

PREFÁCIO

A revista lança agora o seu nono número virtual, o volume XI, número 1. Em pouco mais de três anos desde sua digitalização, a *Cadernos* manteve a trajetória de publicar com periodicidade e respeitando as rigorosas exigências da dupla avaliação cega, envolvendo centenas de pesquisadores de todo o país. Nesse número não foi diferente, novamente foram submetidos dezenas de artigos e, após o auxílio de nossos avaliadores, estão sendo trazidos agora os mais bem avaliados. A capacidade de continuar publicando no mesmo ritmo e com o mesmo método mostra o comprometimento do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS com a produção científica e o respeito aos autores que buscam o periódico como seu meio de divulgação e acesso aos seus pensamentos. Ademais, a revista tem sido acessada com frequência de acordo com os dados da versão digital.

As estatísticas do SEER mostram que alguns artigos superaram a marca dos dois mil acessos e que praticamente todos têm ao menos uma ou duas centenas de visualizações desde sua publicação. A produção veiculada é visível e tem sido utilizada pela comunidade. É uma satisfação saber que a revista tem alcançado esse patamar de impacto. O número de visualizações é um dos incentivos à publicação e um sinal positivo sobre seu alcance.

Nesse primeiro semestre de 2016, a principal notícia para a revista foi a inclusão em um dos grandes indexadores mundiais, a *International Scientific Indexing* (ISI). A revista já estava listada em dezenas de organizações semelhantes, contando até mesmo com seus artigos apresentados individualmente e por autor nos principais sites de busca, mas a indexação no ISI demonstra que os métodos aplicados à revista foram consistentes o bastante para passar pelo estudo criterioso de uma das três maiores indexadoras do mundo. Isso habilita a revista a se candidatar em editais nacionais e é um fato importante simbolicamente, um reconhecimento à publicação.

Nesse número, foram convidados os professores Vladimir Oliveira da Silveira e Samyra Napolini Sanches, em artigo recebido ainda em janeiro de 2016 e publicado agora, sobre a apreciação nacional dos Direitos Humanos nos julgamentos da Corte Europeia; o artigo traduzido por Rodrigo Garcia Cadore do professor alemão Philipp Reimer, recebido recentemente pela revista, sobre a atualidade da teoria do Estado de Kelsen em face das alterações pela qual o Estado tem passado e o texto do professor da Universidad de los Andes, Diego López Medina, traduzido por Matheus Rocha e Alfredo de J. Flores, no qual é feita uma reconstrução do desenvolvimento da teoria do Direito na América Latina.

Dos números publicados pelo edital, sempre respondendo por ao menos 75% das publicações da revista, recebemos novamente professores de diversos estados e sobre variados temas. Foram tratados assuntos de grande atualidade, como temas a pirataria marítima, a questão da privacidade na internet envolvendo Edward Snowden e as agências de segurança dos Estados Unidos e a legalidade de serviços privados de transporte prestadas pelo aplicativo UBER. Artigos sobre esses assuntos mostram o diálogo com os acontecimentos mais relevantes da sociedade brasileira e internacional.



Diversos outros artigos foram recebidos, tratando de temas em outras áreas: História do Direito, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito do Estado, Direito Civil, Filosofia do Direito e Bioética. São produções em temas bem estabelecidos e relevantes, que merecem ser veiculados para manter e ampliar as discussões existentes. São trabalhos de professores especialistas, com condições de contribuir em suas áreas e de mostrar o atual estágio de discussão sobre seus assuntos.

Por tudo, esperamos ter concluído mais um número com êxito e contribuir com discussões acadêmicas de bom nível. Um dos objetivos maiores da revista é chegar nesses momentos de publicação com um conjunto capaz de tornar mais profundo o diálogo em cada área, e em um ambiente de seriedade na seleção dos artigos a serem publicados. Esperamos que os leitores possam concordar com os resultados dessas atenções e fiquem satisfeitos com as produções trazidas na revista. Desejamos uma boa leitura.

Porto Alegre, 01 de agosto de 2016.

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Editor-chefe

Profa. Dra. Claudia Lima Marques
Coordenadora PPGDir – UFRGS
Editora-chefe Substituta

Doutorando Gustavo Castagna Machado
Doutorando Kenny Sontag
Doutoranda Mariana Kuhn de Oliveira
Doutorando Wagner Silveira Feloniuk
Mestrando Vicente de Azevedo Bastian Cortese
Editores-colaboradores

2

POR QUE FALAR DE UMA “TEORIA IMPURA DO DIREITO” PARA A AMÉRICA LATINA?*

¿POR QUÉ HABLAR DE UNA “TEORÍA IMPURA DEL DERECHO” PARA AMÉRICA LATINA?

WHY TALK ABOUT A “IMPURE THEORY OF LAW” TO LATIN AMERICA?

Diego E. López Medina**

RESUMO: Teoria impura do direito é o título de um texto que publiquei no ano de 2004, no qual pretendi fazer uma reconstrução cultural do desenvolvimento da teoria do direito na América Latina, com particular ênfase no caso colombiano. A “impureza” proposta não provém de reserva alguma que o autor possa ter frente o ideal de “pureza” metodológica e científica como propusera Hans Kelsen ao fazer no século passado sua brilhante reconstrução do positivismo jurídico europeu. A impureza reside em outra parte: a reconstrução cultural da teoria do direito na América Latina que proponho pretende mostrar, por exemplo, em que períodos e por que razões o sincretismo metodológico que aborrecia Kelsen se converteu efetivamente em parte fundamental de entender e fazer direito na região e, logo, quais foram as razões que levaram a estas mesmas teorias ao declínio gradual. No presente texto examinarei somente alguns dos aspectos mais gerais da constituição da “teoria do direito” como disciplina geral e transnacional. De particular interesse será a inserção lenta e conflitiva, na dita “teoria do direito”, dos discursos locais produzidos na América Latina que buscam explicar as dinâmicas teóricas subjacentes aos diversos direitos nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Metodologia científica do direito. Cultura jurídica latino-americana.

