação da falta; b) Gravidade da conduta; c) Adequação da penalidade; d) Repercussão no ambiente de trabalho; e) Avaliação em concreto da gravidade da conduta do empregado; f) Nexo causal entre a conduta faltosa e a penalidade, ou seja, uma vez aplicada uma penalidade a uma determinada conduta faltosa, não se pode mais justificar essa penalidade indicando uma outra conduta faltosa; g) “Non bis in idem”, vale dizer, cada falta só pode ser punida uma vez. Desse modo, se o empregador puniu de modo leve uma falta grave, já esgotou seu poder punitivo, não podendo se arrepender para aplicar em seguida uma punição mais grave por essa mesma conduta, já ocorrida; h) Imediatidade da punição, ou seja, conforme já visto anteriormente como princípio, o empregador deve punir a falta tão logo tenha conhecimento da mesma, bem como o conhecimento sobre o autor da falta, sob pena de se configurar o perdão tácito; i) Ausência de discriminação, ou seja, o empregador não pode se valer do poder disciplinar para discriminar um ou alguns empregados. Desse modo, se vários empregados participarem da conduta faltosa, não se pode admitir que apenas um deles venha ser punido, a não ser que as circunstâncias pessoais dos outros justifiquem esse tratamento diferenciado pelo empregador.

3. ELEMENTOS QUE CONSTITUEM A CONTROVÉRSIA DA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA.

Desde há muito tempo, a jurisprudência trabalhista de um modo geral vem dispondo que não é necessário que o empregado tenha sofrido punições em faltas leves, que praticadas reiteradamente acabam resultando em falta grave, como por exemplos:

Não descaracteriza a desídia o fato de não ter sido o empregado punido, com advertência e suspensões nas numerosas ocasiões em que faltou ao trabalho, sem justificativa alguma (TRT, 2ª Região — Ac. 12.688, de 27-11-78 — Proc.6.149/78 — Rel. Floriano Correa Vaz da Silva); O legislador não obriga à gradação de punições. Basta que configurada a situação tipificada para que o empregador fique autorizado a proceder à dispensa justificada (TST, RR 163.35/95.5, José Luiz Vasconcellos. Ac. 3ª T. 3.478/96);

A falta reiterada ao serviço, por si só, é considerada falta grave, na medida em que o empregador não pode contar com o concurso de seu empregado e pelo exemplo negativo que proporciona aos demais obreiros 9TST, RR 145.385/94.6, Cnéa Moreira, Ac. 1ª T. 2.026/95);

Não é indispensável, para a caracterização da desídia, que o empregado tenha sofrido punições anteriores — advertências e suspensões disciplinares (TRT, 2ª Região — 2ª Turma —Ac.

Mas há, também, jurisprudências no sentido de que fica evidenciado que a aplicação de punições de faltas, consideradas isoladamente como leves, venha a se consubstanciar, com a sua reiteração, como graves, passíveis da rescisão por justa causa, como por exemplo:

Empregado que, sem justificativa, falta ao trabalho continuamente, é advertido e não se emenda, autoriza a dispensa por desídia (TRR, 3ª Turma — RO 3.251 — Ac. De 30-6-78 — Rel. Min. Carlos Mario Veloso — Ementa no DJU, de 18-10-78, pag.8.126);

Se o empregado comete várias faltas, já tendo recebido punições, pode o empregador, ante a reiteração delas, considerar a última como justa causa para a dispensa (TRR, 3ª. Turma — RO 4.658 — Ac. De 9-9-80 — Rel. Carlos Madeira — DJU, de 2-10-80, pag. 7.674 — Ementa).

Poderiam ser citadas inúmeras decisões com posicionamentos, tanto no sentido da não exigência de punições anteriores, como também, salientando e reconhecendo que a existência de punições anteriores contribui para o reconhecimento da rescisão por justa causa ao empregado nas condutas consideradas isoladamente como faltas leves, mas que a reiteração resulta como falta grave.

4. AS DECISÕES JUDICIAIS E A IMPORTÂNCIA DA PRÉVIA ADVERTÊNCIA

Os Tribunais brasileiros vêm prolatando decisões no sentido de que a aplicação de punições evidenciam as condutas irregulares do empregado, não toleradas pelo empregador, situação que reconhece como graves o conjunto de faltas que, consideradas isoladamente, seriam leves, mas que por estar provado a não tolerância de tais faltas pelo empregador, são reconhecidas como falta grave, passíveis da aplicação da demissão por justa causa, como por exemplos:

TRT-MG — Demissão por justa causa — Desídia

Processo 00222-2006-142-03-00-0 RO

Data de Publicação 31/05/2006

Órgão Julgador Segunda Turma

Juiz Relator Sebastião Geraldo de Oliveira

Juiz Revisor Anemar Pereira Amaral

EMENTA: JUSTA CAUSA “DESÍDIA” CONFIGURAÇÃO.

Para o reconhecimento judicial da pena máxima permitida no âmbito da relação empregatícia, deve haver nos autos elementos de convencimento que não deixem dúvida quanto à existência da falta grave imputada ao empregado, tendo em vista o valor social e individual do trabalho, do qual o trabalhador não pode ser alijado, a princípio, sem o recebimento da indenização correspondente. No caso dos autos, **restou demonstrado que o reclamante, não obstante ter sofrido a aplicação de medidas disciplinares pela empresa reclamada, continuou a agir com desleixo contumaz em relação às suas obrigações contratuais, com reiteradas faltas ao trabalho, o que caracteriza a desídia** (grifo nosso).

Para propiciar maior análise do assunto em questão, citamos na íntegra o seguinte acórdão:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO: 0000012-56.2010.5.01.0019 — RTOrd

DO CONHECIMENTO

Por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conhece do recurso.

DO MÉRITO

DA JUSTA CAUSA

A justa causa alegada foi analisada pelo MM. Juízo de origem, nos seguintes termos:

A prova documental colhida a partir de fls. 78, consubstanciada em diversas punições aplicadas à autora, decorrência de sua conduta desidiosa, não foi objeto de qualquer impugnação nestes autos. Os controles de horário, que comprovam as ausências injustificadas, geradoras das punições acima referidas, foram confirmados pela autora, em Juízo, no depoimento de fls. 134. Diante destes elementos, este Juízo ratifica a justa causa, tipificada no art. 482, "e", da CLT". A documentação trazida pela própria reclamante, com sua petição inicial, autoriza a manutenção do julgado. Com efeito, a título de exemplo, vê-se de fls. 30, que o atestado médico ali contido, concedeu à autora 11 dias de licença, a contar do dia 02/01/2009, devendo, portanto, retornar ao seu posto de trabalho no dia 13/01/2009.(grifo nosso).

O aviso de suspensão que consta de fls. 33, no entanto, consigna que a autora deixou de comparecer ao trabalho do dia 13/01/09 a 31/01/2009 e dias 02 e 03/02/09, sem qualquer justificativa. A pró-

pria autora admite expressamente, em peça de ingresso que, as vezes, para dar continuidade ao tratamento do seu filho (não especificando qual seria), "...faltava ao serviço e não tinha como comprovar/justificar a falta".

A r. sentença, portanto, não reclama qualquer reparo, no particular, na medida em que o atestados médicos juntados aos autos não cobrem todas as faltas da autora, caracterizando a figura da desídia, na precisa lição de Délio Maranhão (in INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO, 13ª edição, pág. 553) para quem "A desídia, comumente, é revelada através de uma série de atos, como, por exemplo, constantes faltas ao serviço ou chegadas com atraso".

Nada o que ser alterado, portanto. Nego provimento.

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

A C O R D A M os **DESEMBARGADORES DA DÉCIMA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO**, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Exce-lentíssimo Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 13 de Abril de 2011.

Desembargador Federal do Trabalho Paulo Roberto Capanema da Fonseca

Relator

Registramos que inúmeras são as decisões nesse sentido. Portanto, deve o empregador, para obter êxito e se proteger, estar atento a pequenos detalhes, uma vez que o poder diretivo é dele e a obrigação de praticar os atos legais também o são; não podendo o mesmo alegar responsabilidade do empregado. Uma vez que, observados todos os princípios enumerados, o empregador estará com a certeza de ter configurado a Dispensa por Justa Causa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de diversas decisões judiciais e posições doutrinárias, fica evidenciado a importância da advertência em situações de práticas reiteradas de condutas irregulares do empregado, tidas com leves e que, consideradas individualmente, passam a ser passíveis de dispensa por justa causa.

Por outro lado, em observância aos princípios da falta grave, requisitos essenciais para a correta aplicação da dispensa por justa causa, verificamos que falta não punida, considerar-se-á falta perdoadada, ou seja, há o perdão

tácito, inviabilizando assim, o reconhecimento da Dispensa por Justa Causa, no processo do trabalho.

É importante observar que, a aplicação da advertência ainda pode servir como medida pedagógica ao empregado, com a possibilidade de se evitar demais condutas irregulares, evitando-se maiores problemas laborais.

Em suma, seria possível ainda citar outros inúmeros casos para justificar a importância da aplicação de advertência ao empregado diante de condutas irregulares, como requisito para comprovação da ausência de perdão tácito da conduta praticada, para, ocorrendo a reiteração de demais condutas irregulares, propiciar a aplicação da rescisão por justa causa, com maiores possibilidades de reconhecimento da Dispensa por justa causa na Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho: material, processual e legislação especial**. 8. ed. São Paulo: Ridel, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452/ 1943. Congresso Nacional. 1943.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, 1988.

CARRION, Valentin. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Manaus: Gráfica Lorena, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. Manaus: Gráfica Lorena, DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VANDERLINDE, Marcelo Ivo Melo. **Hipóteses de rescisão por justa causa** — Brasília-DF: 30 set. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.25667&hl=no>>. Acesso em: 24 abr. 2012.



PLANEJAMENTO, TRANSPARÊNCIA, CONTROLE SOCIAL E RESPONSABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS O ADVENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

*Tainah Simões Sales**
*Ana Laís Pinto Martins***

Resumo

Passados mais de 10 anos do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), surge a necessidade de verificar quais as mudanças que esta trouxe para a Administração Pública. Inicialmente, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre o surgimento da LRF e seus pilares, quais sejam: Planejamento, Transparência, Controle e Responsabilidade. Após, realizou-se análise das mudanças sociais a partir do advento da LRF, concluindo-se que, apesar do avanço e do aumento da preocupação com os gastos públicos, muito ainda há de ser realizado. Não será o advento de uma lei que resolverá problemas existentes no país desde a sua formação. São necessárias mudanças na cultura do brasileiro, bem como a criação de instrumentos para fortalecer a democracia e a participação popular na política. Ressalta-se a importância da internet neste sentido.

Palavras-chave

Lei de Responsabilidade Fiscal. Administração Pública. Transparência. Controle social.

Abstract

After more than 10 years of the advent of the Fiscal Responsibility Law (FRL), we need to check what changes this law brought to the Public Administration. Initially, there was research about the FRL and its pillars, namely: Planning, Transparency, Control and Responsibility. After, there was analysis of social changes since the advent of FRL, concluding that, despite progress and concern about public spending, much remains to be done. The advent of a law will not solve problems that exist in the country since its formation. Brazilian culture needs to be changed and we need to encourage development of tools to strengthen democracy and popular participation in politics. We emphasize the importance of Internet in this regard.

Keywords

Fiscal Responsibility Law. Public Administration. Transparency. Social control.

* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada.

** Estudante do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, buscou-se estudar, mediante pesquisa bibliográfica, documental, pura e descritiva, os impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) na Administração Pública brasileira. O planejamento, transparência, o controle e a responsabilização dos gestores são as palavras de ordem nessa nova realidade.

O planejamento é o primeiro passo para se alcançar uma boa administração. Necessita-se de um prévio conhecimento das despesas, de uma projeção das receitas, além da previsão de certos riscos.

Ademais, todas as atividades financeiras do Estado devem ser controladas, sejam entidades da Administração Direta ou da Indireta. A fiscalização, portanto, será contábil, operacional, orçamentária, patrimonial e financeira, nos termos do art. 70 da Lei de Responsabilidade Fiscal e deverá ser realizada no âmbito dos Tribunais de Contas, auxiliando o Poder Legislativo no denominado controle externo, além da atuação do Ministério Público, do controle interno de cada um dos órgãos, do controle da sociedade e do Poder Judiciário.

Destaca-se que, além do planejamento e do controle das contas públicas, o outro pilar da gestão pública responsável é a transparência. A sociedade deve conhecer todas as informações referentes à Administração para que seja possível controlar o exercício do poder pelos governantes, bem como exigir a implementação de políticas públicas e a responsabilidade em caso de eventual inadimplemento. Ressalte-se que a transparência pressupõe não só a divulgação dos dados *a posteriori* como também a divulgação de forma atualizada ou, nos termos da legislação financeira, em tempo real, mediante a utilização da internet.

A possibilidade de disponibilização *online* dos dados de interesse público possibilita um maior controle social das finanças estatais, conferindo ao cidadão a oportunidade, nunca vista anteriormente, de conhecer as despesas e receitas do Estado e os atos administrativos realizados, discutir e interagir com o poder público, bem como controlar as atividades em andamento e a gestão dos recursos públicos. As novas tecnologias possibilitam, ainda, a mobilização e a participação dos cidadãos de forma mais ampla e não mais restrita à esfera local, devido à diminuição das barreiras de tempo e espaço.

Não se pode mais admitir um Estado omissivo e burocrático. A boa governança exige a interação entre a Administração e os administrados. Embora se verifique um avanço em relação à transparência e aos instrumentos de interatividade, sobretudo após o advento das novas tecnologias de informação e comunicação, muito ainda há de ser realizado. Torna-se imprescindível, portanto, discutir tais questões e apresentar soluções às demandas ainda existentes.

2 A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº101/00, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), foi promulgada em 04 de maio de 2000 pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, visando a estabelecer a responsabilidade do gestor quanto às decisões envolvendo finanças públicas, sendo um marco do novo modelo de gestão gerencial, que visa à boa administração. De acordo com Carlos Valder do Nascimento¹:

A referida lei tem por escopo sedimentar o regime de *gestão fiscal responsável*, mediante a implementação de mecanismos legais que deverão nortear os rumos da Administração Pública. [...] Traça limites, estabelece controle e oferece elementos balizados acerca dos gastos públicos, bem como sofre fluxo de recursos financeiros necessários à sua efetiva realização.

Corroborando o entendimento do autor, o artigo 1º, §1º, da LRF dispõe que as normas das finanças públicas estão voltadas para o planejamento e transparência, prevenindo a Administração de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas e a imposição de limites relacionados aos gastos públicos.

Verifica-se que o principal objetivo da LRF é garantir uma gestão fiscal responsável, e isto significa promover ações planejadas e transparentes, prevenindo os riscos e corrigindo os desvios capazes de prejudicar o equilíbrio orçamentário e consolidar um *déficit* público em níveis imprudentes².

Quanto às principais metas da lei, estas foram listadas no seu artigo 4º, dentre as quais se destacam:

- a) prevenir *déficits* imoderados e reiterados;
- b) limitar a dívida pública a níveis prudentes;
- c) preservar o patrimônio público líquido;
- d) limitar o gasto público continuado (despesas de pessoal, principalmente previdenciária, e decorrente de manutenção de investimentos);
- e) administração prudente dos riscos fiscais (inclusive reconhecimento de obrigações imprevistas);
- f) amplo acesso da sociedade às informações sobre as contas públicas.

¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Comentários À Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 47.

² HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

Analisando cada uma destas metas, verifica-se que estas se relacionam com a ideia de prevenção de *deficits* orçamentários, ou seja, **planejamento** (principalmente os itens “a”, “c” e “e”); **controle dos gastos públicos** (sobretudo os itens “b” e “d”) e a garantia da **transparência** (item “f”). Não sendo estes aspectos observados, haverá a **responsabilização** dos gestores envolvidos, conforme se verificará no item 2.4. Estes quatro itens são considerados os pilares da LRF e serão analisados detalhadamente a seguir.

2.1 Planejamento

As finanças públicas, reconhecida por Dino Jarach³ como “*la actividad económica del sector público*”, baseia-se num esquema envolvendo os seguintes elementos: o Estado, como sujeito protagonista; as necessidades públicas; os serviços públicos e os recursos públicos⁴.

Estes últimos são oriundos, sobretudo, da tributação — afinal, como afirma Klaus Tipke⁵, sem impostos e sem contribuintes não se pode constituir um Estado, nem um Estado de Direito e nem um Estado Social — embora se reconheçam outras fontes de recursos, como o exercício da atividade econômica, os empréstimos, seu patrimônio etc.

Há de se destacar que, embora se tenha consciência da importância dos tributos, o enfoque da análise deste artigo será a atividade financeira estatal como um todo, ou seja, ampliar-se-á o campo de estudo da tributação para as finanças públicas, incluindo, portanto, estudos não só sobre as receitas, mas também sobre as despesas. E estas considerações serão realizadas a partir da análise inicial e geral sobre o orçamento, afinal, é a partir deste que o Estado expõe o seu planejamento, especificando a origem do que se ganha e a destinação do que se irá gastar⁶.

³ JARACH, Dino. **Finanzas publicas y derecho tributario**. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

⁴ CORTI, Horacio Guillermo. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 55.

⁵ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado e de los contribuintes**. Tradução de Pedro Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 27. É nesse contexto de inegável imprescindibilidade da tributação que se consolida a terminologia do Estado Fiscal, que significa um Estado financiado essencialmente com base na figura dos tributos, e não com base em outro tipo de receita. Assim, os tributos são “um preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em Estado, pagamos por termos a sociedade que temos”. NABAIS, José Casalta. **Sustentabilidade do Estado Fiscal**. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares (Orgs.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 12. No mesmo sentido, NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra, Almedina, 1998, p. 185.

⁶ Sobre a necessidade de ampliação do foco, ler CAVALCANTE, Denise Lucena. **Dos tributos para as finanças públicas: ampliação do foco**. **Nomos: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará**, v. 25, p. 67-78, jan./dez. 2006, e SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. In: PIRES, Adílson Rodrigues; TORRES,

No Brasil, o sistema de planejamento constitui-se de três leis que se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), cuja finalidade é “estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da administração federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que tem como finalidade estabelecer “metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, bem como estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”; e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que discrimina “a receita e a despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo”, abrangendo o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social⁷.