SUMÁRIO: Introdução: Plano da Exposição. 1 O Giro para uma nova Teoria do Direito e um novo Constitucionalismo na América Latina. 2 O Significado da obra de H. L. A. Hart em dois mundos diversos. 3 A Teoria do Direito como campo Transnacional. 4 Produção, Recepção e Circulação de Teorias do Direito. 5 Originalidade, Influência, Cópia e Transmutação na Teoria do Direito. 6 Cartografias Eurocêntricas da Jusfilosofia Latino-Americana. 7 A Maneira de Conclusão: A Cópia como Espaço de Criatividade. Referências.

ABSTRACT: *Impure theory of law is the title of a text I have published in 2004, in which I intended to make a cultural reconstruction of the theory of law development in Latin American with emphasis on the Colombian case. The proposed “impurity” doesn’t come from any caution this author might have of the ideal of methodological and scientific “purity” as have proposed Hans Kelsen when he made his brilliant reconstruction of the European legal positivism in the last century. The impurity comes from another part: the cultural reconstruction of the theory of law I propose intend to show, for example, in which periods and for what reasons the methodologic syncretism that bothered Kelsen turned out to be a fundamental part to understand and make law in the region and, then, what were the reasons that made these same theories to face a gradual decline. On the present text I will examine only a few and more general aspects of the “theory of law” construction as a general and transactional area. One particular interest will be the slow and conflictive insertion, in this called “theory of law”, of the local discourses produced in Latin America that try to explain the subjacent theoretical dynamics to the many national authors.*

KEYWORDS: *Theory of Law. Legal Methodology. Latin American Legal Culture.*

* Publicação original: LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 37-90. Tradução de Matheus Neres da Rocha (PPGDir-UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (PPGDir-UFRGS).

** SJD e LLM (Harvard University, EUA), advogado e filósofo (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), professor da *Universidad de los Andes* e da *Universidad Nacional de Colombia*. O autor agradece imensamente ao professor Daniel Bonilla pelos comentários ao presente texto.

INTRODUÇÃO: PLANO DA EXPOSIÇÃO

Teoria impura do direito é o título de um texto que publiquei no ano de 2004¹, no qual pretendi fazer uma reconstrução cultural do desenvolvimento da teoria do direito na América Latina, com particular ênfase no caso colombiano. A “impureza” da proposta não provém de reserva alguma que o autor possa ter frente o ideal de “pureza” metodológica e científica pelo que propugnara Hans Kelsen ao fazer no século passado sua brilhante reconstrução do positivismo jurídico europeu. Os contornos fundamentais desta reconstrução já estavam bem consolidados na obra de Kelsen antes do começo da Segunda Guerra Mundial². Com o tempo, dita teoria chegaria a exercer, especialmente na América Latina, uma influência decisiva na forma como os advogados, juízes e professores de direito entendiam sua disciplina. A “impureza” de minha proposta não consiste, portanto, em que os latino-americanos façamos uma teoria do direito contra Kelsen, por exemplo, (i) a partir de sincretismos metodológicos ou (ii) a partir de esforços por coadunar reclamos morais – embasados no conceito de justiça – e estritamente jurídicos.

A impureza se radica em outra parte: a reconstrução cultural proposta da teoria do direito na América Latina pretende mostrar, por exemplo, em que períodos e por que razões o sincretismo metodológico que aborrecia a Kelsen se converteu efetivamente em parte fundamental de entender e fazer direito na região; e, logo, quais foram as razões que levaram a estas mesmas teorias ao seu declínio gradual. Resulta evidente do que já se mencionou que a teoria impura do direito não pretende opor-se ou refutar a correção normativa da teoria kelseniana. Se a “impureza” de minha proposta não consiste em dita refutação, qual é, pois, seu significado?

O presente ensaio busca responder a esta pergunta. Nele, tão somente exporei o marco geral de uma aproximação à história cultural da teoria jurídica latino-americana que, por seu valor, deve validar-se em seus resultados concretos: isto é, deve contribuir para reconstruir adequadamente o papel que o positivismo teve na América Latina, sua paradoxal e próxima conexão com a Jurisprudência dos conceitos e, finalmente, as resistências – antigas e novas – que estas ideias tiveram na região desde diferentes desafios antiformalistas que se lhes foram lançados.³ No que se

¹ LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

² Estes elementos já se encontram na primeira edição de sua *Teoria Pura do Direito*, publicada originalmente na Alemanha (e na Áustria – *nota da tradução*) no ano de 1934 e traduzida para o espanhol no ano de 1941 por Jorge G. Tejerina (Editorial Losada de Buenos Aires).

³ Esta oração resume hermeticamente o conteúdo dos capítulos 3, 4, 5 e 6 do meu livro. No capítulo 3 narro a formação do que denomino “a consciência jurídica clássica” a partir da recepção conjunta do ideal francês de legalidade e do

segue, não falarei dos períodos e escolas que, creio, foram fundamentais nesta reconstrução cultural da teoria jurídica local. No entanto, acredito que aí reside, em última instância, o valor que esta proposta possa ter. Esta reconstrução cultural concreta parte de um esforço preliminar por reposicionar a teoria local do direito na América Latina frente às pretensões da jurisprudência geral que se segue exportando, desde os diversos *powerhouses* contemporâneos que a disciplina tem.