Esse planejamento deve ser realizado de acordo com os objetivos da República e com os princípios constitucionais. Assim, não há total *liberdade* de atuação para o legislador, em relação à elaboração das leis orçamentárias, e nem para o Administrador, em relação à realização dos investimentos e dos serviços públicos a que as verbas devem ser destinadas. É assegurada, todavia, certa *discricionariedade*⁸, isto é, a possibilidade de escolha do destino dos gastos com investimentos e políticas sociais, desde que de acordo com o texto constitucional.

Há de se ressaltar, corroborando o entendimento de Ricardo Lodi Ribeiro⁹, que a discricionariedade não se confunde com o que se entende por conceito indeterminado. Quanto a estes últimos, “a lei se reporta a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado”, mas que serão definidos no momento de sua aplicação. A lei não abre espaço para uma escolha subjetiva do aplicador, ao contrário do que ocorre em relação à discricionariedade.

Helena Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124-125.

⁷ V. art. 165 da Constituição Federal e CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

⁸ O conceito de discricionariedade adotado no presente texto é o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 761.

⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 149, p. 63-76, fev. 2008, p. 65-66.

Esta corresponde, justamente, à possibilidade de escolha entre dois ou mais caminhos a seguir. Ao aplicador compete a eleição de uma alternativa que o próprio legislador optou por não escolher no momento da elaboração da norma. Por óbvio, conforme já afirmado no parágrafo anterior, essa escolha não é arbitrária e não pode ser realizada ao arrepio da lei, ou seja, fora dos parâmetros já determinados por ela.

Dentre os princípios que garantem esta discricionariedade, destaca-se o princípio da não-afetação. Este princípio enuncia “a vedação constitucional, dirigida ao legislador, de vincular a receita pública e certas despesas”¹⁰, isto é, enuncia a proibição de o legislador determinar exatamente aonde a receita advinda dos impostos deve ser destinada. Esse princípio se justifica na medida em que se reconhece que a execução da receita necessita de certa atividade discricionária para determinar os gastos com investimentos e políticas sociais.

Entretanto Ricardo Lobo Torres¹¹ ressalta que este princípio está cada vez mais perdendo sua relevância, diante de tantas exceções criadas por sucessivas emendas constitucionais e previsões legais. O autor critica essas exceções¹², afirmando que elas acabam engessando o orçamento e são instrumentos antidemocráticos, na medida em que transformam em regras as escolhas que deveriam ficar a cargo dos políticos eleitos a partir da manifestação dos cidadãos. Ademais, acabam abrindo o caminho para uma ampliação exagerada do controle jurisdicional do orçamento público.

O tema é controverso. Fernando Facury Scaff¹³, por exemplo, defende a vinculação dos impostos, e acredita serem inconstitucionais as emendas constitucionais que fizeram a previsão da desvinculação de recursos, posto que possibilitam a destinação da receita pública para outros fins alheios às previsões constitucionais.

Porém um dos problemas da vinculação dos gastos públicos é que esta, ao determinar a destinação de verbas à educação e à saúde, por exemplo, acaba atribuindo jusfundamentalidade a todo o direito à educação e à saúde, não levando em consideração a distinção entre os direitos sociais mínimos e os direitos sociais máximos. Como consequência, tem-se confusão entre o que deve ser garantido em caráter de urgência e de prioridade (os direitos sociais

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun., 2007, p. 229-230.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun., 2007, p. 231.

¹² Como exemplos às exceções ao princípio da não afetação, é possível citar: a repartição do produto da arrecadação de impostos (arts. 158 e 159 da CF), a realização de recursos para a realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII, da CF), a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, parágrafo 8º, da CF), entre vários outros.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 96.

mínimos, ou o mínimo existencial) e o que deve ser investido como forma de otimizar o que já foi realizado (os direitos sociais máximos).

Não obstante tais discussões, que estão longe de chegarem ao fim, o fato é que o planejamento possibilita “um prévio conhecimento das despesas, uma projeção das receitas, além da previsão de certos riscos”¹⁴. Por isso, a observância do PPA, da LDO e da LOA são de suma importância para o exercício de uma gestão pública responsável.

2.2 Transparência

A transparência atualmente é um dos pontos mais importantes da LRF, pois visa a um nível de fiscalização maior por parte das instituições competentes e da sociedade em relação aos atos praticados no curso da gestão dos gastos públicos.

Pode-se afirmar que a transparência está ligada ao princípio da publicidade, este previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Embora sejam institutos correlatos, eles não se confundem. A transparência é um termo mais amplo que a publicidade, afinal, “uma informação pode ser pública, mas não ser relevante, confiável, tempestiva e compreensiva”¹⁵. Já a transparência é um princípio que impõe a necessidade da observância desses elementos, ou seja, as informações devem ser relevantes para o cidadão e devem ser disponibilizadas de forma clara, atualizada e compreensível. A transparência, assim, surgiu a partir da necessidade de se buscar a efetividade do princípio da publicidade.

O artigo 48 da LRF expõe sobre a disponibilização, em tempo real, das informações pormenorizadas sobre execução orçamentária e financeira da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além dos principais instrumentos de transparência e do incentivo à participação popular, estabelecendo a ampla divulgação, que será dada mediante a utilização de meios eletrônicos, aos planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, prestação de contas e outros documentos. Conforme o referido dispositivo:

Art.48 - São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer

¹⁴ SALES, Tainah. Acesso à informação, controle social das finanças públicas e democracia: análise dos portais da transparência antes e após o advento da Lei n.12527/11. **Direito Público**, v. 9, n. 48, p. 28–48, nov./dez., 2013, p. 30.

¹⁵ PLATT NETO et al. Publicidade e Transparência das Contas Públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./mar., 2007, p. 76.

prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Esse parágrafo único foi introduzido pela Lei Complementar nº 131/09, que alterou a LRF, reforçando a importância da transparência, mediante a oportunidade dada aos cidadãos de participar de audiências públicas envolvendo questões orçamentárias, a liberação de informações em tempo real e em meios eletrônicos, bem como a adoção de sistema integrado de controle e administração financeira.

Nesse mesmo sentido, destaca-se a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação, que veio regulamentar o direito à informação previsto na Constituição Federal. Para a implementação dessas diretrizes, a lei impõe a necessidade da disponibilização *online* das informações públicas e ressalta, no parágrafo 3º do artigo 8º, que tais dados devem ser divulgados de forma clara, objetiva e de fácil compreensão, fortalecendo a ideia de transparência e facilitando o controle das finanças públicas.

2.3 Controle dos gastos públicos

O controle dos gastos da Administração Pública é realizado pelos órgãos de Contabilidade, Inspeção Financeira, Orçamento e Auditoria dos entes federativos, bem como pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela própria sociedade, que estão responsáveis pela fiscalização de toda a arrecadação e realização das despesas. Assim, verifica-se que há duas vias de controle: externa e interna.

O Controle interno, também conhecido como controle primário, incube às três esferas de governo: federal, estadual e municipal, para que estes exerçam suas próprias atividades de acordo com os princípios básicos da

Administração Pública, previstos no artigo 37 da Carta Magna: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. São os próprios órgãos que exercem o controle de suas atividades.

O controle externo fica a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas. Além de tal controle, ressalta-se a fiscalização que pode ser realizada pela população, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, que deverão verificar se as metas previstas em lei estão sendo cumpridas pelos gestores, através dos relatórios publicados.

Há de se ressaltar que, no âmbito jurisdicional, tem-se apenas a verificação de legitimidade (constitucionalidade e legalidade), enquanto o controle externo realizado pelo Poder Legislativo abrange tanto a legitimidade como a supervisão político-administrativa. Em outras palavras, o controle externo objetiva, fundamentalmente, a verificação da probidade dos gastos por parte da Administração Pública, e o cumprimento da Lei Orçamentária, enquanto ao Poder Judiciário incube apenas o controle de legalidade (e da constitucionalidade), tendo em vista que a escolha da destinação dos gastos públicos é ato discricionário dos gestores.

À sociedade também incumbe a fiscalização dos gastos públicos, que, diante de qualquer verificação de ilegalidade ou abuso de poder, poderá denunciar ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas ou aos órgãos internos competentes para a devida responsabilização dos gestores envolvidos.

2.4 A responsabilização dos gestores

A Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal dispõem de um conjunto de normas para desenvolver as bases de uma boa administração, também possibilitando à sociedade brasileira uma participação contínua, mediante a ciência e a oportunidade de opinar, fiscalizar e avaliar a aplicação dos recursos públicos.

A LRF obriga os gestores a prestar contas do dinheiro público com a sociedade. A lei vigente determina como se devem utilizar os recursos baseando-se naquilo que se planeja e arrecada, atendendo aos princípios constitucionais, procurando instituir um controle mediante ações e restrições voltadas ao administrador público e buscando a aplicação de um conjunto de normas que contribuem para o cumprimento regular das metas exigidas pelas leis orçamentárias.

De acordo com artigos 52 e 54 da LRF, os titulares dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (estes entendidos como o Presidente da República, do Congresso Nacional e de cada Tribunal, respectivamente) devem enviar o relatório de Gestão Fiscal quadrimestralmente divulgando as despesas

da Administração Pública e o Relatório Resumido de Execução Orçamentária, que deverá ser publicado até 30 dias após o encerramento do bimestre, contendo o balanço orçamentário e os demonstrativos da execução de despesas e receitas.

Ambos mostrarão de forma clara a verdadeira situação financeira dos órgãos que compõem a Administração Pública, possibilitando que a população analise se o administrador está mantendo o equilíbrio na condução dos gastos de acordo com as leis vigentes.

Além disso, o artigo 51 da LRF dispõe que: “o Poder Executivo da União promoverá, até o dia trinta de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público”.

A inobservância dessas regras acarreta a penalidade prevista no artigo 51 §2º, qual seja: “o descumprimento dos prazos [...] impedirá, até que a situação seja regularizada, que o ente da Federação receba transferências voluntárias e contrate operações de crédito [...]”, e, ainda, a prevista no artigo 73-A, incluída pela LC nº 131/09: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.”

Com o advento da Constituição de 1988, o acesso à informação foi elevado a direito fundamental do cidadão. Dessa premissa, advém o direito de o cidadão conhecer, opinar e acompanhar as decisões dos gestores públicos com o fito de certificar-se de que os recursos públicos estão recebendo a finalidade devida.

As restrições previstas pela LRF dificultaram ainda mais o mau gerenciamento dos recursos públicos, pois a sociedade, juntamente com as controladorias e demais órgãos internos de controle, o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, possuem mecanismos de fiscalização ampla sobre os recursos públicos. A não observância das previsões das leis orçamentárias e a verificação de desvios de recursos acarretam, a depender do ato do gestor, a responsabilização administrativa, civil e penal, conforme o caso.

3 A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A REALIDADE: PLANEJAMENTO, CONTROLE, TRANSPARÊNCIA E RESPONSABILIDADE?

O planejamento se tornou o grande desafio do gestor público e está longe de significar equilíbrio orçamentário num cenário político de cada vez mais interesses.

Se realmente o orçamento público fosse aplicado como previsto em lei e o cidadão participasse dos processos de decisões, as medidas tomadas seriam outras. O que se pode observar é que o orçamento é elaborado como prevê a lei, porém, quando o assunto é a sua execução, nem sempre ocorre conforme previsto.

Analisando a prática brasileira, pode-se observar que muitos gestores tentam colocar em prática o controle financeiro como determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, porém há algumas distorções em todas as esferas de governo. O controle do Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, muitas vezes, consegue lograr êxito na difícil missão que é a de aclarar as contas públicas. Entretanto, alguns gestores, tantas vezes inescrupulosamente, agem de maneira a dificultar e encobrir eventuais distorções no que tange ao rigoroso controle disciplinado na LRF. Por isso, ainda há falhas que continuam latentes.

Outro ponto que merece destaque é a falta de transparência. De acordo com o que já foi discutido, a transparência atualmente é um dos pilares da LRF, que aproxima o administrador da sociedade, visando à fiscalização pela sociedade dos atos praticados no curso da gestão fiscal e passando, assim, o cidadão a conhecer a atuação dos seus representantes e o destino dos seus tributos, evitando conflitos indesejados. Acredita-se que a transparência é o melhor caminho para combater a corrupção e para tornar os gestores mais responsáveis em suas atuações, permitindo à sociedade controlar e fiscalizar a aplicação do dinheiro público.

Porém, apesar dos avanços, em pesquisa realizada¹⁶ a partir da análise dos Portais de Transparência de todos os Estados brasileiros e do Distrito Federal mediante a aplicação de questionário, foi verificado que apenas oito Estados cumpriram as exigências da LRF e da Lei n. 12.527/11 de forma satisfatória, enquanto os demais, apesar de disponibilizarem informações básicas, não demonstraram dados atualizados, de fácil compreensão para o cidadão leigo ou não disponibilizaram espaços de interatividade.

Além disso, em pesquisa realizada pela Controladoria-Geral da União em parceria com a UNESCO, detectou-se que 40,7% dos servidores do Poder Executivo entrevistados são a favor do sigilo eterno das informações, indo contra a ideia de transparência defendida neste trabalho¹⁷.

¹⁶ SALES, Tainah. Acesso à informação, controle social das finanças públicas e democracia: análise dos portais da transparência antes e após o advento da Lei n.12527/11. **Direito Público**, v. 9, n. 48, p. 28–48, nov./dez., 2013.

¹⁷ PAES *apud* AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. **A Construção da Cidadania Solidária por Meio da Educação Fiscal: Uma Análise dos Observatórios Sociais**. 2014. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2014, p. 150.

A transparência é uma tarefa difícil de ser implementada na prática de uma gestão pública, contudo deve ser buscada pelos administradores. Diante dos resultados das pesquisas apresentadas, muito ainda há de ser realizado. Verifica-se que, quanto aos pilares da LRF (planejamento, controle, transparência e responsabilização), ainda há falhas graves na prática, o que impede uma profunda mudança na Administração Pública brasileira.

4 SOLUÇÕES POSSÍVEIS

Vive-se em um país democrático, que precisa desenvolver um mecanismo de aproximação entre os governantes e a sociedade, para que os primeiros sejam capazes de saber quais as reais demandas a serem priorizadas e quais serviços devem ser prestados à população. Essa aproximação é possível mediante a participação efetiva dos administrados. Entretanto, para que isso se torne realidade, é preciso haver uma mudança na cultura dos próprios brasileiros.

Nesse sentido, afirma-se que a grande mudança não está na criação da LRF, mas na modificação da cultura do brasileiro e na disponibilização de instrumentos que garantam o fortalecimento da democracia. De nada adiantará mudanças no ordenamento jurídico, se não há vontade de tornar tais mudanças concretas. Seguindo este entendimento, Ana Cecília Aguiar¹⁸, afirma:

Não se pode afirmar que a disponibilização das informações ou a possibilidade de requerê-las, por si, tenham a faculdade de torná-los [os cidadãos] aptos à realização de seu mister referente ao controle social. Isso porque, inicialmente, é necessária a existência do interesse para fazê-lo, e, posteriormente, impõe-se que haja também uma capacitação apta a dar-lhes os conhecimentos necessários para compreender o conteúdo divulgado. Aqui não se está no intento de reduzir a importância da lei para a democratização do exercício do poder, mas, indubitavelmente, sem esses dois elementos mínimos, não se pode afirmar que a norma atingirá seus objetivos.

O Governo até pode fazer esforços para aumentar a transparência pública, mas é imprescindível o interesse do próprio cidadão. Precisa-se lutar por mudanças na cultura política do brasileiro e reformas nas atuais regras que ainda excluem o cidadão dos processos decisórios.

Com a aproximação do Governo com a sociedade, consegue-se, de fato, reduzir parte dos problemas. E as redes sociais e os portais governamen-

¹⁸ AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. **A Construção da Cidadania Solidária por Meio da Educação Fiscal: Uma Análise dos Observatórios Sociais**. 2014. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2014, p. 150.

tais parecem contribuir nesse sentido. Frequentemente, observam-se notícias de desvios de verbas públicas em todos os níveis de Governo, que antes não eram reveladas pela grande mídia ou eram encobertas por notícias de menor relevância.

Em 2013, por exemplo, vários movimentos populares ganharam as ruas do Brasil, sendo a internet o fator que permitiu a mobilização da sociedade brasileira de forma nunca vista anteriormente. A esse respeito, não se pode deixar de citar o caso da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 37/2011, que visava a conferir poder exclusivo à polícia para realizar investigações criminais, retirando-o do Ministério Público. O tema acabou virando motivo de discussões e protestos em todo Brasil, por ter o povo considerado absurda a proposta de limitar o poder de investigação criminal, excluindo dessa possibilidade um órgão de suma importância, como o Ministério Público.

É inquestionável a importância da participação popular no processo decisório de temas de alta relevância social, como o caso da PEC 37. Tanto é verdade que a pressão popular foi o fator preponderante para a derrubada da referida proposta, uma vez que a Câmara dos Deputados reagiu positivamente aos atos societários em massa, no momento em que repudiou a proposta de apresentada. E essa mobilização só foi possível em razão das facilidades trazidas pelos meios eletrônicos.

Isso porque as experiências políticas de exercício da cidadania, a partir do advento da internet, não estão mais limitadas ao local em que estas acontecem, pois as barreiras de tempo e de espaço já não são suficientes para impedir ou dificultar a articulação da sociedade: estamos em um processo de desterritorialização¹⁹. As experiências recebem, igualmente, influência das redes sociais, albergadas pelas novas tecnologias. Para entender a cidadania, a experiência local é importante, entretanto se deve analisar também o contexto global, o modo como as experiências *online* a influenciaram.

Desse modo, as mobilizações sociais organizadas em escala nacional e até mesmo mundial são possíveis porque as tecnologias de informação têm o poder de ser instrumento de difusão de informação e conhecimento, de encurtar distâncias e de ampliar os laços sociais. “Observando as redes como interdependentes umas das outras, é plausível perceber que todas as pessoas estariam interligadas em algum nível”²⁰. Essa característica consolida a for-

¹⁹ LEMOS, André. Cibercultura como território recombinante. In: TRIVINHO, E.; CAZELOTO E. (Org.) **A cibercultura e seu espelho [recurso eletrônico]**: campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://abciber.org/publicacoes/livro1/sumario/>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

²⁰ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulinas, 2009, p. 60-62.

mação de uma cidadania fortalecida, representada por atores que tem o poder de articular e de reinventar as formas de exercício da democracia.

Mediante a ampla difusão de conhecimento propiciada pelo uso das novas tecnologias, a sociedade passa a ter acesso às informações do Poder Público, culminando em maior transparência em suas ações; mais contato com os governantes, mediante a participação de fóruns para debates, envio de correio eletrônico, acesso às contas e contratos públicos; maior relação com os cidadãos de outras localidades, uma vez que a rede supera barreiras de espaço e tempo; possibilidade de ser ator das movimentações e manifestações políticas, fomentando a construção de uma cidadania participativa, entre outros²¹.

Ainda sobre os benefícios advindos do acesso à rede, ressalta-se a capacidade de o indivíduo ser verdadeiro ator das ações sociais, diferente do que ocorria quando houve o fortalecimento da mídia televisiva e jornalística. O cidadão pode ser formador e divulgador de opinião, deixar suas impressões políticas e culturais, enfim, produzir conhecimento.

Autores afirmam que a maior vantagem trazida pela *internet* é a possibilidade de todos se expressarem e, ao mesmo tempo, todos serem capazes de receber informações distribuídas por outros usuários, indo de encontro com a mídia massiva: “deve-se reconhecer que a *internet*, ampliando a circulação da palavra, oferece ao cidadão uma ampliação da esfera pública midiática, que estava restrita ao poder das grandes corporações midiáticas”²².

Nesse diapasão, urge a necessidade de os governos se modernizarem e se adequarem a esse novo contexto. A desburocratização, a eficiência e a transparência são diretrizes a serem observadas por todos os entes federativos. As novas tecnologias aparecem, então, como instrumentos importantes para viabilizar a compatibilização da Administração com a realidade da Sociedade da Informação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LRF trouxe para os gestores públicos muitos desafios, fazendo com que tenham que cumprir as regras previstas em lei, ajudando os governantes a administrar de forma responsável os recursos públicos e fazendo com que haja maior transparência na divulgação de informações e responsabilidade em relação à aplicação dos recursos.

²¹ CARTAXO, Geovana; SALES, Tainah. O exercício da cidadania digital no processo legislativo da Câmara dos Deputados. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao_paulo/2995.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011.

²² LEVY, Pierre; LEMOS, André. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo: Paulus, 2010, p. 88.

O bom gestor público sempre deverá ter como alicerce em sua gestão a transparência, para garantir um controle social eficiente, disponibilizando sempre as informações sobre as receitas e as despesas públicas. Conforme já explanado, esta divulgação permite que o cidadão tome conhecimento do direcionamento das verbas, fiscalize a atuação de seus representantes e exija mudanças quando o serviço não for bem prestado.

Para que se tenha qualidade nos serviços públicos, é necessário que a população tenha uma participação mais efetiva no cotidiano da Administração Pública. E vislumbra-se na internet um mecanismo de fortalecimento desta participação.

Atualmente, o cidadão pode ter acesso às contas, aos contratos, aos dados e informações dos governantes, ultrapassando a fase em que o indivíduo não tinha conhecimento das políticas públicas em desenvolvimento e da destinação do dinheiro público. Pode-se dizer que “a primeira e mais relevante contribuição que a moderna tecnologia de informação pode dar à administração pública é facilitar o controle do cidadão e de seus representantes sobre os atos de seus governantes”²³.

A Lei de Responsabilidade Fiscal já foi elaborada, alguns instrumentos de participação estão disponíveis. Para uma real transformação, entretanto, são os próprios brasileiros que precisam se conscientizar de que são os verdadeiros autores das mudanças sociais. O cidadão precisa opinar, fiscalizar e decidir sobre o rumo do país não só na época das eleições, mas de forma permanente. Ele precisa de voz, pois a uma democracia com deficiências se responde com mais democracia e não com menos participação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. **A Construção da Cidadania Solidária por Meio da Educação Fiscal: Uma Análise dos Observatórios Sociais**. 2014. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2014.

CARTAXO, Geovana; SALES, Tainah. O exercício da cidadania digital no processo legislativo da Câmara dos Deputados. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2995.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011.

²³ ZUGMAN, Fábio. **Governo Eletrônico: Saiba tudo sobre essa revolução**. São Paulo: Livro Pronto, 2006, p. 11.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos tributos para as finanças públicas: ampliação do foco. **Nomos**: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 25, p. 67-78, jan./dez. 2006.

CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CORTI, Horacio Guillermo. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

JARACH, Dino. **Finanzas publicas y derecho tributario**. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LE MOS, André. Cibercultura como território recombinante. In: TRIVINHO, E.; CAZELOTO E. (Org.) **A cibercultura e seu espelho [recurso eletrônico]**: campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://abciber.org/publicacoes/livro1/sumario/>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

LEVY, Pierre; LEMOS, André. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo: Paulus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arts. 48 à 59: Da Transparência, controle e fiscalização. In; NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2012

NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Comentários À Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra, Almedina, 1998.

_____. Sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares (Orgs.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

PLATT NETO et al. Publicidade e Transparência das Contas Públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./mar., 2007.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulinas, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 149, p. 63-76, fev. 2008.

SALES, Tainah. Acesso à informação, controle social das finanças públicas e democracia: análise dos portais da transparência antes e após o advento da Lei n. 12527/11. **Direito Público**, v. 9, n. 48, p. 28-48, nov./dez., 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adílson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado e de los contribuintes**. Tradução de Pedro Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

ZUGMAN, Fábio. **Governo Eletrônico**: Saiba tudo sobre essa revolução. São Paulo: Livro Pronto, 2006.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



L'INTEGRATION DES SYSTEMES EUROPEENS DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

*Giuliana Dias Vieira**

Résumé

Le perfectionnement du système de protection des droits fondamentaux en Europe n'a qu'une alternative: le renforcement de l'intégration et de l'articulation. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme peut jouer un rôle primordial dans ce scénario d'entrecroisement des systèmes de protection. Le traité de Lisbonne accueille avec netteté le choix pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne, ce qui implique, dans un premier temps, l'option politique des États membres, mais également, dans un deuxième temps, des aménagements juridiques et techniques. Ce travail se fonde sur l'observation empirique de la réalité européenne et prétend être un instrument de la compréhension de ce processus en cours d'une intégration formelle des systèmes de protection de droits fondamentaux en Europe. A partir de l'analyse proposé on constate que en tant que préoccupation politique, l'adhésion a engendré depuis longtemps des discussions assez diversifiées, tant du point de vue des enjeux de l'adhésion que de celui de ses apports.

Mots-clés

Union européenne. Droits fondamentaux. Adhésion à la Convention Européenne.

Resumo

O aperfeiçoamento do sistema de proteção de direitos humanos na Europa não possui outra alternativa senão o reforço da integração e da articulação. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de direitos humanos pode desempenhar um papel fundamental neste quadro de cruzamentos de sistemas de proteção. O Tratado de Lisboa optou claramente pela adesão da União Europeia à Convenção Europeia, o que significa que, primeiramente, a opção política dos Estados Membros, mas igualmente, em um segundo momento, a necessidade de reformas jurídicas e técnicas que permitam que ela aconteça. Este trabalho está centrado na observação empírica da realidade europeia e pretende ser um instrumento da compreensão do processo em curso de uma integração formal dos sistemas de proteção de direitos fundamentais na Europa. A partir da análise proposta, é possível afirmar que como preocupação política, a adesão tem sido o foco de discussões bem diversificadas, tanto do ponto de vista das questões especificamente ligadas à adesão, como do ponto de vista de seus benefícios.

Palavras-chave

União europeia. Direitos fundamentais/humanos. Adesão à Convenção europeia.

* Doutora em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Paris I — Panthéon-Sorbonne. Professora Adjunta da Universidade Estadual da Paraíba — UEPB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Labirint.

INTRODUCTION

Le perfectionnement du système de protection des droits fondamentaux en Europe n'a qu'une alternative: le renforcement de l'intégration et de l'articulation. Seule l'intégration peut apporter la cohérence indispensable au bon fonctionnement des trois cercles de protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire, la protection offerte par la Convention européenne, celle offerte par le droit de l'Union européenne et celle des États membres. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme peut jouer un rôle primordial dans ce scénario d'entrecroisement des systèmes de protection.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, déjà tant débattue et qui suscite autant de réflexions de la part de la doctrine et des institutions européennes, pourrait bientôt devenir officielle. Le Traité de Lisbonne prévoit en son article 6 §2 que: « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». Avec l'adhésion, l'Union donnerait suite à un perfectionnement de son système de protection des droits fondamentaux, en ce qu'elle impliquerait l'insertion de la Communauté dans le système du Conseil de l'Europe et également l'intégration de l'ensemble des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique communautaire.

Au préalable, une telle adhésion implique la soumission à la juridiction de la Cour européenne, en ce qui concerne les droits et obligations établis par la Convention européenne. Cela veut dire qu'

« après l'adhésion, la Cour de justice resterait l'arbitre suprême unique des questions touchant au droit de l'Union et de la validité des actes de l'Union; la Cour européenne des droits de l'homme ne pourrait en aucun cas être considérée comme une juridiction supérieure mais plutôt comme une juridiction spécialisée exerçant un contrôle externe sur le respect par l'Union des obligations de droit international découlant de son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme »¹.

Le contrôle exercé par la Cour européenne sera donc restreint aux domaines de l'application de la Convention européenne et du respect de son standard minimum de protection.

Le traité de Lisbonne accueille avec netteté le choix pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne, ce qui implique, dans un

¹ M. FICHBACH, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Conférence à l'Université d'Auvergne, dans P. DOLLAT, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Syrey, 2005, p. 89.

premier temps, l'option politique des États membres, mais également, dans un deuxième temps, des aménagements juridiques et techniques. Le rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), qui consiste en une « *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme* »², indique trois types de mesures nécessaires dans le cas d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne et à ses protocoles: les amendements au texte des dispositions qui figurent déjà dans la Convention européenne; les dispositions additionnelles qui clarifient certaines questions de terminologie, comme par exemple les termes « État » et « nation » ou encore « sécurité nationale » et « bien-être économique du pays »; les questions relatives aux aménagements administratifs et techniques, comme par exemple la question du statut et de la participation à la Cour du juge élu au titre de l'UE ou la contribution budgétaire de l'Union. Ces questions seront traitées plus précisément tout au long de ce chapitre.

Néanmoins, il importe ici de remarquer que l'approbation des réformes du Traité de Lisbonne a été négociée dans un contexte de post-crise institutionnelle, crise causée par le rejet de la France et des Pays-Bas du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Même si du point de vue de la protection des droits fondamentaux, toutes les altérations déjà prévues ont été maintenues par le Traité de Lisbonne (ou le mini-traité), en ce qui concerne l'adhésion, on peut quand même remarquer quelques résonances issues des réponses des citoyens européens, particulièrement, les Français et les Néerlandais. Par exemple, la formalisation de l'adhésion requiert désormais l'unanimité et l'obligation de ratification pour tous les États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives, au détriment de la plus simple majorité qualifiée, prévue auparavant. Selon l'article 218, §8, alinéa 2, du TFUE

« le Conseil statue également à l'unanimité pour l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; la décision portant conclusion de cet accord entre en vigueur après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

S'il est possible d'affirmer que l'intégration va apporter une grande amélioration à la situation actuelle, cette perspective d'une intégration formelle des systèmes de protection de droits fondamentaux en Europe indique donc la nécessité de la prise en compte des questions politiques qu'une telle adhésion représente forcément.

² Comité DDH, *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme*, 28 juin 2002, DG-II(2002)006.

La question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne s'inscrit dans la logique du perfectionnement de la protection des droits de l'homme en Europe. Les limites du système juridictionnel de l'Union européenne étant évidentes, le renforcement de la protection passe vraisemblablement par l'adhésion, dans la perspective de combler le vide institutionnel existant entre l'Union européenne et le système du Conseil de l'Europe. S'il est vrai que, depuis le Traité d'Amsterdam, l'engagement de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux ne cesse de croître, il n'en reste pas moins que l'idée d'une protection autonome du droit communautaire avec la marginalisation du système de la Convention européenne, n'est plus envisageable, les croisements entre systèmes de protection des droits de l'homme étant désormais établis. Même après le traité de Lisbonne, la place de la Convention européenne demeure reconnue, et la Charte des droits fondamentaux, « dont on pouvait penser qu'elle viendrait achever (...) l'entreprise de disparition du système conventionnel, va plutôt (divine surprise) dans le sens contraire grâce aux clauses horizontales »³.

Quoi qu'il en soit, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne représente un choix politique, en ce sens qu'elle symbolise le choix pour une Europe qui n'a pas peur d'afficher les valeurs communes de l'identité européenne. Ces valeurs communes sont aussi représentées par la Convention européenne, instrument international auquel tous les États membres de l'Union ont adhéré. Le Traité de Lisbonne a joué un rôle important dans cette direction, puisqu'on y a consacré l'adhésion de l'Union à la Convention européenne en plus du statut contraignant de la Charte européenne des droits fondamentaux. En effet,

« la protection des droits fondamentaux constituant l'un des éléments essentiels de l'identité et de l'intégration européenne, il est évident qu'elle doit constituer le souci constant de réformes apportées à la structure de l'Union et à la construction européenne »⁴.

En tant que préoccupation politique, l'adhésion a engendré depuis longtemps des discussions assez diversifiées, tant du point de vue des enjeux de l'adhésion (I) que de celui de ses apports (II).

³ J.-F. RENUCCI, Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 947.

⁴ T. BONTINCK, «L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», dans B. FAVREAU (org.), op. cit., p. 101.

I. LES ENJEUX DE L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Les discussions autour de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne ne sont pas finies. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le choix politique est fait, mais ces discussions, elles ne représentent que le début des négociations qui vont obligatoirement s'ensuivre avant d'aboutir à un acte d'adhésion représentatif d'un accord portant sur les termes selon lesquels cette adhésion pourra être mise en place. Ce contexte d'incertitude permet d'envisager que « *ce processus sera long et semé d'embûches* »⁵. Dans ce contexte,

« le risque est grand que les juridictions gardiennes de ces trois cercles en fassent un enjeu de préséance voire de pouvoirs. Il n'est pas exclu également que le justiciable se serve de cette situation pour en faire une sorte de forum shopping des Droits de l'homme »⁶.

Dans un premier temps, il est possible d'affirmer que les enjeux de l'adhésion concernent autant des questions majeures (A) que des questions complémentaires (B).

A. Les questions majeures

Les questions majeures relatives à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme sont à souligner tout particulièrement. La première question concerne la garantie de l'autonomie du droit de l'Union européenne (1) et la seconde se réfère au monopole de l'interprétation du droit de l'Union européenne par la Cour de justice (2).

1. L'autonomie du droit de l'Union européenne

La question de la garantie de l'autonomie du droit de l'Union européenne constitue la pièce centrale des enjeux de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne. C'est peut-être la raison pour laquelle, depuis plus de 30 ans, il n'a pas été possible de trouver un consensus pour parvenir aux modalités d'un tel encadrement. Ce n'est certainement pas par hasard que, déjà dans la Déclaration (n° 2) annexée à l'Acte final de la Conférence intergouvernementale ayant abouti au Traité de Lisbonne, ces

⁵ O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», RTDH n° 83/2010, p. 539.

⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « A qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe? », dans B. FAVREAU (org.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, Bruylant, 2010, p. 41.

préoccupations pouvaient être perçues. Le Traité de Lisbonne a consacré en conséquence, par son Protocole n° 8, annexé aux TUE et TFUE et relatif à l'article 6 (2) TUE, « la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union », aussi bien que l'obligation de préserver « les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ». De plus, le futur accord d'adhésion doit garantir les « mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas ».

L'accord envisagé doit encore garantir que l'adhésion n'affectera ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Une dernière exigence du Protocole n° 8 fait référence à la nécessaire insertion d'une clause selon laquelle les États membres reconnaissent qu'ils continuent d'être liés par l'article 344 du TFUE, selon lequel ils « s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci » et l'article 19, §1er, deuxième phrase, du Traité sur l'Union européenne qui prévoit que la Cour de justice « assure le respect du droit dans l'interprétation et application des traités ». Ces références ne sont pas aléatoires. Elles visent surtout à garantir l'autonomie du droit de l'Union européenne, à travers l'exclusivité de l'interprétation et de l'application des traités de l'Union, aussi bien qu'à établir la Cour de justice comme l'institution à même de veiller à son respect.

Bien entendu, ces observations contribuent à la construction de la notion du principe de l'autonomie du droit de l'Union européenne, qu'Olivier de Schutter a pu définir très précisément:

« le principe d'autonomie s'entend de l'exigence que les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union ne soient pas réglées selon des procédures externes à l'Union européenne mais seulement selon des modalités de règlement que l'Union a instituées en son sein »⁷.

L'autonomie du droit de l'Union européenne dérive aussi d'une construction de la différenciation entre le droit de l'Union, les systèmes juridiques nationaux et le droit international.

Il s'agit tout d'abord de reconnaître que

« la nature spécifique du traité CE exige que les engagements communautaires intègrent l'ordre juridique interne conformément à certains principes quitte à ce que le droit

⁷ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 548.

communautaire bénéficie donc d'un statut différent de celui des normes conventionnelles ordinaires »⁸.

Ensuite, l'autonomie du droit de l'Union concernant le droit international était d'une importance majeure pour permettre au droit de l'Union d'atteindre un plus haut degré d'effectivité. La Cour de justice a pu développer la théorie de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, « à savoir veiller à ce que les obstacles notamment constitutionnels à l'application effective du droit international en droit interne ne s'appliquent pas au droit communautaire »⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne a également pu contribuer d'une autre manière à la défense du principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. À défaut de trancher la question de la compatibilité de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne avec le principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire¹⁰, la Cour de justice a quand même précisé la possibilité qu'a l'Union européenne de conclure un accord international, dans les termes suivants:

« [...] la compétence de la Communauté en matière de relations internationales et sa capacité de conclure des accords internationaux comporte nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions »¹¹.

Ce constat de la part de la Cour de justice permet non seulement à l'Union européenne de prendre des engagements internationaux, mais aussi de laisser la voie ouverte pour que la Communauté ou l'Union puisse être placées sous le contrôle d'une juridiction internationale extérieure à l'ordre juridique communautaire. Il faut néanmoins souligner qu'un tel contrôle externe doit être limité à ce qui concerne l'interprétation et l'application des dispositions de l'accord international, sans une quelconque ingérence dans le droit de l'Union, ce qui, dans le contexte de l'adhésion, signifie

⁸ A. POTTEAU, « Les dimensions constitutionnelles de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », dans J.-C. MASCLÉ, H.R. FABRI, et alli (org.), *L'Union européenne: Union de droit, union des droits* — Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin, éd. Pedone, Paris, 2010, p. 179.