No presente texto examinarei somente alguns dos aspectos mais gerais da constituição da “teoria do direito” como disciplina geral e transnacional. De particular interesse será a inserção lenta e conflitiva, na dita “teoria do direito”, dos discursos locais produzidos na América Latina que buscam explicar as dinâmicas teóricas subjacentes aos diversos direitos nacionais. Para alcançar este fim, proponho o seguinte caminho: primeiramente, convidarei o leitor a me acompanhar ao longo de algumas páginas de história pessoal, nas quais retomo o processo de investigação e escrita de uma tese de teoria do direito no marco institucional de uma universidade prestigiada do “norte”. Neste relato pessoal, busco trazer à luz as exigências e limites que a “teoria do direito” impunha sobre o primitivo material de meus próprios desejos e propósitos expositivos. Estes desejos e propósitos partiam da necessidade de explicar o “giro hermenêutico” que se estava dando na América Latina a propósito da recepção conjunta dos novos textos constitucionais e novas teorias do direito que deslocavam de maneira muito forte a compreensão tradicional da prática jurídica (seção 1). Também ali se mostrará como as estruturas e expectativas convencionais da “teoria geral do direito” terminavam por reduzir muito severamente as possibilidades de investigação e escrita que um discípulo latino-americano considerava adequadas para descrever *corretamente* o entorno teórico no qual se praticava e entendia o direito local. Para explicar esta situação, narrarei as posições divergentes que ocupava o trabalho de H. L. A. Hart na estrutura do discurso teórico jurídico dos Estados Unidos, por um lado, e da Colômbia, por outro. Estas divergências autorizam a falar do desempenho e significado da teoria de Hart em “dois mundos” diferentes. A interpretação estrutural comum do trabalho de Hart no norte impõe severas restrições a uma narração adequada desde o posto de vista local. Estas restrições provêm parcialmente da forma com que se estruturam os canais de circulação pelos quais flui a “teoria transnacional do direito” (seção 3). Por essa razão,

conceitualismo e dogmatismo próprios da ciência jurídica alemã do século XIX. Essas escolas eram originalmente incompatíveis entre si, porém na América Latina terminaram formando uma surpreendente associação a partir da qual se constrói a versão dominante da teoria do direito que se pratica na região. O capítulo 4 expõe a crítica radical que recebeu a teoria clássica na primeira metade do século XX e que revolucionou fortemente a compreensão do direito no caminho para uma compreensão sociológica e social do mesmo. O capítulo 5 narra o impacto neopositivista da recepção da teoria pura do direito de Hans Kelsen na região. O capítulo 6, por fim, examina as maneiras com que a teoria contemporânea do direito e a constitucionalização do mesmo têm desafiado tanto o classicismo como o neopositivismo de cunho kelseniano.

farei uma breve referência à produção, recepção e circulação das teorias do direito. Nela introduzirei os conceitos “local de produção” e “local de recepção” e tratarei de descrever as relações gerais que se dão entre as *powerhouses* da disciplina e as conexões menos prestigiosas que se dedicam ao mesmo tema, por exemplo, no sul latino-americano (seção 4). É comum que, entre as tarefas próprias do direito comparado, os advogados se ocupem do “transplante” de normas; menos comum é, porém, que se faça uma reflexão atenta sobre a questão dos “transplantes” da teoria jurídica e as adaptações locais que nos ditos corpos teóricos são geradas quando começam a “funcionar” em novos contextos. A questão da “recepção” da teoria foi suspeitosamente deslocada do centro de atenção: o esforço hermenêutico por entender plenamente a teoria do direito produzida em outras partes impediu de ver como dita teoria foi implantada e como tem funcionado em concreto nos direitos receptores. Tal funcionamento é sempre uma “cópia” transformada do original, por maiores esforços que se façam em alcançar uma perfeita “assimilação” do geral ao local. Por esta razão dedicarei a seção 5 do presente texto a examinar o trauma que na teoria local do direito ocasionam as relações entre originalidade, influência, cópia e transmutação de teorias. Para ilustrar este ponto com maior clareza, mostrarei uma típica apresentação jusfilosófica latino-americana desde o norte a partir da reconstrução que da mesma fizera Joseph Kunz (seção 6). O objetivo final destes argumentos é ter uma nova visão das relações estruturais entre teoria geral e teoria local do direito, de maneira tal que se destinem recursos a explicar como funciona o direito localmente, como se estrutura uma consciência jurídica local, qual foi o papel que desempenhou nisso os corpos teóricos dominantes provenientes das *powerhouses* da disciplina e como, finalmente, tais teorias têm interagido e se transformado na história e experiência locais do direito (seção 7).

Antes de começar, no entanto, é importante dizer uma palavra sobre a origem do presente texto. Aqui se reiteram, em termos gerais, as teses que exponho no primeiro capítulo de *Teoria impura do direito*. Isso é assim porque se trata de um texto recente e acerca do qual não tenho ainda, no dia de hoje, a distância suficiente que me permitiria fazer variações fundamentais no argumento. O curto tempo que leva publicado o livro seguramente não corrigiu seus erros, que intuo que sejam muitos; infelizmente esse mesmo curto tempo tampouco me permitiu vê-los com maior clareza. Insisto nos argumentos que apresento, por outro lado, e que não se trate como vã obstinação. Os comentaristas do presente livro saberão fazê-lo com toda clareza***.

*** Nota de tradução – o presente texto é capítulo de livro em sua versão original em língua espanhola, tendo conexão com outros textos no livro coletivo, tanto do próprio autor como de outros autores.