⁹ Idem, p. 182.

¹⁰ Dans les deux avis concernant l'un, la création d'un Espace économique européen, avis 1/91¹⁰, et l'autre, l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne, avis 2/94. CJCE, avis 1/91, précité, et CJCE, avis 2/94, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rec., p. I-1759.

¹¹ CJCE, avis 1/91, précité, point 40.

qu'appartiendra toujours à la Cour de justice le contrôle pour l'application et l'interprétation du droit de l'Union européenne.

Envisagée sous cet angle, l'autonomie du droit communautaire n'est pas remise en question par l'adhésion de l'Union à la Convention européenne, même si force est de constater qu'elle connaît une certaine perte d'autonomie. Il est également important de considérer que les valeurs et les droits reconnus dans la Convention européenne constituent une base commune à tous les États membres de l'Union et du système du Conseil de l'Europe et traduisent un des principes fondateurs de l'Union. Les États membres de l'Union sont donc soumis à la juridiction de la Cour de Strasbourg et de la Cour de justice. De plus, le juge de Luxembourg n'hésite pas à faire référence à l'interprétation de la Convention européenne de la part de la Cour de Strasbourg, de façon à intensifier le jeu de références croisées. L'adhésion renforcera ces liens, tout en rendant plus claires les relations existant entre le système de l'Union européenne et le système du Conseil de l'Europe. En effet, selon Frédéric Sudre,

« l'adhésion [...] clarifiera les rapports entre le système communautaire et le système conventionnel. D'une part, parce qu'elle évitera que les particuliers se plaignant d'actes des institutions de l'Union ne forment, à titre de substitut, un recours contre les États membres de l'Union parties à la Convention européenne (Cour EDH, 4 juillet 2000, Sté Guérin Automobiles c/ les 15 États de l'Union européenne, n° 51717/99; G. CH., 10 mars 2004, Senator Lines GmbH, n° 56672/00). D'autre part, parce qu'elle permettra d'assurer pleinement le contrôle de la compatibilité des normes communautaires avec la Convention »¹².

Il est évident que l'adhésion apportera des changements. « on ne peut pas à la fois vouloir adhérer à la Convention et espérer qu'il n'en résultera aucun changement »¹³. Le professeur Manin a observé que « la soumission de toute entité à un contrôle dit 'externe' se traduit d'une certaine façon par une perte d'autonomie. Il est en effet certain que toute partie condamnée par la Cour de Strasbourg est naturellement incitée à prendre les mesures internes — y compris le cas échéant la modification de son ordre juridique — afin

¹² F. SUDRE, « Article I-9 », dans L. BURGORGUE-LARSEN *et alli*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe — Commentaires article par article, Parties I et IV, « Architecture constitutionnelle »*, Tome 1, Bruylant, 2007, p. 159.

¹³ P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », dans J. RIDEAU (org.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne — Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 395.

d'éviter que de telles condamnations ne se renouvellent »¹⁴. Le principe d'autonomie de l'ordre juridique communautaire, quand on le considère dans le contexte de l'adhésion à la Convention européenne, assume donc la garantie de « l'indépendance fonctionnelle et organique de la juridiction de l'Union européenne ». Cette expression a été utilisée par la Cour de justice dans son avis 1/91, du 14 décembre 1991, mais peut être transposée dans le contexte de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de justice a tenu à préciser que « suivant qu'ils siègeront à la Cour de justice ou à la Cour EEE, les juges de la Cour de justice, membres de la Cour EEE, auront à appliquer et à interpréter les mêmes dispositions mais selon des approches, des méthodes et des concepts différents afin de tenir compte de la nature de chaque traité et des objectifs qui lui sont propres »¹⁵.

Il s'agit de trancher une question délicate — celle des modalités de participation de l'Union européenne aux instances de contrôle de la Convention européenne, et spécialement au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. D'abord, cette participation suppose l'élection, au sein de la Cour européenne, d'un juge représentatif de l'Union européenne, et l'étendue de la participation de ce juge à l'activité contentieuse de la Cour européenne. Selon Frédéric Sudre,

« il paraît envisageable que le juge de l'Union puisse participer à toutes les affaires portées devant la Cour, et non seulement à celles ayant un rapport avec le droit de l'Union, et qu'il dispose d'une voix délibérative à tout le moins dans les affaires concernant le droit de l'Union »¹⁶.

En principe, ce juge qui représentera l'Union européenne au sein de la Cour européenne ne sera pas un membre en fonction de la Cour de justice de l'Union européenne. C'est ce qu'on peut déduire de la réponse de la Cour de justice dans l'avis 2/94, qui

« prévoyait clairement que, quelles que soient en définitive les modalités de la participation de l'Union aux organes de contrôle de la Convention de sauvegarde, le juge nommé au titre de la Communauté au sein de la Cour européenne des droits de

¹⁴ Ph. MANIN, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », dans L.S. ROSSI (org.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 261.

¹⁵ Avis 1/91, précité, point 51.

¹⁶ F. SUDRE, « Article I-9 », dans L. BURGORGUE-LARSEN *et alli* (org.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe — Commentaires article par article, Parties I et IV, « Architecture constitutionnelle », Tome 1, Bruylant, 2007, p. 157.

L'homme ne saurait en tout cas être simultanément membre de la Cour de justice »¹⁷.

Un autre aspect intéressant de la participation d'un juge européen est le fait qu'en plus de la représentation de l'Union européenne au sein de la Cour européenne des droits de l'homme, cette participation permettra d'apporter une expertise quant aux « *caractères spécifiques de l'ordre juridique communautaire* ». De plus, il ne semble pas que la Cour européenne veuille changer le cap de sa jurisprudence déjà bien établie, en ce sens qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit national. En effet,

« la CEDH ne statue pas sur la validité du droit national mais contrôle normalement sa compatibilité avec la Convention au cas par cas en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. L'application de ces principes aux institutions et au droit européens devrait donc prévenir tout problème sur ce point »¹⁸.

Sur ce point, une telle représentation pourra aider à garantir à la fois l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne et sa spécificité.

2. Le monopole d'interprétation du droit de l'Union européenne par la Cour de justice

Le monopole d'interprétation du droit de l'Union européenne dérive d'une certaine façon du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. « *Car il est aussi à entendre, toujours si l'on s'en tient à la lecture des avis 1/91 et 2/92, comme une autonomie interprétative* »¹⁹. Il dérive également des articles 19 du Traité instituant l'Union européenne et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui confient exclusivement à la Cour de justice l'interprétation du droit de l'Union européenne.

La perspective d'une adhésion à la Convention européenne conduit donc à la question de savoir dans quelle mesure le contrôle qui va être exercé par la Cour européenne peut intervenir dans le monopole d'interprétation du droit de l'Union. Il est certain, en effet, qu'avec l'adhésion, l'Union européenne va devoir se soumettre au système juridictionnel de la Convention européenne, puisque l'article 55 de ladite Convention impose ses modes de règlement pour tout conflit concernant les parties

¹⁷ Avis 2/94, précité, Contenu de la demande d'avis, point 5, dans O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 550.

¹⁸ X. GROUSSOT et L. PECH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe, n° 173/14, juin 2010, p. 14.

¹⁹ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 550.

contractantes, surtout quand on sait que la Cour de justice applique des dispositions de la Convention européenne à titre de principes généraux du droit de l'Union. Cette application, on doit le remarquer avec O. de Schutter, est faite dans un contexte propre de l'Union, puisque

« ce n'est pas la Convention européenne des droits de l'homme en tant que telle qui est appliquée par la Cour de justice de l'Union européenne, mais plutôt les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire — droits fondamentaux parmi lesquels les droits de la Convention se voient reconnaître une signification particulière-, ou des dispositions — celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — qui n'en reproduisent pas exactement le libellé »²⁰.

On ne peut qu'espérer que le contrôle qui va être exercé par la Cour européenne saura prendre en compte la spécificité du droit de l'Union européenne. Il n'existe pas de raisons de penser le contraire. En effet, la Cour européenne a à plusieurs reprises eu l'opportunité d'affirmer que le contrôle qu'elle exerce est dirigé vers la compatibilité avec les droits garantis par la Convention européenne et le standard minimum de protection qu'elle juge nécessaire. Ainsi, la Cour européenne a déjà affirmé qu'elle

« n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes des États parties à la Convention. C'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne [...]. Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation »²¹.

De cette façon, le monopole de l'interprétation du droit communautaire ne sera pas limité par le contrôle de la Cour européenne, parce que ce contrôle sera surtout restreint aux questions de droits de l'homme couvertes par la Convention européenne.

La Cour européenne étant un organe plus spécialisé en la matière, ce contrôle en sera d'autant plus efficace. La Cour de justice continue à avoir le monopole d'interprétation du droit de l'Union européenne et à être soumise au contrôle de la Cour de Strasbourg en ce qui concerne l'application des dispositions de la Convention européenne et le standard de protection que cette dernière impose. Les deux cours auront des liens non pas hiérarchiques, mais complémentaires dans la protection des droits de

²⁰ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 549.

²¹ CEDH, arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, §29; CEDH, arrêt *Huvig c. France*, 24 avril 1990, §28; CEDH, arrêt *Margareta et Roger Anderson c. Suède*, 2 février 1992, §82; décision *Société Guérin Automobiles c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, 4 juillet 2000, entre autres.

l'homme dans l'Union européenne, ce qui aura pour effet une meilleure cohérence générale de la protection des droits fondamentaux et constituera donc un pas en avant vers la consécration de l'unité de la protection de ces droits en Europe.

B. Les questions complémentaires

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme soulève également d'autres questions complémentaires qui occupent une place dans la droite ligne du perfectionnement de la protection des droits fondamentaux en Europe. Ces questions sont importantes puisqu'il s'agit de consolider la protection des droits de l'homme comme base commune européenne de la protection juridictionnelle (1) et de relever le rôle que peut apporter la complémentarité de la dualité juridictionnelle (2).

1. La protection des droits de l'homme comme base commune de la protection juridictionnelle en Europe

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne devrait finalement transformer, dans le scénario institutionnel de l'Union européenne, une situation anodine jusque-là définie par la Cour de justice — celle de faire de la Convention européenne une source directe et formelle du droit de l'Union européenne et non plus une référence jurisprudentielle visée à travers les principes généraux du droit. L'adhésion représente donc un changement du statut de la Convention européenne qui la place au rang de source formelle du droit de l'Union européenne de façon à rendre à la Cour européenne le contrôle de l'application de la Convention européenne. L'Union européenne devient ainsi une partie similaire aux autres États parties au sein des institutions de la Convention. S'il est vrai qu'une telle adhésion permet de lever des doutes quant au contrôle de l'application de la Convention européenne par la Cour de justice, elle permet également de clarifier l'identification des droits fondamentaux dans l'Union européenne. En effet,

« l'adhésion envisagée de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ne vise pas à résoudre des problèmes de compatibilité qui ont été très largement

surmontés. Il s'agit plus profondément d'une reconnaissance de l'unité fondamentale des valeurs de l'Europe tout entière »²².

Le renforcement de l'idée d'une reconnaissance de l'unité fondamentale des valeurs de l'Europe implique sans nul doute que les rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme soient transparents, et donc compréhensibles, pour les citoyens et pour les opérateurs du droit. L'adhésion représente cet engagement de l'Union européenne à un standard minimum de protection avec un instrument comme la Convention européenne et un ordre juridique largement reconnu, comme celui du Conseil de l'Europe. La fixation d'une base commune d'une protection juridictionnelle des droits fondamentaux en Europe et son affirmation institutionnelle représentent donc une avancée vers une protection croissante des droits fondamentaux en Europe. « *C'est dans un tel rapport de conformité permettant de conférer aux standards de protection de l'Union européenne une légitimité supplémentaire que les droits fondamentaux pourront connaître un développement durable* »²³. Dans le même sens,

« en attribuant la compétence à l'Union européenne d'adhérer à l'instrument qui exprime le socle de valeurs communes des Etats membres, le traité de Lisbonne lance un message politique et symbolique important aux citoyens quant à son engagement de respecter les droits fondamentaux »²⁴.

2. La complémentarité de la dualité juridictionnelle

L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme attire évidemment l'attention sur les nouveaux rapports, qui s'ensuivront certainement, entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Comme il s'agit d'une superposition de systèmes juridictionnels qui prendra nécessairement corps²⁵, il faut se demander si la concurrence entre les deux juridictions finira

²² J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Les droits fondamentaux dans le Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », dans J. C. GAUTRON, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, éd. Pedone, 2004, p. 66.

²³ F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans *Chemins d'Europe — Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*. Dalloz, 2010, p. 545.

²⁴ T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne », dans B. FAVREAU (org.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 121.

²⁵ P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », dans J. RIDEAU (org.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne — Dans le sillage de la Constitution européenne*. Bruylant: Bruxelles, 2009, p. 394.

en disparités ou rivalités, ou bien plutôt en complémentarité en renforçant les systèmes de contrôle de droits fondamentaux en Europe. En effet,

« la concurrence entre deux Cours en matière de protection des droits fondamentaux, dans leurs aires respectives, avait tellement fait craindre des disparités ou rivalités, que parmi les arguments avancés, à l'origine, en faveur d'une adhésion de la Communauté à la Convention figuraient, outre une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de la Communauté ou de l'Union, grâce au contrôle de la conformité de ses décisions à la Convention, la disparition des risques de divergences de jurisprudence entre les deux Cours ».²⁶

Bien entendu, le contrôle exercé par la Cour de Strasbourg est de nature subsidiaire par rapport à celui des États membres, et donc avec l'adhésion, ce contrôle sera également subsidiaire par rapport à celui de l'Union européenne. Dans ce contexte, superposition n'équivaut pas à concurrence ou rivalité. Le respect que le système du Conseil d'Europe a acquis depuis son origine indique qu'une éventuelle « guerre des juges » n'aura pas lieu. Au contraire, un renforcement du dialogue entre les juges est attendu. En effet, la Déclaration de l'article 6, paragraphe 2, adoptée par la CIG 2007 précise que

« la Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon les modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention ».

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme est l'interprète privilégié de la Convention européenne des droits de l'homme,

« texte historiquement et chronologiquement antérieur à la création de la Communauté et de l'Union européennes. Dans une perspective d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (article 6 §2 du traité sur l'Union européenne version Traité de Lisbonne), ce rôle d'interprète privilégié ne serait pas injustifié »²⁷.

²⁶ B. FAVREAU, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Pourquoi? Comment? », in B. FAVREAU (org.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 33.

²⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 41.

Il ne s'agit pas, à l'évidence, de concurrence, mais plutôt de complémentarité.

II. LES APPORTS DE L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est chargée d'arguments positifs allant dans le sens du perfectionnement du système européen de protection des droits fondamentaux. Une fois les négociations sur les modalités de participation et de contrôle de l'Union européenne définies, il est fort probable que la cohérence du système juridictionnel de contrôle sera enrichie (A) et l'activité du juge de Luxembourg également amenée à un perfectionnement (B).

A. La cohérence du système juridictionnel de contrôle

Quand on prend en considération tous les développements les plus récents de la jurisprudence des deux hautes juridictions européennes — la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que des textes de référence des deux ordres juridiques, on s'assure que les efforts réalisés ont rendu les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux beaucoup plus harmonieux. Le fait que l'Union européenne ne soit pas liée formellement par la Convention européenne, dont elle n'est pas encore partie, et qu'en plus, le juge de Luxembourg applique la Convention européenne en tant que principe général du droit communautaire, nuit à la cohérence générale du système juridictionnel de contrôle et de protection des droits fondamentaux en Europe. Le cœur de la question réside dans le fait que

« non seulement il existe un risque de divergence entre jurisprudences des juges communautaires et de la Cour européenne des droits de l'homme à propos d'un même droit, mais encore cette divergence ne pourrait être corrigée par la mise en cause de la Communauté et/ou de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits fondamentaux »²⁸.

Dans ce contexte, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est justement envisagée pour combler ce vide institutionnel et renforcer la cohérence de la protection des droits fondamentaux en Europe.

²⁸ S. MARCIALLI. « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », dans J. RIDEAU (org.), op. cit., p. 347.

Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas attendu l'adhésion pour commencer à contrôler l'application de la Convention européenne par la Cour de justice. À travers quelques arrêts célèbres²⁹, la Cour européenne a fixé l'équivalence globale des protections reconnues et le contrôle indirect des mesures nationales d'exécution du droit communautaire et de l'Union. Cette attitude de la part de la Cour européenne alliée au fait que le Traité de Lisbonne ait consacré le statut juridique contraignant de la Charte des droits fondamentaux conduit à un constat:

« les évolutions des textes et les jurisprudences des deux cours permettent un point d'équilibre entre les deux systèmes de protection, qui connaissent de plus en plus d'interférences mais entre lesquels les conflits frontaux sont devenus de plus en plus improbables »³⁰.

Si l'adhésion indirecte est déjà confirmée et contrôlée par la Cour européenne, il est important de clarifier deux questions: quelles sont les vrais apports d'une adhésion formelle et de son institutionnalisation à présent? (1) Et quelle sera l'amplitude du contrôle de la Cour européenne sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'Union européenne? (2).

1. L'institutionnalisation de l'adhésion

Alors que les mécanismes de contrôle indirect de l'application de la Convention européenne ont été posés par une laborieuse jurisprudence de la Cour européenne et que le Traité de Lisbonne a consacré le caractère juridiquement contraignant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il est paradoxal que la perspective de l'adhésion soit plus présente que jamais. Comme l'a très bien remarqué O. de Schutter,

« il est sans doute ironique que la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme arrive à la maturation au moment même où, compte tenu des progrès qu'a effectués la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les arguments qui avaient pu être invoqués au départ en faveur de l'adhésion sont en partie dépassés »³¹.

²⁹ Il s'agit des arrêts *Cantoni*, *Matthews* et *Bosphorus* (CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, Rec. 1996-V. ; CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, Rec. 1999-I ; CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*).

³⁰ S. MARCIALLI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », dans J. RIDEAU (org.), op. cit., p. 377.

³¹ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 540.

Cette constatation, pourtant, ne nuit pas à l'importance de l'adhésion à l'heure actuelle.

Tout d'abord, l'adhésion représente pour l'Union européenne une soumission au contrôle de la Cour européenne, ce qui implique une certaine perte d'autonomie.