1 O GIRO PARA UMA NOVA TEORIA DO DIREITO E UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Como estudante, primeiro, e em seguida como professor interessado nos campos da filosofia e da teoria do direito, como muitos outros membros de minha geração com interesses similares, acabei lendo livros e artigos escritos por aqueles que, de maneira geral, poderíamos descrever como “teóricos do direito”. Entre os mais recentes, por exemplo, pode-se mencionar os nomes canônicos de “grandes pensadores”⁴ nesta área: Hans Kelsen, Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy ou Jürgen Habermas. As obras destes autores canônicos, por outra parte, estavam acompanhadas de uma muito abundante literatura secundária que explorava, expandia ou contestava algumas das teses por eles expostas.

A literatura primária e secundária dedicada a refletir sobre a filosofia ou teoria do direito já é bastante grande (mesmo que esta tendência não dê sinais de parar) e se poderia, com toda facilidade, passar-se a vida inteira tratando apenas de permanecer atualizado. Nessa vasta literatura, contudo, havia coisas que me chamavam a atenção com especial força, enquanto que outras me pareciam já obsoletas. Advindo, como sou, de um país latino-americano, e educado entre 1987 e 1991 em uma faculdade de direito de cunho mais tradicionalista, o novo ambiente cultural que parecia estar impondo-se então – ambiente que ainda hoje, no começo do século XXI, o leitor reconhecerá parcialmente como a teoria jurídica ainda “em voga” – alentava uma atenção renovada para alguns aspectos específicos da teoria jurídica contemporânea, a saber, aqueles que pareciam se concentrar em como deveria ser “interpretado” o direito e quais eram os protocolos nos quais se “argumentava” no interior do mesmo. Em termos gerais, pode-se dizer que a nova concepção da interpretação jurídica reconhecia, primeiramente, que os textos das leis ou dos códigos não eram tão claros e categóricos como a teoria tradicional da interpretação parecia crer. Como consequência dessa redescoberta “textura aberta” dos textos, insistia-se no papel ativo do operador jurídico na interpretação da lei e na produção de mudança social. O “lugar” privilegiado de que se extraíam estes textos, ademais, havia sido realocado: esta nova visão argumentativa e interpretativa se articulava a partir da utilização normativa direta da Constituição Política do Estado como

⁴ Em sua descrição detalhada da formação de redes intelectuais, Randall Collins identificou diferentes posições estruturais: em primeiro lugar, estão as “celebridades intelectuais” (também chamados “grandes pensadores” ou “filósofos maiores”); em segundo lugar, estão os “filósofos secundários”; e, por terceiro, os “pensadores menores”. Filósofos “secundários” e “menores” se localizam dentro da rede como replicadores do líder intelectual do qual dependem. A esse respeito, ver: COLLINS, R. *The Sociology of Philosophies. A Global Theory of Intellectual Change*. Boston: Belknap-Harvard, 2000, p. 57 et seq.

documento em que se expressavam com maior força os fins e propósitos políticos e morais dos direitos concretos concedidos aos cidadãos nos pronunciamentos legislativos ordinários que integram a grande massa dos sistemas jurídico⁵.

Dentro desta reconsideração, a “interpretação jurídica”, como um subcampo do universo da teoria do direito parecia oferecer uma visão alternativa, talvez mais aberta e flexível, que remediava ao menos em parte uma sensação difusa, porém crescente de mal-estar e inconformidade – na verdade, uma reação – contra as formas dominantes de ensinar e analisar o direito em que estávamos sendo socializados. O ensino dominante, contra o qual nos rebelávamos, destacava num nível básico o papel da memorização das regras contidas nas leis e nos códigos como passo indispensável para recordá-las e, assim, mostrar a devida fidelidade. A fidelidade à lei – tecnicamente articulada como “princípio da legalidade”⁶ – deveria servir como método de controle social que partia da memória e de leituras textualistas das normas, para continuar um trajeto em que prevaleciam, uma a uma, as técnicas formalistas do direito. O resultado final era uma mescla de memorização de regras, execução de pretensas demonstrações lógicas de conclusões jurídicas, crença acrítica em respostas únicas e corretas, tudo isso num ambiente de rigidez e hierarquização pedagógica, social e pessoal que tendia a reforçar a aparência de rigor, cientificidade e neutralidade do campo jurídico.

A nova ênfase na teoria da interpretação e da argumentação jurídica parecia servir como mecanismo geral de inoculação contra os excessos desse formalismo dominante. Desde este novo ponto de vista, a memorização cedia espaço à argumentação, começava-se a desconfiar da infalibilidade da dedução lógica e se afirmava, em seu lugar, a natureza dialética, problemática, não apodíctica do direito;⁷ de forma correlacionada, problematizava-se seriamente a existência de respostas únicas e corretas no direito. Minha visão do papel renovador da teoria do direito e dos usos que tinham em minha consciência – e na de alguns de meus colegas e pares⁸ – os autores já

⁵ Aqui se caracteriza, *grosso modo*, o estilo da época, o qual imagino que o leitor reconheça com relativa facilidade. Neste ponto do argumento, pretendo apresentar um esboço bastante amplo deste estilo teórico, o que tornaria muito difícil oferecer justificativa detalhada de cada um dos contornos da descrição. Mais adiante ofereço uma bibliografia geral na qual se encontram exemplos das características teóricas que menciono no texto. Não afirmo, por outro lado, que esta caracterização teórica seja perfeitamente adequada para todos os autores, a partir dos quais descrevo a nova sensibilidade em teoria do direito.

⁶ O “princípio da legalidade” é a forma particular que tem assumido, tradicionalmente, na cultura euro-latino-americana, a aspiração política por possuir um “estado de direito” em que governam “leis” e não “homens”.

⁷ Neste ponto insistem Chaïm Perelman e Lucie Obrechts-Tyteca (PERELMAN, C.; OBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1989).