« Il s'agit de placer l'Union européenne dans une situation analogue à celle qui existe dans les ordres juridiques des États membres, dont les constitutions protègent les droits fondamentaux et qui ont accepté par ailleurs l'exercice par la Cour européenne des droits de l'homme d'un contrôle externe en matière de respect des droits de l'homme »³².

En établissant ce lien institutionnel, l'adhésion renforce le plein respect des droits fondamentaux mais également la cohérence du système de protection des droits de l'homme dans l'Union européenne, puisque jusqu'à présent, l'utilisation de la Convention européenne, et même de la jurisprudence de la Cour européenne, était faite par le juge de Luxembourg sans qu'aucun lien institutionnel ne puisse le justifier. Il reste en effet « *une grande incertitude sur le fondement juridique de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge communautaire* »³³. Pour répondre à ces faits, la Cour européenne a construit le contrôle indirect de l'application de la Convention européenne, selon lequel les États membres répondaient pour la mise en œuvre du droit primaire ou dérivé de l'Union européenne, mais que ne respectait pas la Convention européenne.

L'adhésion représente, dans ce contexte, la possibilité concrète pour l'Union européenne d'avoir un représentant au sein des instances chargées du contrôle de la Convention européenne. Cela va permettre un perfectionnement du système de contrôle dans la mesure où un acte communautaire ou une décision juridictionnelle pourront également être mis en cause devant la Cour européenne; l'Union européenne pourra donc être ainsi partie de la défense. Ce changement permettra de corriger une situation étrange et délicates selon laquelle les États membres peuvent être collectivement responsables des actes communautaires, puisque, jusqu'à présent, ils sont seuls parties à la Convention européenne. Il n'en est pas moins vrai que même ce contrôle demeure insuffisant:

« le contrôle des États dans l'application du droit communautaire est limité: même s'il offre certaines garanties, il reste insuffisant puisque si une personne, physique ou morale, estime qu'un acte communautaire porte atteinte à ses droits fondamentaux garantis par la Convention européenne, elle ne

³² F. SUDRE, op. cit., p. 157.

³³ J.-F. RENUCCI, op. cit., p. 950.

dispose pas de recours direct; de plus, si un État est condamné par la Cour européenne parce qu'il n'a fait qu'appliquer le droit communautaire, il est certain qu'il sera confronté à un conflit d'allégeance difficile à surmonter »³⁴.

Toute cette problématique n'est pas nouvelle. Malgré quelques hésitations, la question de l'adhésion à la Convention européenne a finalement toujours été d'actualité, et maintenant plus que jamais, puisque toutes ces questions peuvent être résolues une fois signé l'accord sur l'adhésion avec les modalités de participation de l'Union dans le système du Conseil de l'Europe.

Il a été par ailleurs observé qu'avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le risque d'un double standard de protection pourrait être accru. Toutefois, l'attention dont cette Charte fait preuve, concernant la Convention européenne et les « clauses horizontales », a contribué à écarter toutes ces préoccupations.

« C'est d'ailleurs la conséquence la plus inattendue de cette Charte dont on pouvait penser (ou craindre) qu'elle sonnerait le glas du système conventionnel de protection des droits de l'homme dans le cadre de l'Union européenne. Bien au contraire, il a été remarqué avec raison que cette adhésion est impliquée par la logique même dont la Charte procède et qu'elle en est même l'aboutissement normal »³⁵.

Dans ce contexte, l'adhésion vient seulement renforcer la cohérence générale du système de protection dans l'Union européenne.

2. L'amplitude du contrôle

Parmi les multiples avantages de l'adhésion, il importe également de relever qu'elle apportera aussi un changement dans le concept de contrôle juridictionnel exercé par la Cour européenne. En effet, l'institutionnalisation de l'adhésion peut entraîner certains changements qui ne sont peut-être pas dans l'intérêt de l'Union européenne. Il s'agit du principe de l'équivalence des protections fixée par la Cour européenne³⁶. À vrai dire, il s'agit plus précisément d'une présomption de compatibilité, puisqu'elle peut être

³⁴ Idem, p. 950.

³⁵ Idem, p. 954-955.

³⁶ Il s'agit particulièrement de l'arrêt *Bosphorus*, où la Cour européenne a affirmé que, malgré sa compétence pour contrôler l'application de la Convention européenne par l'Union européenne, elle reconnaissait au droit de l'Union européenne une présomption de compatibilité, selon laquelle « les mesures d'exécutions du droit communautaire sont réputées compatibles avec la Convention dès lors qu'il est constant que (la Communauté européenne) accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c Irlande*, par. 155).

renversée dans l'appréciation par la Cour européenne de certains cas concrets. Cette présomption de compatibilité n'est donc ni définitive ni irréfragable, ce qui met la Cour de justice dans une situation de constante surveillance et le système communautaire dans celle d'une subordination, en quelque sorte, au contrôle de la Cour européenne. On constate avec S. Marciali que

« l'équivalence des protections permet néanmoins de protéger la primauté du droit communautaire, conformément à la logique de coopération internationale développée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, et d'éviter en principe que les États membres de l'Union aient à choisir entre violer le droit communautaire et violer la Convention européenne »³⁷.

La perspective qui s'ouvre avec l'adhésion peut rendre difficilement soutenable cette formule, en raison du nouveau statut de l'Union européenne — partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette différence de traitement pourrait être comprise comme un avantage qui mettrait les autres États parties à la Convention européenne dans une situation d'inégalité. Il semble donc probable qu'

« à l'avenir, ladite « présomption de compatibilité » devrait soit être étendue à l'ensemble des Parties à la Convention, soit ne plus figurer au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: après que l'Union aura adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme, l'anomalie qui résulte de Bosphorus n'aura plus de raison de subsister en assurant à l'Union européenne une position privilégiée »³⁸.

La même préoccupation a été exposée par S. Marciali, dans les termes suivants:

« la situation actuelle des rapports entre système de l'Union et système de la Convention européenne des droits de l'homme repose sur une logique d'équilibre et de compromis, elle-même fondée sur un constat d'ensemble de l'équivalence des protections. L'adhésion pourrait introduire une toute autre logique: celle de la confrontation directe entre Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'Union européenne, la Cour européenne étant alors à même de condamner l'Union européenne pour violation de la Convention, d'autant qu'il n'y aurait plus de raison d'envisager une immunité de principe du droit de l'Union fondée sur l'équivalence globale des protections. Ce n'est que si un tel

³⁷ S. MARCIALI, op. cit., p. 357.

³⁸ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 544..

changement améliore la situation du justiciable que l'adhésion devra se concrétiser »³⁹.

La contribution de l'adhésion consiste justement à clarifier et établir les vrais rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe. Le principe de l'équivalence de la protection a été établi par la Cour européenne dans le cadre d'un contrôle indirect de l'application de la Convention européenne. Ainsi, la Cour européenne a, dans un premier temps, fixé sa compétence *ratione materiae* pour contrôler la conventionalité de mesures nationales prises en application du droit communautaire dérivé⁴⁰ e/ou originaire⁴¹. Après l'adhésion, il ne s'agira plus d'un contrôle indirect basé sur une présomption de compatibilité, mais plutôt d'un contrôle pleinement établi, basé sur un mécanisme juridictionnel externe au système de l'Union européenne, qui sera mis en place à l'exemple du contrôle juridictionnel déjà exercé par la Cour européenne vis-à-vis des États membres.

L'innovation de l'adhésion va principalement toucher la compétence *ratione personae* qui va être attribuée à la Cour européenne. En effet, les actes de l'Union européenne, y compris ceux de ses institutions et des États membres, dans le champ ou en application du droit de l'Union européenne, pourront être directement attaques devant la Cour européenne, ce qui

« évitera que les particuliers se plaignent d'actes des institutions de l'Union ne forment à titre de substitut, un recours contre les États membres de l'Union parties à la Convention européenne (Cour EDH, 4 juillet 2000, Sté Guérin Automobiles c/ 15 États membres de l'Union européenne, n° 51717/99; G. Ch., 10 mars 2004, Senator Lines GmbH, n° 56672/00) »⁴².

Dans ce contexte, l'adhésion apporte plus de cohérence aux rapports entre les deux systèmes européens de protection des droits de l'homme, tout en renforçant la protection des citoyens européens et en garantissant une compatibilité plus solide des normes et jurisprudences communautaires avec la Convention européenne, en plus du perfectionnement de la garantie du droit au juge dans l'Union européenne, comme nous l'aborderons par la suite.

³⁹ S. MARCIALI, op. cit., p. 377.

⁴⁰ V. par exemple l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*.

⁴¹ V. par exemple l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*.

⁴² F. SUDRE, op. cit., p. 159.

B. Le perfectionnement du droit au juge

Le droit au juge ou le droit à l'accès à la justice est affirmé différemment dans le système conventionnel et dans le système de l'Union européenne. Son existence et son importance restent néanmoins un consensus dans les deux systèmes de droit. Le traité de Lisbonne a consacré le statut juridiquement contraignant de la Charte des droits fondamentaux, qui fait expressément référence à la consécration du droit d'accès au juge en tant que « *droit à un recours effectif devant un tribunal* », dans son article 47, alinéa 1, selon les termes suivants:

« toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

Cette rédaction laisse envisager que la protection est la plus étendue possible, puisque la Charte n'a prévu aucune restriction à la portée de ce droit⁴³. Cette consécration suit la ligne développée par la jurisprudence de la Cour de justice, qui, progressivement, a développé un droit à un recours juridictionnel ou à une protection juridictionnelle effective en tant que principe général du droit. En effet, « *ce principe a été présenté par la jurisprudence comme un droit fondamental indissolublement lié à la constitution d'une Communauté de droit appelée à se fonder dans une Union de droit. Elle en a précisé le contenu par touches successives* »⁴⁴.

Cette construction jurisprudentielle développée par la Cour de justice à titre de principes généraux du droit a été basée sur la Convention européenne des droits de l'homme, spécialement aux articles 6 et 13. Le droit à un recours effectif, tel qu'il est garanti par la Convention européenne, est un droit fondamental au champ limité⁴⁵ et également considéré comme une règle procédurale accessoire « *qui ne peut en principe être invoquée qu'en relation avec un autre droit reconnu par l'instrument conventionnel; mais la Cour européenne des droits de l'homme en a fait également une règle matérielle dont la*

⁴³ V. notamment à ce sujet J. RIDEAU, op. cit., pp. 589 et s.

⁴⁴ J. RIDEAU, op. cit., pp. 592.

⁴⁵ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », Pouvoirs, n° 96, 2001, p. 125.

violation est en tant que telle condamnable »⁴⁶. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant au droit au juge est également vaste et constructive⁴⁷.

Dans la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, il reste néanmoins vrai que la protection offerte jusqu'à présent par le droit de l'Union européenne se présente encore lacunaire et parfois limitée. En effet, il a été remarqué que

« les recours introduits ont souvent souligné les limites des voies de droit devant les juridictions communautaires, tenant en particulier aux conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers (recours contre les décisions dont ils sont destinataires ou contre les autres décisions les concernant directement ou individuellement; recours des ONG ou des associations), mais aussi aux limites des possibilités d'intervention de ces derniers »⁴⁸.

Les arguments utilisés par le juge de Luxembourg pour limiter les voies de droit pour le particulier devant les juridictions communautaires sont divers⁴⁹.

Avec l'adhésion, cette situation devient encore plus préoccupante dans la mesure où elle peut amener la Cour européenne à remettre en cause l'équivalence des protections affirmées de manière générale par l'arrêt *Bosphorus*. Cette préoccupation a été exposée moult fois, et de façon très claire, par la doctrine, comme le montre le commentaire suivant:

« si l'ordre juridique de l'Union européenne ne garantit pas l'accès à un juge pour que les individus puissent faire valoir leurs droits fondamentaux, une telle appréciation globale

⁴⁶ S. MARCIALI, op. cit., p. 360-361.

⁴⁷ V. spécialement CEDH, 6 septembre 1978, *Klaus c/ Allemagne, Série A. 28*; CEDH, 27 avril 1988, *Boyle / Royaume-Uni*, CEDH, 18 décembre 1996, *Valsamis c/ Grèce*, CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande, Série A, n° 32*; CEDH, 26 août 2000, *Kudla c/ Pologne*, rec. 2000 XI.

⁴⁸ J. RIDEAU, op. cit., p. 599.

⁴⁹ J. RIDEAU cite, par exemple, comme argument du juge de Luxembourg « le caractère complet du système de voies de recours instauré par les traités et la nécessité de respecter les dispositions qui les organisent (CJCE, 23 mars 1993, *Weber/Parlement*, C-324/91, rec. I 1093, pt 8) »; « l'existence d'autres voies de droit devant le juge communautaire (en particulier, le recours en indemnité, voir TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris International/Commission*, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, rec. II 1; l'exception d'illegalité, voir CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, rec. I 6677, pt 40; voir sur le jeu d'intervention souple dans le cadre du traité CECA, considéré comme accordant une protection juridictionnelle effective, CJCE ord. du 2^e mars 2003, *Territorio Historico de Alava — Diputacion Foral de Alava et a.*, C-75/02 P, rec. I 2903, pts 32 s.) mais aussi sur le jeu des recours nationaux permettant la protection effective du droit au juge, notamment par leurs combinaison avec le renvoi préjudiciel (CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil*, C-50/00 P, rec. I 6677, pt 40) ».

pourrait être remise en cause. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet affirmé que le constat de protection équivalente « doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »⁵⁰; une révélation par le juge communautaire des lacunes du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union européenne ne pourrait-elle pas constituer un tel changement de circonstances? »⁵¹.

Même si l'on considère que la construction du principe de l'équivalence de protections ne sera plus d'utilité après l'adhésion, parce que le contrôle de l'application de la Convention européenne sera exercé directement par la Cour européenne, il demeure encore plus probable que l'Union européenne et ses institutions seront tenues de respecter la Convention européenne en tant que telle, et l'Union devra répondre pour ses actes et omissions devant la Cour européenne. En outre, l'adhésion va certainement permettre l'accès des particuliers au juge en cas de violations de droits fondamentaux, puisqu'ils auront la faculté d'utiliser leur droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme.

S'agissant du perfectionnement du droit au juge comme conséquence de l'adhésion, il faudra donc préciser que le système de l'Union européenne conserve ses faiblesses en ce qui concerne l'accès du particulier à la justice, mais l'adhésion permettra au particulier de soumettre les atteintes à ses droits à la Cour européenne. Celle-ci devra, ensuite, conclure que l'Union européenne aura à prendre les mesures nécessaires pour garantir un tel accès du particulier à la justice. Reste à savoir comment l'Union européenne règlera cette question. Il faut s'attendre au désespoir des juges de Luxembourg devant une augmentation dramatique de demandes à la Cour de justice.

CONCLUSIONS

L'adhésion de l'Union européenne se présente comme étant une étape plus structurée politiquement que juridiquement et techniquement. Les enjeux de l'adhésion et les apports qu'elle présente sont, d'un point de vue politique, parfaitement structurés. L'autonomie du droit de l'Union étant une question importante, il demeure envisageable que le contrôle de Strasbourg ne sera pas exercé de manière à interférer frontalement cette autonomie. De plus, le monopole d'interprétation du droit de l'Union reviendra toujours à l'Union européenne et à la Cour de justice, puisque le contrôle de la Cour de Strasbourg étant alors restreint à l'application et à

⁵⁰ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, §55.

⁵¹ S. MARCIALI, *op. cit.*, p. 362.

l'interprétation de la Convention européenne, aussi bien que son standard minimum de protection.

Les rapports entre les deux systèmes de protection seront donc plus clairs mais ils ne peuvent se passer d'une coopération juridictionnelle accrue. L'analyse des modifications qui ont été apportées ou sont en train de se consolider au sein de la construction européenne révèle que l'unité de la protection des droits fondamentaux en Europe n'est pas chose aisée. La création d'un espace européen des droits fondamentaux dans un modèle institutionnel exigerait la parfaite articulation juridique entre tous les acteurs participants de l'Europe. Les cycles récurrents de constitutionnalisation de l'Europe et les efforts pour institutionnaliser l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne traduisent avant tout la dimension politique, économique et sociale du processus complexe de construction européenne. Ils reflètent aussi l'idéal européen d'une « union toujours plus étroite entre peuples européens ».

Cependant, la seule construction institutionnelle semble insuffisante pour neutraliser les risques d'incohérences, de divergences et d'incomplétudes du système européen de protection des droits fondamentaux. Ni le processus de constitutionnalisation ni l'adhésion de l'Union européenne à la Convention ne pourront se substituer aux efforts constants de consolidation de l'unité systémique. En tant qu'objectif idéalisé, l'unité devrait guider les actions de l'Union européenne et de la Cour européenne pour établir de manière constante une coopération juridictionnelle entre des juges européens, qui seront en fait responsables de l'harmonisation de la protection.

RÉFÉRENCES

A. POTTEAU, « Les dimensions constitutionnelles de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », dans J.-C. MASCLET, H.R. FABRI, et alli (org.), *L'Union européenne: Union de droit, union des droits — Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, éd. Pedone, Paris, 2010.

CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, Rec. 1996-V.

CEDH, 18 décembre 1996, *Valsamis c/ Grèce*,

CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, Rec. 1999-I.

CEDH, 26 août 2000, *Kudla c/ Pologne*, rec. 2000 XI.

CEDH, 27 avril 1988, *Boyle / Royaume-Uni*,

CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*).

CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, §55.

CEDH, 6 septembre 1978, *Klaus c/ Allemagne*, Série A. 28;

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, n° 32;

CEDH, arrêt *Huwig c. France*, 24 avril 1990, §28.

CEDH, arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, §29.

CEDH, arrêt *Margareta et Roger Anderson c. Suède*, 2 février 1992, §82; décision *Société Guérin Automobiles c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, 4 juillet 2000.

CJCE, Avis 1/91.

CJCE, Avis 2/94.

Comité DDH, Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, 28 juin 2002, DG-II(2002)006.

F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans *Chemins d'Europe — Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*. Dalloz, 2010.

F. SUDRE, « Article I-9 », dans L. BURGORGUE-LARSEN *et alli*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe — Commentaires article par article, Parties I et IV, « Architecture constitutionnelle », Tome 1*, Bruylant, 2007.

FICHBACH, Marc, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Conférence à l'Université d'Auvergne, dans DOLLAT, Patrick. *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Syrey, 2005.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « A qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe? », dans B. FAVREAU (org.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010.