⁸ É difícil fazer a caracterização intelectual de uma época. Se, em todo caso, obrigado a fazê-lo, creio que o ambiente que descrevo no texto resume as linhas gerais em que se movem os seguintes trabalhos de importantes juristas

mencionados se explicavam por razões *situacionais e contextuais* específicas que eu não percebi no começo, mas que agora me parece fundamental descrever com maior atenção.

Em primeiro lugar, parece agora claro que durante meus anos de formação numa faculdade de direito tradicional, o *vanguardismo* teórico estava constituído por autores e comentaristas que adotavam, dizendo de uma maneira ampla, um enfoque linguístico ou hermenêutico da teoria jurídica.⁹ Em todo esse material, a palavra “interpretação” aparecia como a chave com a qual

colombianos. Estes trabalhos são exemplo da recepção, usos e limites, na Colômbia, do novo direito constitucional, do crescente poder da interpretação jurídica e da influência da jurisprudência anglo-saxônica na América Latina. Sem pretender ser exaustivo, ver: AA.VV. *Observatorio de Justicia Constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998; AA.VV. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999; APONTE, Alejandro. La tutela contra sentencias: el juez como garante de los derechos humanos fundamentales. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993; ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005; ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; ARANGO, Rodolfo. Jurisdicción e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 4, 1993, p. 31; ARANGO, Rodolfo. El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 5, 1994, p. 51; ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999; BONILLA, Daniel. Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano. In: ALEGRE, Marcelo; ATRIA, Fernando et al. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: SELA-Universidad de Palermo, 2001; CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993; CEPEDA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992; CEPEDA, Manuel José. Los derechos y la interpretación de la Constitución. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993; CHINCHILLA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999; DUEÑAS, Óscar. *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000; DUEÑAS, Óscar. *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000; GARCÍA, Mauricio. *Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César. La acción de tutela. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. *op. cit.*; GARCÍA, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. op. cit.*; JARAMILLO, Isabel Cristina. El hogar, ¿espacio privado o público? A propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de violencia contra las mujeres por parte de sus esposos o compañeros permanentes. *Derecho constitucional: perspectivas críticas. op. cit.*; LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2001; MORELLI, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; OROZCO, Iván; GÓMEZ, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1997; OSUNA, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998; OSUNA, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; RODRÍGUEZ, César. *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Diké, 1998; RODRÍGUEZ, César. Estudio preliminar. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1997; SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis, 2000; UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. *op. cit.*; UPRIMNY, Rodrigo. El ‘laboratorio’ colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. op. cit.*; UPRIMNY, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio. *The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia*. mimeo.

⁹ Vários autores tem destacado a preponderância adquirida pela “mudança interpretativa” na teoria jurídica no último quarto do século: “sem dúvida alguma a nossa é a época da interpretação [...] Em direito, a importância do giro interpretativo não pode ser ignorada facilmente. Para além de uma plethora de simpósios, livros e artigos por parte de acadêmicos em todos os campos do direito substantivo, o crescimento do interesse no direito por parte de acadêmicos de humanidades confirma que questões relacionadas ao significado dos textos são a preocupação central, se não a organizadora, de muitos teóricos jurídicos sofisticados” (tradução nossa). PATTERSON, Dennis. Poverty of Interpretative Universalism: Toward Reconstruction of Legal Theory, *Texas Law Review*, n. 72, 1, 2-3, 1993. A responsabilidade de referida mudança é atribuída, especialmente, a Ronald Dworkin. A esse respeito, ver: STICK, John.

poderiam ser abertas as portas fechadas pelo formalismo. Mais ainda, o enfoque hermenêutico estava ligado a uma nova concepção das instituições político-constitucionais na qual se prestava forte atenção à determinação *judicial* de regras e fatos – uma “teoria judicialista do direito” (se assim se quiser) – que acabou por ser muito interessante para pessoas que, como eu, buscavam empreender um ataque às bases teóricas de uma concepção legal formalista e legocêntrica (que batizarei de “classicismo jurídico”) que desvalorizava o papel do intérprete na criação do direito mediante o mito da sabedoria do legislador e uma férrea confiança na soberania política e na correção moral dos atos legislativos ordinários.¹⁰

Dei-me conta então que meus anos de formação foram nutridos num lugar e numa época em que um modelo “interpretativo”, “judicialista” e “constitucionalista” do direito estava começando a ser “importado”,¹¹ e que o novo transplante teórico implicava reordenamentos muito importantes no mapa geojurídico do mundo e na compreensão local que se tinha a respeito da natureza do direito. O transplante da teoria, entretanto, não se dava no vazio: a nova teoria do direito era fundamental como “manual de uso” para o transplante de uma nova geração de constituições próprias do pós-Segunda Guerra, que afirmavam seu poder normativo direto por cima do princípio clássico francês de soberania legislativa e seu corolário de estrito respeito à lei (na maioria das vezes, sob a forma racionalista de um “código” sistemicamente completo e coerente). As novas cláusulas constitucionais, agora com efeito normativo direto e com mecanismos específicos de

10

Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin’s Interpretative Turn in Law’s Empire, *UCLA L. Rev.* n. 34, 1986, p. 371. Sobre a mudança interpretativa em geral, ver: FELDMAN, Stephen M. The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence. *Iowa L. Rev.* n. 76, 1991, p. 661; WEST, Robin. Are There Nothing But Texts in this Class? Interpreting the Interpretative Turns in Legal Thought. *Chi-Kent. L. Rev.* n. 76, 2000, p. 1125.