J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Les droits fondamentaux dans le Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », dans J. C. GAUTRON, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, éd. Pedone, 2004.

J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2007.

O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», RTDH n° 83/2010.

P. AUVRET, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», dans J. RIDEAU (org.), Les droits fondamentaux dans l'Union européenne — Dans le sillage de la Constitution européenne, Bruylant, Bruxelles, 2009.

Ph. MANIN, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», dans L.S. ROSSI (org.), Bruxelles, Bruylant, 2004.

S. MARCIALLI. «Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux», dans J. RIDEAU (org.), Les droits fondamentaux dans l'Union européenne — Dans le sillage de la Constitution européenne, Bruylant, Bruxelles, 2009.

T. BONTINCK, «L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», dans B. FAVREAU (org.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, Bruylant, 2010.

T. BONTINCK, «L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», dans FAVREAU, Bertrand (org.). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, Bruylant, 2010.

X. GROUSSOT et L. PECH, «La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne», Fondation Robert Schuman, Question d'Europe, n° 173/14, juin 2010.



DIREITO DE AUTOR E LIBERDADE DE CRIAÇÃO

*José de Oliveira Ascensão**

1. INTRODUÇÃO

1.1. As questões implicadas

Como habitualmente, não escolho o tema, aceito o que me é dado. E, uma vez que não há progresso na pesquisa se não houver obediência temática, a ele me vou ater.

Mas não é fácil. O tema obriga a comparar duas entidades: o direito de autor e a liberdade de criação. A relação entre ambas não é evidente — ou então é demasiado óbvia, se nos limitarmos a observar que o autor tem liberdade de criação...

A primeira dificuldade está em distinguir esta matéria de figuras afins. As “liberdades” são muitas e vocabularmente parecem sobrepor-se: liberdade de informação, comunicação, pensamento, expressão... A própria Constituição a todas consagra. Identificam-se total ou parcialmente com a liberdade de criação?

A questão põe-se sobretudo para a liberdade de expressão. É usada frequentemente como equivalente de liberdade de criação. Mas o art. 220 da Constituição Federal prevê paralelamente a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação... Isso implica que os considera figuras diferentes.

Não vamos demorar-nos nesta questão geral. Já versamos noutros lugares a liberdade de expressão. Neste escrito vamos considerar especificamente apenas a liberdade de criação, porque é ela que faz a ponte para o direito de autor. Este direito tem na raiz a criação, que protege e regula. É o sentido dessa relação que ocorre deslindar.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

1.2. Nexos proclamados entre liberdade de criação e Direito Autoral

Como dissemos, a relação entre direito de autor e liberdade de criação não é evidente.

A liberdade de criação pode existir igualmente com ou sem direito de autor. Durante muitos milênios não houve direito de autor e surgiram maravilhas de criatividade: basta pensar na Grécia antiga.

Podem erguer-se à liberdade de criação obstáculos como a censura, mas isso nada tem que ver com o direito de autor.

A Constituição Federal insere a garantia institucional do direito de autor no art. 5 inc. XXVII. Mas fá-lo sem estabelecer nenhuma ligação com a criatividade nem mesmo com a Cultura¹. A livre “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” consta do art. 5 inc. IX, mas aí, por sua vez, sem nenhuma ligação ao direito de autor. Igualmente sem conexão com este se encontra a ação popular para defesa do “patrimônio histórico e cultural” (art. 5 inc. LXXIII).

A matéria da Cultura está especificamente prevista nos arts. 215 e seguintes. Mas é vista prevalentemente como função pública: prevêm-se encargos do Estado e mais entidades públicas para difusão e acesso aos bens culturais. Mas ainda surgem outras referências. Também se determina a ação do Estado para produção e promoção de bens culturais (art. 215 § 3.º II); e o art. 216 § 3.º prevê o estabelecimento de incentivos para bens e valores culturais. Tudo isto porém sem nenhuma ligação ao Direito Autoral e dentro do mesmo ponto de vista de atribuição de funções ao Estado.

Os poucos preceitos que se referem à criação ou produção cultural não exigem que se trate de criação de qualidade ou mérito.

Generalizando o campo de análise a intervenções noutros países, verificamos com surpresa que poucos são aqueles que contêm a garantia constitucional do direito de autor. Não a contém sequer a Constituição dos Estados Unidos da América, no texto tantas vezes citado do art. 1, Seção VIII, cl. 8 do U.S. Code: é aí entendido como uma atribuição de competência ao Congresso para legislar nessa matéria, mas não uma obrigação de o fazer. Daí se conclui consequentemente que não há uma garantia institucional ou um direito fundamental de autor.

No plano das grandes declarações internacionais também temos surpresas. É citado com grande frequência o art. 27 da Declaração Universal dos

¹ Nem sequer com o interesse social. Há aqui uma discrepância com a garantia do Direito Industrial (a chamada Propriedade Industrial), que deverá ter em vista “o interesse social e o interesse tecnológico e económico do país” (inc. XXIX).

Direitos do Homem (DUDH) ². Este trata no n.º 1 da liberdade de participação na vida cultural e no n.º 2 prevê a proteção “dos interesses materiais e morais daí derivados”. Não contém sequer uma garantia institucional do direito de autor, porque admite qualquer forma de proteção destes interesses do autor.

Esta garantia consta já da lei portuguesa, embora com um certo grau de anomalia. O art. 42 regula a liberdade de criação cultural, o que o aproxima do nosso tema. O n.º 2 dispõe que “Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística” ³. Mas acrescenta-se ainda: “incluindo a proteção legal dos direitos de autor”. É um artifício total: a proteção “legal” dos direitos de autor foi metida à força, sem nada ter que ver com o que se estava dispondo.

De todo o modo, da frase resulta a garantia institucional do direito de autor. Com esta garantia mínima, o preceito leva à aproximação ao Direito brasileiro: há também uma garantia institucional.

A matéria não tem também conexão com a dos direitos culturais. Esta está versada em vários lugares da Constituição. É particularmente importante a Seção epigrafada “Da Cultura” (arts. 215 e 216).

Lendo-os, somos impressionados por se regularem particularmente funções do Estado e não direitos de intervenção dos particulares. A ligação desta matéria com o Direito Autoral surge particularmente no art. 216, que delimita o patrimônio cultural brasileiro e integra nele “as criações científicas, artísticas ou tecnológicas” (inc. III). Combinando com outros incisos, não é ousado afirmar que estão abrangidas obras literárias ou artísticas ⁴.

Da previsão constitucional pode-se tirar ainda outra consequência. O art. 215 § 3.º prevê o Plano Nacional de Cultura, que incluirá a “democratização do acesso aos bens de cultura”. Como os bens intelectuais integram a Cultura, resulta da Constituição que o acesso a esses bens deve ser burocratizado. Isso implica um regime autoral em que os bens autorais sejam facilmente acessíveis. Tem consequências muito importantes no regime autoral a instituir, nomeadamente em relação aos bens intelectuais constantes de sítios na internet. Aliás, já o art. 215, no seu *caput*, põe a cargo do Estado garantir a todos o “acesso às fontes da cultura nacional”.

² Trata-se de uma mera Declaração da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 1948.

³ O que aliás é falso, porque a liberdade de divulgação não está compreendida na liberdade de criação.

⁴ Se essas obras devem entender-se como obras de mérito, é tema que será posteriormente examinado.

Passemos então à análise das relações que se estabelecem entre estas grandezas.

Encontramos três núcleos problemáticos principais, que serão objeto das secções seguintes:

- II — O direito de autor tem a função de garantia da independência económica do criador?
- III — O direito de autor pode funcionar como obstáculo à criação cultural?
- IV — É compatível com o direito de autor o privilégio da criação de mérito?

2. DIREITO DE AUTOR E INDEPENDÊNCIA ECONÓMICA DO CRIADOR

2.1. Criação intelectual e independência económica de criadores e artistas

Será o direito autoral um instrumento apto a propiciar a liberdade de criação?

É uma função frequentemente acentuada na apologia do direito de autor. Este libertaria o autor de subordinações exteriores, por lhe outorgar autonomia financeira. Pode-se invocar neste sentido que quer o sistema brasileiro quer o português acentuam a vertente patrimonial ⁵.

Façamos uma rápida retrospectiva histórica. Na Antiguidade Clássica, a produção literária e artística esteve muito ligada a uma classe que depreciava “trabalhos servis”: poderia dedicar-se ao *otium*, deixando o *nec otium* para escravos ou metecos. Na Idade Média a Cultura foi preservada sobretudo nos conventos e mais tarde nas universidades e nas cortes reais. Na Idade Moderna os eruditos vivem sob a proteção de mecenas, que podiam ser altos dignatários eclesiásticos ou reis ou príncipes. Só na Idade Contemporânea surgiu o direito de autor (que não dispensou nunca aliás auxílios de outras origens à criação literária ou artística).

Hoje, o direito de autor atingiu plena maturidade. Inferir-se-á daí que os autores ⁶ são hoje livres, vivendo do que produzem?

Os autores são milhões. Mas podemos afirmar sem receio que destes, mesmo em países onde o direito de autor se pratica efetivamente, só uma percentagem ínfima vive de fato das obras intelectuais que produz. A globa-

⁵ Ao contrário da DUDH, que coloca em paralelismo interesses patrimoniais e morais.

⁶ E, de modo semelhante, os artistas. Mas aqui os dados são menos claros, pelo que analisaremos prioritariamente a situação paradigmática dos autores.

lização pode-nos iludir, porque as figuras mundiais são pagas de modo principesco: o seu palco passou a ser o mundo. São os autores de *best sellers*, os compositores da moda, os artistas plásticos de êxito... Esses ganham como jogadores de futebol ou pilotos de fórmula 1, porque todos são igualmente raros, num mundo ávido de consumo e espetáculo. Mas por detrás dessa vanguarda está a multidão daqueles que ocupam posições intermédias; até se chegar à situação normal, que é a dos que, se só vivessem das obras que criam, já tinham morrido... São os que têm de conciliar a criação intelectual com outras profissões: Fernando Pessoa era guarda-livros... Ou, se possível, recorrendo a atividades relacionadas: professores de música, arquivistas, criativos publicitários... William Faulkner foi produtor de argumentos para Hollywood, com o que aliás se deu muito mal.

Na realidade, a grande massa trabalha por amor à arte. O que ganha não compensa de modo algum o sacrifício da criação. No extremo, estão os que não ganham nada — os amadores à força ⁷.

A situação não é muito diferente no que respeita aos artistas intérpretes ou executantes. Mas aqui é amenizada ou disfarçada pela profissionalização, se se consegue ⁸. As grandes figuras mundiais, cantores, atores cinematográficos, estão nos cumes. Atrás deles, submergem as figuras medianas ou as de baixo escalão.

Definitivamente: não parece ter sido a emergência do Direito Autoral que resolveu a problemática da subsistência econômica, e conseqüentemente da autonomia, de criadores ou artistas.

2.2. Os direitos autorais têm por função assegurar essa independência econômica?

Mas a indagação deve descer a um nível mais profundo.

É função dos direitos autorais assegurar a independência econômica dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes? É algo que se afirma com frequência, para apoiar o reforço de proteção que se reclama sempre mais.

Um caso recente servir-nos-á de ilustração e ponto de partida.

Os Estados Unidos da América prolongaram recentemente por 20 anos os seus prazos de proteção de direitos autorais. Não é segredo por que o

⁷ E ainda mais no extremo, os que têm de pagar para que a obra seja difundida, como os que se empenham numa carreira universitária que exige publicações, perante as editoras que exigem que lhes paguem para publicar os seus trabalhos.

⁸ Fica-nos a dúvida: uma componente dum *ballet* clássico, que se sacrifica totalmente pela sua arte, o que ganhará no fim? O mesmo que uma dactilógrafa?

fizeram: os bonecos da Disney, que datavam do início do séc. XX, estavam para cair no domínio público. Ampliou-se o prazo de proteção para 95 anos.

Logo apareceu um comissário europeu a fazer um pungente discurso: os artistas não poderiam ser os parentes pobres do Direito Intelectual. E propôs a passagem do prazo de proteção, dos então 50 anos, para 95 anos, justamente. Argumentava com o aumento da duração da vida humana: este aumento impedia que os artistas que criavam na juventude fossem protegidos até ao final da vida.

A proposta foi imediatamente ampliada aos produtores de fonogramas, que receberiam assim gratuitamente um aumento de proteção de 45 anos, quando tinham contratado para 50.

Houve contestação e o aumento final previsto passou para os 70 anos⁹. É excelente para a indústria norte-americana, que prevalece na Europa. Mas o nosso fim não é discutir a providência em si, mas o argumento que foi utilizado: o aumento da duração média da vida humana.

Para este argumento ser procedente, teria de se pressupor como finalidade do direito autoral a proteção do autor ou artista como tal. O que é inteiramente falso. O objeto imediato de proteção do direito intelectual não é garantir o autor ou artista por toda a vida, é recompensá-lo pela obra ou prestação que foi realizada. Por isso, a atribuição mede-se pelo valor social desse contributo. O sujeito é remunerado pela obra ou prestação, mas não tem base para qualquer pretensão ou expectativa de uma garantia até ao fim da vida.

Dito por outras palavras, o direito autoral não tem função previdenciária. É completamente alheio às vicissitudes que o beneficiário tenha de afrontar de futuro. A isso ocorrem sistemas oficiais de segurança social, cooperativas, iniciativas de beneméritos como a instituição de casas de acolhimento... Mas o Direito Intelectual está fora dessa preocupação. Nem se compreendia que quem produziu uma só obra, mesmo a supor que de qualidade, passasse a ter jus a ficar garantido para o resto da vida. Seria desproporcionado.

Isso significa que a justificação do Direito Autoral tem seguramente de ser outra.

2.3. O intermediário “cultural”

Há que apresentar agora outro grande figurante no sistema: o intermediário cultural (abrangendo na expressão o empresário de espetáculos de

⁹ A consagração comunitária deste prazo está iminente.

divertimento ou lazer). É aquele que utiliza obras ou prestações para as lançar empresarialmente no mercado.

A sociedade atual não é mais compatível com o poeta que vagueava tocando a lira. É a sociedade de massas, que exige a estruturação empresarial até para chegar ao gozo individual de obras ou prestações. A empresarialidade é normalmente indispensável para atividades como cinema, televisão, edição de livros ou revistas ou de fonogramas, exposições de obras de artes plásticas, concertos ou espetáculos musicais...

Em si, os intermediários são utilizadores de direitos autorais. Em geral não são os titulares originários desses direitos, embora possam sê-lo: seja o caso dos produtores fonográficos e dos organismos de radiodifusão como titulares dos direitos conexos e ainda dos organizadores das obras coletivas. No exterior há outras modalidades, como o empresário das bases de dados no direito europeu ou o produtor cinematográfico norte-americano. As explicações técnicas da intervenção podem ser variadas, como em relação à obra coletiva. Autores e artistas têm todavia de recorrer a eles, concedendo-lhes as faculdades de utilização necessárias ou cedendo-lhes mesmo os respetivos direitos. O que permite verificar que o extremo empolamento dos direitos autorais como objeto de exploração vem a beneficiar em última análise as empresas que procedem à exploração econômica destes.

Mas com isto torna-se visível uma nova dependência, que substitui as dependências antigas. O empresário é a parte mais forte, à qual o “beneficiário” do direito intelectual se tem de submeter. Só as grandes figuras globais escapam a este fado. Também aqui teremos de concluir que se reforçam tanto a nível mundial os direitos dos autores, por pressão dos países mais desenvolvidos que invocam sempre a proteção dos autores e artistas — e afinal são as empresas de *copyright* as principais beneficiárias desse empolamento de proteção. Os “beneficiários” dos direitos autorais ficam afinal na dependência destas entidades, antes de mais da escolha ou aceitação da obra ou prestação como objeto de exploração por parte destas.

De novo surgem grandes desproporções entre os titulares de direitos autorais. Os *globais* mantêm um poder quase total de escolha: até podem constituir as suas próprias empresas para explorar diretamente as suas criações, como acontece com bandas musicais famosas. Segue-se uma grande escala descendente ininterrupta até se chegar aos autores e artistas que são destituídos de poder negocial e têm de aceitar tudo. Nesse caso há direito autoral, generosamente concedido dada a banalização que hoje o caracteriza, mas a pretensa independência financeira que outorgaria revela-se um logro.

Podemos dar o exemplo do contrato de edição livreira. Os autores dos livros mais vendidos são requestados. Mas numa escala descendente as re-

munerações, ao menos no Brasil, baixam rapidamente para níveis insignificantes: não têm qualquer proporção com o sacrifício que representa elaborar um livro. Os menos conhecidos têm de aceitar tudo: premidos muitas vezes não por necessidade econômica, pois essa deixa de ter qualquer significado perante o nível da remuneração, mas pelo dever de publicar que é imposto para efeitos de progressão na carreira, quiçá regulamentarmente. Ou são pagos só em exemplares. Ou não são pagos. Ou no limite, como dissemos, têm de pagar até ao editor para conseguir que as suas obras sejam publicadas.

2.4. A dependência do mercado

Na realidade, sobre todos paira uma dependência mais proteiforme, mas mais poderosa ainda: a dependência do mercado. É uma dependência subtil, mas a que poucos escapam, porque na sociedade em que vivemos o critério do êxito é dado pelo mercado.

A obra ou a prestação têm de agradar ao mercado. Este é uma categoria evanescente. Há uma filtragem não organizada nem criticável em si, que é a filtragem pelo público. Uma obra ou prestação cai ou não no agrado do público: há êxitos espantosos inesperados e há também o seu contrário. Podemos lamentar num ponto de vista crítico os gostos do mercado, mas são uma realidade com que há que contar. Neste sentido, o mercado impõe-se às próprias empresas de *copyright*, pois têm de ajustar a ele as suas opções, num exercício de racionalidade empresarial.

Mas a relação pode inverter-se. A escolha espontânea pelo mercado, sendo uma realidade a ter em conta, não é a única. Pelo contrário: na era da publicidade a imposição, muitas vezes subliminar, é mais eficaz que a escolha humana real.

No domínio ideológico prevalece o que interessa a um sistema, quer dê a face quer não. São muito importantes o que podemos chamar as “caixas de ressonância” de certas obras — uma agremiação secreta, um partido, uma linha suportada por opção geopolítica... Uma obra ou prestação alcança súbita auréola, mobilizando atenções, porque forças que nem se revelam prepararam nesse sentido o ouvido do público.