¹⁰ A imagem mítica do legislador franco-latino-americano se constrói a partir do contratualismo de J. J. Rousseau e sua confiança na assembleia de cidadãos como produtores de normas legislativas: “[s]e segue de tudo o que precede que a vontade geral é sempre reta e tende à utilidade pública [...]” (*O contrato social*, Livro II, capítulo III). Sobre a influência precoce do constitucionalismo rousseauiano na Grande Colômbia, recomenda-se consulta ao livro de Hernando Valencia Villa (VALENCIA VILLA, Hernando. *La constitución de la quimera: Rousseau y la república jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar*. Bogotá: Caja de Herramientas, 1992).

¹¹ O direito comparado clássico, tal qual exposto por René David na metade do século XX, tem um enfoque estático. Trata-se de analisar “famílias jurídicas” nas quais se divide o globo terrestre. Até meados do século XX as relações interfamiliares eram relativamente escassas. David aconselha ao legislador que, quando necessário solucionar um problema jurídico nacional, recorra a fontes intrafamiliares, evitando assim a contaminação entre famílias distintas. Este enfoque estático, contudo, não é adequado para descrever as dinâmicas contemporâneas do direito (ao que se dá o nome de “globalização”): hoje em dia os empréstimos cruzam com facilidade as fronteiras familiares, sendo assim tanto com as normas como com as teorias. A instauração do “novo constitucionalismo” e da nova teoria nos países latino-americanos é narrada como fruto de processos políticos endógenos. A simultaneidade e o paralelismo deste fenômeno na região desmentem, parcialmente, esta explicação localista. Esta é uma das razões pelas quais um enfoque “regional” e “comparado”, por oposição ao “nacional” e “localista”, dá-se mais apropriado para entender o fenômeno.

justiciabilidade,¹² constituíram-se em excelentes exemplos de normas de “textura aberta” nas quais a interpretação judicial deveria completar, por necessidade, o sentido de suas disposições generalíssimas. Nas normas constitucionais se consagraram, assim, “conceitos jurídicos indeterminados”.¹³ O positivismo dominante comumente em sua forma kelseniana, aconselhava tratar estas normas como carentes de sentido, já que desde a perspectiva de uma teoria positivista, estas não cumpriam com os requisitos exigidos para falar-se de norma jurídica em sentido primário.¹⁴ No novo ambiente teórico, porém, os conceitos jurídicos, apesar de sua indeterminação, foram entusiasticamente saudados como forma de dar força normativa direta aos fins civilizatórios mais estimados pela teoria política e moral (no sentido de apontar para o alinhamento de todo o direito legal e codificado existente aos princípios jurídicos desejados e a uma interpretação finalista da lei em conformidade com tais princípios).¹⁵ Na nova linguagem constitucional, os conceitos jurídicos indeterminados passaram, prontamente, à consideração como “princípios jurídicos”, para terminarem, finalmente, sendo positivados na nova forma de “direitos fundamentais”.¹⁶ O direito

¹² A ação contemporânea de proteção dos direitos fundamentais, especialmente no mundo euro-latino-americano, nasce no artigo 19.4 da Lei Fundamental de Bonn. É frequente, e equivocadamente, segundo acredito, buscar esta origem na recepção mexicana (nascida no século passado e cuja lei vigente remonta ao ano de 1936). Contudo, o amparo mexicano tem diferenças fundamentais com a ação de proteção de direitos fundamentais, embora em vários países da América Latina se tenha conservado o nome de “amparo”. A seguinte citação de Konrad Hesse demonstra adequadamente a conversão do significado dos direitos fundamentais em direito público: “El pasado gravitaba intensamente y para la corriente dominante en la doctrina y la jurisprudencia solo regia lo siguiente: se consideraba el contenido jurídico de los derechos fundamentales — siguiendo especialmente a Jellinek, que había visto su esencia en la expresión de una autolimitación del Estado y de un poder de disposición contenido por el Estado — como una meta modificación de las situaciones vigentes hasta ese momento reguladas por leyes especiales, y conforme a ello los concebía más con un carácter jurídico-privado y jurídico-administrativo que estatal. Partiendo de tal teoría, los derechos fundamentales se consideraron en principio como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad. Faltaban salvaguardias jurídicas frente a infracciones, vaciamiento de contenido, modificaciones o abolición; serían incompatibles con esta concepción”. HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial-Pons, 2001. p. 86.

¹³ A ideia de “conceitos jurídicos indeterminados” advém da filosofia linguística de cunho positivista, de todo modo explicava adequadamente o novo constitucionalismo. A esse respeito, ver: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

¹⁴ A esse respeito, ver: KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. *op. cit.* Capítulo 3.

¹⁵ Em toda América Latina se desenrolou um processo simétrico cuja estrutura básica é a seguinte: o Estado funciona segundo leis formalmente vigentes. Estas leis, porém, conformam total ou parcialmente uma situação social injusta que deve ser transcendida mediante o poder regulatório do direito constitucional, no qual se estabelece uma “ordem moralmente correta, ordem legítima”. Ver: HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. *Manual de derecho constitucional*. *op. cit.* p. 9. Esta descrição estrutural contribuiu com o desenvolvimento de processos políticos em toda a região que, apesar de sua disparidade, foram descritos dentro da mesma matriz: no México de meados da década dos anos noventa, a “transição para a democracia” no processo de desmonte do monopartidarismo do PRI; na Colômbia, a constituinte da paz de 1990-1991; no cone sul, a transição para a democracia; no Equador, Bolívia e Peru, a abertura ao multiculturalismo; na Venezuela da experiência do neoconstitucionalismo bolivariano no texto de 1999.

¹⁶ Isto implicou, ao mesmo tempo, no nascimento de um campo dogmático: diante da nova situação era imprescindível a formação de uma dogmática dos direitos fundamentais. Esta se alimentou, principalmente, da obra de Robert Alexy, o qual já havia mudado, decisivamente, seu enfoque dos problemas teóricos gerais – expostos na obra de Dworkin – para um discurso de nível intermediário que começava a dar respostas mais concretas em relação a utilização dogmática dos

latino-americano recebeu, assim, talvez pela primeira vez, uma estrutura “em dois planos” na qual se tornava possível falar genuinamente da existência de uma “lex superior”¹⁷ e, portanto, de uma ampliada ontologia jurídica na qual se diferenciava claramente entre “princípios” e “regras”.¹⁸ É impossível negar, por outro lado, que o direito latino-americano não conhecia e usava os “princípios jurídicos”,¹⁹ mas estes se estruturavam no interior do direito civil e a partir de esforços de sistematização das regras legislativas existentes. Este giro hermenêutico e político implicava, talvez pela primeira vez, a recepção de materiais teórico-jurídicos e constitucionais anglo-saxões, rompendo-se assim o santuário imunológico que, unindo a Europa e a América Latina, havia evitado a contaminação jurisprudencial e dogmática fora da família jurídica do direito civil.²⁰

Em segundo lugar, é fundamental assinalar que os novos transplantes de teorias do direito possibilitavam a importação de uma nova e específica forma de crítica antiformalista que se opunha ao clima dominante na América Latina, na qual predominava, desde a época da codificação no século XIX, uma visão positivista e formalista do direito. A importação da nova crítica antiformalista forneceu um corpo teórico sólido às preocupações e ansiedades das novas gerações locais que exploravam o caminho para romper o formalismo hegemônico. Nesse contexto cultural e intelectual, a “interpretação” foi, talvez, a “bandeira” que permitiu a recepção de enfoques relativamente *recentes* de teoria jurídica que pareciam confrontar a longa hegemonia desfrutada pelo formalismo na prática e na imaginação dos advogados em toda a região. O *novo* e o *recente* desta teoria, e a *tardia* recepção na América Latina deste material, como verifiquei mais tarde, eram fatos completamente relacionados às necessidades políticas e influências acadêmicas disponíveis.

12

direitos fundamentais no novo contexto. A esse respeito, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. No mesmo sentido seguem os trabalhos de Martin Borowski (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), bem como de Rodolfo Arango (ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. *op. cit.*).

¹⁷ A referência clássica da formação de um direito politicamente estruturado em “dois planos” se encontra em: ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Boston: Belknap-Harvard, 1991.

¹⁸ A esse respeito, ver: DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. In: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. *op. cit.*

¹⁹ Como, por exemplo, os princípios civilistas da “boa-fé” ou de “autonomia da vontade privada”.

²⁰ À exceção de Argentina e México, onde o constitucionalismo nacional havia tido um intercâmbio mais dinâmico com os Estados Unidos desde o século XIX. A esse respeito, ver: MILLER, Jonathan. The Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith. *Am. U. L. Rev.* n. 46, 1997, p. 1483. A partir de meados da década dos anos sessenta, os juristas argentinos, em sua maioria, aclimataram a recepção da nova filosofia anglo-saxônica do direito, reconectando-a, mais uma vez, com as dinâmicas constitucionais. Nesse sentido, em minha leitura, e seguindo a ordem cronológica em que os li, foram fundamentais o estudo preliminar de Carrió e Rabossi (AUSTIN, J. L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1981), o livro de Genaro Carrió (CARRIÓ, G. *Notas sobre derecho y lenguaje*. *op. cit.*) e, finalmente, a utilização dogmática e constitucional que destas ideias faz Carlos S. Nino (NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980; NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992).

Contudo, a justificativa mais frequente deste transplante teórico tendia a tirar a ênfase nos aspectos materiais – políticos e contextuais – da recepção para afirmar, em vez disso, que a nova hermenêutica, em autores como Hart e Dworkin, era uma teoria analiticamente correta, e que, portanto, servia, sem limites espaciais, para criticar o formalismo legal dominante na América Latina, assim como, se presumia, havia servido para golpear com força o formalismo próprio da tradição anglo-saxônica. A “transplantabilidade” de autores como Hart, Dworkin e Alexy se baseava na crença de que se tratava de teorias antiformalistas de validade universal porque suas conclusões se davam a partir da natureza ubíqua da linguagem e da argumentação jurídica. Essas características, seguia o argumento, são compartilhadas universalmente por todos os sistemas jurídicos. Por essas razões, sustenta-se que o formalismo jurídico estritamente dominante na região era uma teoria verificavelmente *errônea*.

Pelas razões aludidas, o transplante e o uso da teoria jurídica contemporânea – essencialmente pós-hartiana – terminou convertendo-se em um gesto heterodoxo na América Latina. Os estudantes que tratavam da nova sensibilidade constitucional, linguística e hermenêutica se definiam, quase de entrada, como oponentes diretos das convicções acríticas da consciência jurídica dominante. Assim, para muita gente na América Latina, a filosofia ou teoria do direito não eram uma disciplina acadêmica como as outras. Não se escolhe a filosofia do direito como se escolhe o direito civil, o direito financeiro e o direito comercial. Muito pelo contrário, a filosofia do direito era uma escolha partidária, já que marcava *o caminho* para dar-se conta de que o formalismo, como tal, não era a única possibilidade para conceber os problemas jurídicos. O filosofar jurídico, ao menos no momento do transplante do novo antiformalismo anglo-saxão, era o equivalente a uma versão contracultural e contra-hegemônica, acadêmica e antiprofissionalizante, moderadamente progressista, de qual era o papel que o direito deveria jogar no conflito social de países como Argentina, Colômbia, Bolívia e México. Nesse período de recepção do antiformalismo linguístico, a filosofia do direito não apontava tanto para captar ou descobrir a cultura legal subjacente, nem mesmo como transformá-la. A teoria se moldava, assim, como expressão de descontentamento frente a uma cultura formalista, dogmática e acrítica de seus pressupostos teóricos fundamentais que, apesar dos sinais de crise que já exibia, nunca havia se preocupado com o reexame de suas

bases.²¹ A filosofia do direito representava, portanto, o rótulo disciplinar de uma revolta antiformalista e humanista largamente esperada na região.²²