No campo das artes plásticas há a atividade dos *marchands*. As galerias ou as exposições anunciam o aparecimento de um gênio, passa a ser objeto de notícias e comentários laudatórios, os preços sobem em flecha... Mas se ele se rebela, assiste-se a uma igualmente rápida demolição: afinal está decadente, a produção atual já não tem valor — e os preços desabam tão rapidamente como subiram. Quem comprou fica com uma peça depreciada nas mãos. Logo é lançado outro nome em substituição e a história repete-se.

Não podemos passar em revista todos os meios de imposição de produtos no plano intelectual. Ou pela compra das empresas distribuidoras, que passam a trabalhar só com produtos de certa origem, ou pelo aluguer de espaços privilegiados nas livrarias, de modo que os recém-chegados logo os encontrem, ou pela publicidade oculta na televisão apresentada como notícia de obras novas — o mercado tem mil maneiras de se impor. Ou, se quisermos, invertendo a ordem: há muitas maneiras de impor produtos ao mercado.

2.5. A gestão coletiva

Continuando a pesquisar, revelam-se muitas dependências de tipo diferente. Vamos considerar a dependência dos criadores em relação à gestão coletiva dos direitos.

Em casos como o do contrato de edição, por exemplo, o autor tem a capacidade de celebrar por si os seus contratos, porque são poucos e individualmente controláveis. Mas já no domínio da canção nem os autores nem os intérpretes podem controlar individualmente as utilizações que se fazem, em clubes ou nos meios de comunicação de massa. Ainda que o pudessem fazer (o que poderá vir a ser possível com os meios digitais de gestão, uma das vertentes do chamado DRM, *digital rights management*) verifica-se que na grande maioria dos casos não têm aptidão para tal, porque uma coisa é a vocação literária, artística ou científica e outra o desembaraço negocial.

São forçados a recorrer nesses casos a entidades de gestão coletiva. Por isso, as entidades de gestão coletiva são indispensáveis no esquema do Direito Autoral, na sociedade de massas em que vivemos. E então surge uma nova dependência, em relação às entidades gestoras. Há mesmo a pressão para multiplicar os casos de gestão coletiva obrigatória.

Estas entidades autojustificam-se com frequência por via de uma descrição miserabilista da condição do autor ou artista. Mas também com frequência as entidades são ricas. É difícil o controlo das contas, que a legislação vigente descuida. Também são frequentemente opacos os critérios de repartição dos proventos conseguidos.

As dificuldades adensam-se quando se estabelecem “compensações equitativas”, no sentido de remunerações coletivas por certas atividades que são livres, mas para que a lei estabelece uma contrapartida ou compensação global. Em troca de uma abstrata liberdade de utilização é concedido ao titular um direito de remuneração, que não está todavia dependente de atos concretos de utilização realizados. É o que acontece por exemplo quando como compensação dada em contrapartida da liberdade de cópia privada se atribui aos titulares de direitos autorais a percepção de certa percentagem

sobre o preço dos equipamentos ou dos suportes de reprodução. O sistema está em discussão no Brasil. Mas depois de cobrada a percentagem, o que cabe afinal a cada autor? O risco de arbitrariedade é máximo, porque seria impraticável um sistema de registro de cada concreto ato de utilização¹⁰. A dependência econômica de autores ou outros beneficiários em relação à entidade de gestão torna-se máxima.

Ainda pior é o sistema de *cessão fiduciária* dos direitos dos autores, ou artistas, que é imposto pelas entidades de gestão coletiva de certos países. Para ser representado, o autor tem de ceder os seus direitos à entidade de gestão coletiva. É uma cessão fiduciária: o autor abre mão apenas para efeitos de gestão. Fora disso, mantém a titularidade. A gestão é (deve ser) feita no interesse do titular. Mas a realidade é que com isso o titular deixa de ter contato com o bem imaterial. O autor ou artista perde legitimação até para autorizar qualquer tipo de utilização gratuita: o ente de gestão tem o poder exclusivo de gerir. Mas tampouco este ente pode autorizar a utilização gratuita, porque atua no interesse do titular e não se presume que uma utilização gratuita seja do interesse deste. Isto mostra até que ponto o titular fica coarctado em relação à sua própria produção.

Esta subordinação ao ente de gestão, que amputa, ao menos em grande medida, a ligação do titular com o objeto do seu direito, é bem elucidativa da posição subordinada a que o autor ou artista vão sendo relegados. Felizmente, a cessão fiduciária não está prevista nem no Brasil nem em Portugal¹¹. Debate-se porém já uma gestão coletiva forçosa ou necessária, que representa o primeiro passo neste caminho.

Temos acentuado que com a mercantilização do direito de autor e a subordinação deste antes de mais à Organização Mundial do Comércio, no plano internacional, se dá a transformação do direito de autor em mercadoria. Pelo menos, dá-se uma mercantilização que atinge o direito de autor. O bem intelectual é regulado pelo prisma de mero objeto de negócios, pode ser transacionado, objeto de licenças, etc.

No que respeita à independência do autor e do artista intérprete e executante, há que reconhecer que o excesso de subordinação do titular ao ente de gestão não lhe deixa os melhores instrumentos para realizar e fruir com autonomia a criação.

¹⁰ Sobre o tema, veja-se o nosso *A proposta de reforma da lei da cópia privada* (no prelo); e no Brasil, *A proposta de introdução na Lei dos Direitos Autorais de uma compensação por reprografia*, in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 109, Nov/Dez 2010, 58-61.

¹¹ Mas também não está genericamente proibida, em ambos os países.

2.6. E há alternativas?

Que poderemos encontrar, como alternativa a esta situação de múltiplas dependências do autor e do artista?

Podem-se sugerir várias hipóteses. Logo à cabeça lembraríamos a intervenção pública, no exercício da função que constitucionalmente lhe cabe de fomento da Cultura.

Essa intervenção poderia realizar-se por diversos meios. Um, que logo viria à mente, seria o apoio direto aos criadores e artistas, através de bolsas e subsídios com o mesmo objetivo. Não é nada que não tenha sido lembrado e não se pratique, nomeadamente no apoio financeiro ao pesquisador e ao artista, abrindo-lhe uma carreira universitária ou um lançamento no meio cultural. É algo que deverá sempre existir, mas que está sujeito às endêmicas crises financeiras: estas afetam antes de mais as dotações no domínio da educação e da cultura.

Muitos outros meios de apoio existem, como os programas de intercâmbio de estudantes universitários com estudantes doutros países¹².

Mas há um perigo maior, de que devemos estar bem conscientes. A intervenção dos órgãos públicos pode representar a substituição duma dependência por outra dependência. É difícil conseguir uma real autonomia que evite que o auxílio traga mais ou menos acentuada a subordinação aos objetivos políticos ou ideológicos do Estado. Criará uma propensão para agradar nos temas escolhidos¹³, nos objetivos e nas conclusões. Na realidade, traz uma subordinação burocrática que não é preferível à de épocas anteriores — salvo na eventualidade, frequentemente ilusória, de um controlo democrático ou através da opinião pública.

Este risco não é de somenos. As formas de manietar a sociedade civil pelos órgãos administrativos renovam-se e aperfeiçoam-se incessantemente. Nos tempos atuais assistimos a uma intervenção direta destes órgãos, no desempenho de funções que deveriam caber a entidades dotadas de autonomia. Por exemplo, a atribuição (ou auto-atribuição) do encargo de ministrar Cursos e graus universitários. Mas sem a autonomia institucional, que a tradição atribui às universidades, resvala-se com facilidade para um controlo político.

Pior ainda: esse controlo pode encobrir o controlo por outras entidades que manipulam o Poder. Pode servir de correia de transmissão para o

¹² Que por vezes com dificuldade se distinguem do turismo universitário.

¹³ Quando não impostos.

domínio de outros interesses, particularmente de interesses econômicos, com sacrifício das finalidades coletivas que devem presidir a essas entidades.

Este resultado é ainda mais nocivo que a subordinação ao poder político, por si. Nas sociedades democráticas, as maiorias alternam-se: há sempre a esperança de uma correção posterior. Mas os interesses econômicos não se alternam, estão sempre presentes, apenas com variantes circunstanciais. São por isso muito mais permanentes que as dominações políticas.

Por isso é problemática a tão propugnada abertura da Universidade à indústria e à vida econômica em geral.

Podemos ilustrar com uma situação altamente relevante: a pesquisa farmacêutica. É cara, de resultados a longo prazo e em qualquer caso problemáticos. O Estado força então as universidades a recorrer ao apoio da indústria, quer através de subsídios quer de encomendas desta. Mas não se repara que o fenômeno tem uma consequência assustadora: daqui por diante, as universidades só farão pesquisas de medicamentos que interessem à indústria farmacêutica. Ficarão banidas as investigações que possam pôr em causa produtos que se encontram no mercado, o estudo e difusão de “eventos adversos” de ensaios clínicos e até a investigação de medicamentos que não tenham interesse comercial, como os destinados a doenças raras ou a doenças de países em desenvolvimento: esses nunca encontrarão patrocinadores.

Isto quer dizer que a alternativa a situações de dependência, através da intervenção do Estado, comporta grandes riscos. Não se vê que estejam sendo atalhados.

Em qualquer caso, partimos da indagação: o direito autoral é um instrumento apto a criar a suficiência financeira, que assegure a independência do criador intelectual? Fomos um pouco longe na pesquisa mas a conclusão não está em dúvida: não se pode esperar tal resultado do Direito Autoral. A independência do criador deve ser assegurada por outros meios, que estão em debate. Mas estes ultrapassam já as fronteiras do Direito Autoral.

3. O DIREITO DE AUTOR PODE REPRESENTAR OBSTÁCULO À CRIAÇÃO CULTURAL?

3.1. O conflito entre o direito autoral e o interesse público na liberdade de utilização

Na secção anterior perguntamos se o direito autoral pode ser aliado da liberdade de criação. Vimos que semelhante afirmação, se feita em absoluto, é falsa e que a essa liberdade continuam a erguer-se numerosos obstáculos.

Ocupa-nos agora a interrogação reversa: o direito autoral não é, ou não pode ser, adversário da liberdade de criação? Ou não poderá funcionar como tal? Ou pelo menos, chegar a um ponto que ponha em risco esta liberdade?

Temos de contrapor com crueza o Direito Autoral e o interesse público.

O exclusivo autoral tem constantemente de ser confrontado e conciliado com o interesse público. Isto significa simultaneamente que tem de ser moldado pelo interesse público.

O direito autoral tem no seu núcleo um exclusivo. Como dissemos já, um exclusivo atuado na vida de negócios configura-se como um monopólio. Com todos os inconvenientes de um monopólio: pelo ponto de vista económico é um monopólio como qualquer outro.

Todo o direito autoral cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Mas quanto mais se reforça o direito autoral mais se limita a normal liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internet, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular — por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez que permita subir os preços num próximo lançamento.

Tudo isto é anticultural. E a nocividade só se aquilata devidamente se lembrarmos que o Direito Autoral recai sobre os bens intelectuais atuais, não sobre os mais antigos, pois estes estão no domínio público. A consequência do exclusivo é então a de restringir o acesso e o consequente diálogo sobre estes bens culturais, quer dizer, o debate próprio justamente da nossa época, como aliás de cada época histórica. O “diálogo cultural” é um debate coletivo sobre os temas que marcam uma época, sem prejuízo de outros debates sobre temas de épocas anteriores que lhe dão como que o pano de fundo civilizacional. Mas a cultura sem o elemento de atualidade, indispensável para a autenticidade e a formação do legado próprio de cada época, fica estagnada.

De facto, se a sociedade não pode aceder e utilizar normalmente as obras próprias da sua época, a frente de batalha cultural é inoperante, porque desatualizada. A liberdade afunila perigosamente no que é histórico — o que, por definição, não é atual.

Mas o Direito de Autor, tal como hoje se apresenta, leva a extremos desta natureza. A começar pela duração. A lei estabelece um prazo normal de 70 anos pós-morte. Invoca-se para tanto a dignidade da criação e o interesse

dos criadores. Mas os criadores não têm nenhum interesse em semelhante prazo. Que interesse ou estímulo sente um autor por saber que mesmo após a sua morte o exclusivo virá a durar 70 anos? Que irá porventura beneficiar os pentanetos? Ninguém é impulsionado à criação para eventuais pentanetos.

O alongamento do exclusivo, que é feito invocando a proteção do autor, é um logro, porque não é o autor quem é beneficiado. Quem é beneficiado são as chamadas empresas de *copyright*, ou empresas culturais. Essas é que procuram o monopólio mais amplo possível. Pretendem tirar o máximo proveito de cada bem intelectual, sem nenhuma preocupação com o interesse social na liberdade dos bens intelectuais.

Com efeito, as grandes obras literárias ou artísticas, aquelas que sobrevivem ao tempo, que mantêm o interesse cultural e são susceptíveis de exploração econômica 70 anos após a morte do autor, não estão praticamente em todos os casos na titularidade dos seus criadores intelectuais ou de seus sucessores. Estão na titularidade das empresas de *copyright*. Pelo menos, estas adquiriram os direitos de exploração que lhes interessavam e exercem-nos efetivamente. São estas que querem sempre mais e mais acréscimo de proteção, na mira de a cada acréscimo ganharem um novo período “limpo” de exploração — quer dizer, sem estarem vinculadas a contraprestação. E o mesmo diremos, *mutatis mutandis*, dos direitos dos artistas.

Assim se chega até ao nível do desconexo. Diz-se que os direitos intelectuais dão um exclusivo “por tempo limitado”. É por tempo limitado um exclusivo que pode durar 150 anos ou mais, se o autor cria aos 20 anos, morre aos 90 (o que é cada vez mais frequente, dado o prolongamento da vida humana) e o exclusivo se mantém ainda até 70 anos depois da morte dele?

3.2. A conciliação de direito autoral e interesse público: os limites

O direito autoral tem justificação. Isso não está em causa. O que está em causa é a conciliação deste com o interesse público. Porque todo o instituto jurídico tem uma justificação de interesse público. Podemos falar da “função social”, que tão grande lugar ocupa na Constituição Federal.

O interesse público impõe-se constitucionalmente. Mas o direito de autor também é previsto e protegido pela Constituição. Pelo que se pode perguntar qual prevalece, afinal.

Mas assim apresentada a questão estaria falseada, ou pelo menos não deixaria lobrigar toda a verdade. Temos acentuado que, embora todos os institutos jurídicos tenham um fundamento de interesse público, não há que colocar a questão em termos de liquidação de uns direitos por outros. Há,

sim, que proceder à **conciliação**, satisfazendo na maior medida possível cada instituto, com o menor sacrifício dos direitos em confronto.

No domínio dos exclusivos autorais, a conciliação faz-se através dos **limites**.

Os limites não são *exceções*, contra o que se insinua em círculos interessados com o fim de justificar uma interpretação restritiva das normas que estabelecem estes limites. São trechos de regulação, tão normais como as regras atributivas de faculdades. Por isso, são objeto de interpretação comum, como quaisquer outras normas. E é do complexo de regras de atribuição e de regras que concedem faculdades ao público que resulta o conteúdo final de proteção de cada concreto direito autoral, no entrelaçar do positivo e do negativo.

Verificou-se porém por parte de certos círculos um combate feroz aos limites. Estabeleceu-se a tipicidade taxativa das regras limitativas. E estas foram reduzidas ao mínimo na lei atual, impiedosamente recortadas: “pequenos trechos” (art. 46 inc. II LDA), “passagens” (inc. III, para a citação), reprodução só de fragmentos de obras, salvo das artes plásticas (inc. VIII) e assim por diante.

A liberdade desejável não implica necessariamente gratuidade. Mas o diálogo social exige zonas de acesso sem barreiras. Seja o exemplo da citação. Esta tem de ser sempre livre, sem limites de custo ou de extensão, enquanto for verdadeiramente citação e não apropriação disfarçada de textos alheios. Muito ao contrário do que o art. 46 inc. III estabelece.

Há depois que estabelecer com equilíbrio (conciliadoramente) a lista dos limites adequados: os limites para o ensino, para a pesquisa científica e assim por diante. Sem o preconceito de o direito de autor ser um direito “absoluto”, porque erradamente se entendeu o “absoluto” como referindo um direito sem limites. Aqui, intervém o interesse público como diretriz hierarquicamente superior, que neste domínio não pode ser sacrificado. E intervém o direito à cultura, constitucionalmente protegido.

Não adianta alegar que o direito autoral é “propriedade”. Não o é, no sentido de um direito real específico; mas ainda que o fosse, a propriedade está também submetida à função social, que tanto se faz sentir neste domínio.

E mais errado ainda seria cair numa “soberania do autor”, brandindo o princípio (que lei nenhuma consagra) de que a utilização por outrem da obra, além das “exceções” legais, só seria possível com autorização do autor. Seria um caso único de “soberania” privada no Direito, que nada justifica.

Mas não há tal soberania, também porque os limites não são apenas aqueles que vêm tipificados na lei. Esses são os limites **intrínsecos**. Mas além destes há por natureza os limites **extrínsecos**. Resultam da inultrapassável conjugação dos institutos jurídicos entre si, porque isso é imposto pela própria natureza da ordem jurídica, como *ordem*: as várias partes carecem de se conjugar entre si, para se alcançarem as finalidades unitárias do Direito.

Os limites extrínsecos não dependem de previsão específica na lei dos direitos autorais: impõem-se por sua própria consagração positiva. A ordem jurídica, como ordem objetiva, consiste num conjunto ordenado de princípios e regras, de modo que cada parte se repercute sobre o todo e, reciprocamente, o todo influencia as partes componentes. Por isso, o complexo pode realizar funções que o não poderiam ser pelas partes, tomadas por si ¹⁴.

Assim acontece no ponto mais alto quando têm acolhimento constitucional. O direito de autor também o tem, mas a conciliação é indispensável. O Direito Autoral não escapa à necessidade de conjugação com os restantes institutos jurídicos. Nessa conjugação limita e é limitado: caso a caso há que demarcar o campo de atuação dos institutos em confronto e a solução conciliatória adequada. Deste confronto participam também as grandes liberdades fundamentais, como a de informação, ensino, acesso à Cultura... Já dissemos que são hierarquicamente superiores; isso não implica o aniquilamento do direito autoral, mas reflete-se no resultado da conciliação ¹⁵.

Entre estas liberdades está a liberdade de criação. Pode ser prejudicada por uma regulação unilateral de interesses como a que se pretende para o direito de autor. Então é que o direito de autor surge como obstáculo à liberdade de criação. Se corta ou restringe gravemente o acesso às fontes de criação cultural ou o aproveitamento destas, cria obstáculos injustificados perante a ordem jurídica global.

De fato, toda a criação se faz tendo como base as criações precedentes. Por isso, é possível aos conhecedores identificar pela análise de qualquer texto a época de que provêm: cada obra é também um produto da sua época.

¹⁴ Recorde-se o que dissemos sobre esta coexistência *supra*, n.ºs 1 e 2.

¹⁵ Veja-se neste sentido Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, n.º 65, que dá justamente como exemplo o conflito entre os direitos de autor (art. 42/2 da Constituição portuguesa) e o direito à fruição cultural (art. 78). O A. chama também a atenção para a hierarquia valorativa dos bens constitucionalmente protegidos, advertindo que esta não funciona autenticamente. A seguir (n.º 66) enuncia o princípio da preservação do conteúdo essencial de cada direito, inteiramente no sentido para que apontamos no texto. Não é uma posição isolada — veja-se por exemplo Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos e Constitucionales (Madrid), 2008, 125, que observa que a restrição não pode atingir o conteúdo essencial do direito e cita por sua vez Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*.

Tem pois de haver real possibilidade de acesso e utilização ao fundo cultural existente, sem o que a Cultura estiola.

Um autor alemão, Haimo Schack, disse lapidarmente que as grandes liberdades constitucionais de expressão, imprensa, criação artística e científica beneficiam muito particularmente os autores. “Eles não devem por isso, mediante o Direito de Autor, privar os outros do ar de que eles próprios carecem para respirar. O Direito de Autor visa promover o diálogo intelectual, e não impedi-lo”¹⁶.

3.3. O acesso à internete

A revolução informática trouxe para primeiro plano um aspecto da maior acuidade: o acesso aos conteúdos constantes da internete.

Cada vez mais a Cultura se baseia em produtos com suporte virtual, ou pelo menos digitalizáveis: e a internete torna-se a depositária mundial, cada vez mais próxima da exaustividade, desse acervo cultural.

Mas o acesso aos sítios da internete ou a utilização efetiva dos conteúdos podem ser vedados ou restringidos mediante os dispositivos tecnológicos de proteção. E estes passaram a ser protegidos da neutralização pelas próprias leis sobre Direito Autoral, como se essa proteção representasse também faculdade incluída no conteúdo dos direitos autorais.

Deixando de lado a qualificação técnica, observamos que em relação à liberdade de criação esse estado de coisas traz dois problemas maiores:

1. Permite que se estabeleçam condições de utilização muito gravosas, que põem em causa a utilização normal do fundo cultural.

Restringem fortemente a participação do criador na cultura atual. Dissemos que o criador precisa de estar a par do estado presente do debate intelectual e que a internete agrava aqui a situação, porque mesmo as obras que estão livremente disponíveis nas bibliotecas ou outros acervos tenderão a passar a estar só onerosamente disponíveis em rede.

2. O próprio acesso às obras no exercício dos limites permitidos pelas leis de Direito Autoral se torna problemático.

De fato, a lei estabelece limites aos direitos autorais no que respeita ao acesso e utilização de obras e prestações protegidas. E os limites são extensivos também às obras disponíveis em rede.

¹⁶ *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2.^a ed., Mohr Siebeck (Tubinga), 2001, n.º 482.

Mas afinal, as mesmas leis tendem a reduzir as utilizações livres quando se trata das obras na internet. Assim, na União Europeia, mais de metade das limitações genericamente previstas são suprimidas quando se trata de obras disponíveis em rede. **Até o direito de citação desaparece!**¹⁷

3. Em relação aos limites remanescentes deparamos com uma situação paradoxal, quando o sítio na internet está ao abrigo de um dispositivo tecnológico de proteção.

Dir-se-ia que o usuário poderia neutralizar esse dispositivo para exercer a faculdade que a lei lhe concede. Mas não é assim. O art. 107 II LDA “protege” esses dispositivos tecnológicos contra a neutralização, de qualquer forma, dos “sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia”. A violação acarreta a perda dos equipamentos utilizados e a sanção violentíssima do art. 103 § único, segundo o qual, não se conhecendo o número de exemplares da edição fraudulenta, “pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

Não se preveem meios que tragam uma superação adequada deste paradoxo: sabendo-se que o recurso a juízo, pelos custos e delongas, de nada serve. Atinge-se então deste modo a liberdade de criação num ponto vital, porque o que legalmente deveria ser de utilização livre para o criador passa a ser-lhe negado. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra o que se reconhece serem os limites mínimos estabelecidos em benefício do público.

Quer dizer: não só não se previram praticamente os limites reclamados pela especificidade do meio digital, como se restringiram gravemente deste modo os limites estabelecidos já para o meio analógico!

Há necessidade urgente de regulação desta matéria¹⁸. O público deve ter a disponibilidade das chaves que permitam o acesso e disfrute das obras e prestações em rede. Ou diretamente, nos casos em que assim se justifique, ou através de uma entidade administrativa a quem se outorgue competência para fixar *prima facie* a situação em cada caso. Sem prejuízo de meios judiciais céleres, que deem definitivamente a solução em caso de litígio.

A moral da história é estar-se a instituir a cultura do arame farpado, por força de disposições vesgas que se repercutem negativamente sobre a

¹⁷ Art. 6/4 da Diretriz n.º 01/29, de 22 de maio.

¹⁸ Para a situação em Portugal, veja-se o que dissemos especificamente sobre esta matéria no nosso referido *Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VIII, APDI/Coimbra Editora, 2009, 101-122. Sobre o conflito entre o direito ao exercício dos limites que parece derivar do carácter injuntivo destes (art. 75/5 CDADC) e a tutela dos dispositivos tecnológicos de protecção veja-se também o nosso *O Direito da Internet em Portugal e no Brasil* (no prelo), n.º 5.

liberdade de criação. Há que ultrapassá-las, pensando particularmente na necessidade de proteger os criadores sem meios financeiros ou em começo de carreira, uma vez que as imposições de pagamento de licenças (em matérias tão vitais que levam a própria lei a declará-las livres) são desmotivadoras e anticulturais, por obrigarem o pesquisador a partir do zero ¹⁹.

Por isso, assiste-se a uma migração significativa para fora do direito de autor. Os sectores mais ligados à criação cultural tendem a abandonar o recurso a proteção autoral. De muitas maneiras, como a iniciativa de disposição livre na internet dos resultados científicos ou pelo recurso a esquemas organizados — os chamados métodos colaborativos. Estes abrangem sistemas organizados, como os *creative commons* e o *copyleft* no que respeita à informática. Deixa-se livre o desenvolvimento das criações por outrem, mas com a reserva de que quem o fizer deve deixar igualmente livre a terceiros a utilização ulterior dos resultados a que chegar.

Os métodos colaborativos têm sido objeto de crítica cerrada de meios em geral ligados à gestão de direitos autorais — mas sem nenhuma base, porque estes métodos respeitam integralmente o direito de autor. Apenas reduzem o campo do negócio.

Em conclusão deste capítulo: o direito de autor, se exacerbado, funciona realmente como um entrave à liberdade de criação.

4. É COMPATÍVEL COM O DIREITO DE AUTOR PRIVILEGIAR A CRIAÇÃO DE MÉRITO?

4.1. A apreciação negativa da dignidade da proteção como obra

O Direito de Autor, como o conhecemos, nasceu imbuído de altas preocupações culturais. Teve na sua origem os “homens da pena” dos sécs. XVIII e XIX, que se defendiam a si mesmos mas defendiam também simultaneamente a cultura, porque o que tinham em vista era realmente a criação cultural.

A justificação pela cultura chegou até aos nossos dias. Mas a realidade mudou. A sociedade evoluiu para a cultura de massas, que é a do nosso tempo. E isso levou a uma banalização da obra protegida. O nível de criatividade reclamado é cada vez mais baixo, roçando o zero: leva a perguntar se ainda se requer criatividade ou se basta a originalidade. Quando não a mera novi-

¹⁹ Há ainda que advertir para os riscos da burocracia. Impressionou-me o relato de um notável pesquisador brasileiro numa sessão dedicada à matéria dos conhecimentos tradicionais. Ele renunciava a utilizá-los, tantos eram os empecilhos burocráticos que se lhe levantavam. Limitava a sua pesquisa a espécies ou efeitos até então desconhecidos — o que implicava decerto uma redução muito considerável do campo de pesquisa e dos resultados a que poderia levar.

dade, em aproximação do que acontece no Direito Industrial, pelo menos no sector dos sinais distintivos do comércio.

A metamorfose coincide com a mercantilização do domínio criativo. A entidade principal no Direito de Autor continua a ser apresentada como se fosse o criador intelectual, mas na realidade passou a ser a empresa de *copyright*. Para esta, tanto importa que a obra tenha mérito cultural como que não tenha: o que importa é que venda. Por isso, a exigência de criatividade ou valia cultural apresenta-se como um empecilho inútil. Os direitos valem apenas como mercadoria²⁰.

Como acontece nestes casos, logo apareceram os intelectuais de serviço a tudo justificar. Não haveria lugar para a apreciação do mérito, porque o Direito não terá que entrar no debate das escolas literárias ou artísticas. Dão-se definições espantosas, como “arte é aquilo que o artista diz que é”. No Brasil, apresenta-se o mérito como sendo *subjetivo*, o que me parece representar uma confusão entre subjetivo e valorativo.

Mas não é assim. O que importa não são as preferências estéticas ou idiosincrasias do juiz, mas o reconhecimento do que vai além do banal. E é mesmo indispensável fazê-lo, porque a natureza do direito autoral o exige.

O direito autoral outorga basicamente um exclusivo: penso que não é contestável. Ora, para se atribuir exclusivo, supõe-se necessariamente como objeto algo que distinga do banal.

Entre uma vez num gabinete dum governante. Deparo na parede com uma grande ardósia ou quadro preto, como os que se usam nas escolas. Fiquei surpreendido: para que queria ele aquele utensílio? Soube depois que não era: era um quadro, que continha os veios e tudo o que caracteriza as ardósias.

Não está em causa a apreciação do gosto do titular ou a crítica do movimento artístico em que a obra se enquadrava. Mas está, necessariamente, a apreciação das consequências para o Direito Autoral. Se admitirmos que se tratava de uma obra de arte, então seria automaticamente protegida por um exclusivo. Consequentemente, nenhuma escola primária ou qualquer outro estabelecimento poderia ter um quadro preto sem autorização do titular do exclusivo.

Isso é inadmissível em termos de Direito Autoral. Tem de haver um mínimo de controlo do objeto do direito, sem o que o direito de autor perderia a racionalidade.

²⁰ Por isso o Direito de Autor passa a estar submetido à Organização Mundial do Comércio, os direitos conexos tendem a receber a mesma proteção do direito de autor e assim por diante.

Este controlo cabe ao jurista e, como sempre, em última análise ao juiz. Não interessa a opinião pessoal deste, se é um artista ou se é opaco à arte. Tem de decidir um litígio sobre energia atômica, tal como tem de decidir litígios bolsísticos. Pois também tem de decidir se há em cada caso obra protegida ou não. Recorrerá à peritagem necessária, mas pelo menos tem uma orientação que o guiará: a exclusão do trivial.

Na nossa época, a alta cultura tende a ser hermética. A cultura passou a ser para iniciados: aprecia-se se corresponde a uma pauta que uma escola aceita, mas odeia-se se pertence a escola diferente. Isso é indiferente para o juiz. A apreciação deste situa-se num plano diferente, com base num critério essencialmente negativo: tem sentido atribuir um exclusivo à produção que lhe é apresentada, vinculando a sociedade a um exclusivo que cerceia manifestações normais da vida comum? Não pode ser esse o sentido do Direito Autoral, designadamente num tempo como o nosso em que todo o direito é subordinado à função social desempenhada. O juiz deve concluir que a “obra” não é protegida, seja qual for o louvor que suscite dos praticantes ou especialistas no sector.

Este é o primeiro afloramento da relevância de uma apreciação substantiva sobre a valia ou idoneidade de proteção pelo direito de autor de uma produção.

4.2. A apreciação positiva da obra de mérito

Mas há ainda outro plano, em que a apreciação do mérito é ainda mais nítida: é o plano da proteção privilegiada da obra de mérito em relação à obra comum. Devemos colocar esta matéria à luz da proteção constitucional da cultura e conseqüentemente da criação cultural.

Partimos de uma distinção básica no que respeita ao aproveitamento de obra alheia: uma coisa é o aproveitamento repetitivo ou parasitário, que não merece defesa nenhuma porque em nada beneficia a cultura da comunidade, outra a utilização de obra alheia como ponto de partida para autêntica criação cultural. Está em causa essencialmente o que se chama a “transformação criativa”.

O ponto carece de ser aprofundado, porque há reais dificuldades nos contornos. Começa por não haver nenhuma previsão direta na lei. E aqui o Direito de Autor parte atrasado em relação ao Direito Industrial²¹. Neste, o art. 70 da Lei n.º 9279, de 14 de Maio de 1996, prevê a licença compulsória para obtenção de uma patente dependente que constitua substancial progresso técnico em relação à patente anterior. O beneficiário utiliza assim a

²¹ A chamada Propriedade Industrial.

patente existente e vai além dela. Deste modo se evita que a patente outorgada constitua um travão absoluto ao progresso técnico.

No Direito Autoral não se encontra diretamente nada de semelhante. Mas há a mesma necessidade de não impedir o progresso cultural através do direito de autor: sabendo-se que a cultura é diálogo através de fontes comuns e que a história nos ensina que grandes obras foram feitas tendo como ponto de partida criações alheias.

Procuremos nas leis pontos de apoio. Antes de mais, nas paráfrases e paródias.

Estas vêm previstas na LDA no Capítulo das limitações ao direito de autor, mas são separadas dos limites gerais e reguladas numa disposição própria, o art. 47. Aí se declara que *são livres*, desde que não sejam verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Tirando este último limite, que não provém do Direito Autoral, só se exige que não sejam *verdadeiras reproduções*... O *verdadeiras* não quer dizer reproduções literais (cópias), mas sim que não sejam verdadeiramente reproduções, isto é, cópias disfarçadas. Ora, a paráfrase ou paródia implica necessariamente utilização de obra alheia, embora se caracterize pelo chamado tratamento antitético do tema. Nestes limites, o art. 47 declara categoricamente: “São livres...”. Repare-se na força da expressão, que não encontra correspondente nas outras limitações.

Temos portanto aqui cabalmente autorizada uma utilização de obra alheia, mas porque serve de inspiração ou base para um ato autêntico de criação.

Isto nos dá fundamento para a “transformação criativa” em geral. Seja ou não verdadeira transformação ou antes obra nova, o que há sempre é uma criação genuína, feita a partir da criação antecedente. Então, a obra anterior é base e ocasião de um novo avanço criativo.

Na realidade, o que há é a manifestação do que sempre se encontrou na história, pois as linhas culturais são coletivamente prosseguidas. Assim aconteceu até tempos muito próximos. Não se compreenderia que, surgido o Direito Autoral como o manifesto da proteção da Cultura, se viesse afinal a estancar este manancial, este diálogo frutuoso no campo da Cultura. O tema

foi recentemente tratado por Manoel Pereira dos Santos, em *Direito de Autor e Liberdade de Expressão* ²².

Temos uma manifestação recente que me parece muito elucidativa. O dramaturgo alemão Heiner Müller produziu uma obra em que aproveita vastamente trechos de duas obras de Bertold Brecht. Foi por isso condenado nas instâncias. Mas o processo subiu ao BGH, supremo tribunal federal, que lhe deu razão. Fê-lo com base no direito de citação, de que se faz uma utilização muito alargada na Alemanha. A citação não serviria só para ilustrar as posições de um autor: pode ser ela própria um meio de expressão artística ²³.

Embora o Acórdão tenha recorrido à citação, o que não cremos que corresponda ao nosso Direito, pensamos que a decisão final está correta e representa um marco, dada a alta qualidade do Tribunal e da ordem jurídica em que se integra. Por isso é muito importante a formulação justificativa que exprime: “Os interesses econômicos dos titulares deveriam ceder perante a liberdade de expressão artística, garantida pela Constituição”.

O que está em causa é pois a solução de um conflito de direitos. Verifica-se que quando é mais intensa a necessidade de preservar a criação intelectual, esta prevalece sobre o exclusivo geral outorgado pelo direito de autor.

Neste conflito, em que atendemos particularmente à liberdade de criação perante o direito de autor, podemos falar como que de uma escala móvel.

São diretamente proporcionais o lídimo nível criativo duma obra e a liberdade de aproveitamento de obras preexistentes. Às criações de alto nível são permitidas liberdades que se não estendem à obra comum, mesmo que não faça apropriação fraudulenta.

No patamar mais baixo da escala está a obra banal, à qual não é permitida liberdade nenhuma de aproveitamento ²⁴.

²² Conhecemos o texto por gentileza do autor. Sairá em breve na coletânea *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. O estudo desenvolve particularmente a matéria das transformações criativas. Um pouco mais antigo mas igualmente recente é o estudo de Guilherme Carboni, *Conflitos entre direitos de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*, na Rev. da ABPI, n.º 85, Nov-Dez 2006, 38, que se posiciona perante os vários conflitos com o direito de autor que se suscitam a nível constitucional, defendendo critérios que tenham em vista o interesse público.

²³ Veja-se uma referência maior a este caso no nosso *Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VIII, APDI / Coimbra Editora, 2009, 101-122, n.º 10.

²⁴ Salvo sempre a citação, que não é transformação criativa.

5. CONCLUSÃO

Muito brevemente, o que resultou deste confronto do Direito de Autor com a liberdade de criação?

Diremos que resultou a indispensabilidade de nos dirigirmos para um direito de autor valorativo contrariando a banalização da obra-objeto a subordinação ao mercantilismo que transforma os próprios direitos em bens transacionáveis a prioridade dada aos interesses empresariais a instrumentalização pelos países grandes exportadores de bens e direitos “culturais”.

Isto num tempo em que a globalização faz erguer o espetro da uniformização e com isso a subordinação cultural aos países dominantes que são a sede das grandes multinacionais do *copyright*.

É urgente procurar uma reconciliação entre direito de autor e Cultura antes de mais intelectual que tire as devidas consequências da relevância que a Constituição atribui à criação cultural.