Nesta nova função, a teoria do direito se converteu de novo em um discurso atrativo e dinâmico. Em sua nova posição contra-hegemônica, houve a impressão, talvez não compartilhada por gerações anteriores, de que algo de importância estava em jogo na argumentação jusfilosófica. Hoje, no começo do século XXI, a sensação de que a estrutura básica do direito não é a mesma que existia nos séculos XIX e XX continua aportando grande parte de sua energia à reflexão jusfilosófica: na Colômbia, em especial, esta nova energia provém da intersecção, numa frente interna, da nova hermenêutica constitucional e, numa externa, dos crescentes fenômenos de globalização e desnacionalização do direito. A conjunção desses fenômenos contribui para o aumento do interesse – na verdade, de uma moda – da qual desfrutam, hoje, os estudos teórico-jurídicos.

Em terceiro lugar, é necessário ainda mais destacar que a recepção de teorias “hermenêuticas” do direito se deu pela mão de mudanças institucionais muito definidas. Assim como em seu momento, a recepção da obra de Hans Kelsen em teoria do direito apontava, num dos seus usos, para ter o efeito político de dar proteção à profissão e à judicatura das incursões politizantes do fascismo e do marxismo, a recepção do novo antiformalismo hermenêutico galgou na região o projeto de liberalização e constitucionalização da vida como vacina ou remédio frente às enfermidades do autoritarismo e militarismo políticos, abençoados na região pelos imperativos geopolíticos da doutrina de segurança nacional no contexto com a Guerra Fria. O grupo de autores da nova teoria do direito recepcionada – Hart, Dworkin, Rawls ou Habermas – tem claros compromissos com certa versão de constitucionalismo liberal, progressista e tolerante que se aloca por cima da vontade legislativa conjuntural, quanto expressa em leis formalmente válidas. Já que a vontade legislativa tem limites morais e políticos – limites constitucionais –, a nova hermenêutica colaborou na recepção global de um novo constitucionalismo e na expansão de uma

²¹ O primeiro herói desta atitude na América Latina é, sem dúvida, L. Recasens Siches, em seu livro: RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1956.

²² Correndo o risco de uma generalização excessiva, os professores de direito parecem incorrer em duas categorias diferentes: de um lado, estão os praticantes prestigiados – consultores e litigantes – que, com surpreendente frequência, compartilham as teses fundamentais do positivismo. Sua visão do direito enfatiza a necessidade de transmitir uma educação profissionalizante a seus estudantes e, portanto, descartam total ou parcialmente a necessidade de fazer teoria jurídica. Por outro lado, os professores acadêmicos estão interessados na teoria e com uma orientação genérica antipositivista e antiprofissionalizante de característica humanista e interdisciplinar. A reforma da educação jurídica em faculdades de direito *avant garde* gera tendência a transferir certo poder dos praticantes aos acadêmicos. Sobre a sociologia do professorado, ver, em geral: BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. London: Polity Press, 1990.

cultura dos direitos constitucionais – agora diretamente justiciáveis – como nunca se havia visto.²³ A sinergia entre a nova teoria do direito e a globalização do novo constitucionalismo nos últimos quinze anos do século XX constitui um dado fundamental para explicar seu êxito na região. Muito do trabalho de tendência antiformalista que recentemente se levou a cabo na América Latina têm estado vinculado, primeiramente, com o novo constitucionalismo e, dentro dele, com uma nova e dinâmica consciência de que existem direitos constitucionais justiciáveis por fora e por cima da lei comum. As reformas constitucionais da última década construíram um lugar desde o qual o antiformalismo pode ser entusiastamente defendido e expandido como uma teoria jurídica correta.

Esses acontecimentos no contexto jusfilosófico internacional teriam uma rápida tradução no ambiente latino-americano. Nesse contexto, era relativamente natural que o trabalho de muitos filósofos locais do direito se concentrasse em problemas de interpretação jurídica dentro de um modelo analítico pós-hartiano. A contribuição de Hart consistiu, desde meu ponto de vista, em mostrar que os desenvolvimentos nos campos da filosofia analítica e da linguagem teriam consequências diretamente aplicáveis à filosofia do direito. De modo implícito na obra de Hart, há um convencimento de que existe uma convergência entre descobertas filosófico-linguísticas gerais e a natureza da linguagem e a interpretação legal. Assim como Hart havia utilizado os trabalhos de Austin e Weissman para moderar a tese positivista clássica, meu trabalho buscou examinar a dimensão pragmática da linguagem, tal como o filósofo Paul Grice havia enunciado. Este prematuro trabalho pretendia mostrar que o formalismo jurídico tinha características excepcionais, já que suspendia, sem boas razões, o funcionamento dos princípios pragmáticos da linguagem na interpretação e argumentação profissionais. O que pretendo destacar aqui é que era muito pouco consciente em mim a dependência de meus próprios interesses quanto às tendências transnacionais jusfilosóficas e políticas da época.

Para mim, a filosofia do direito era um espaço vazio de argumentos, no qual, mediante uma análise filosófica geral, era possível esclarecer verdades fundamentais sobre a natureza do direito. A verdadeira razão, a “paixão” com que descobrimos a obra de Hart, apesar de sua evidente circunspeção e opacidade estilística, devia-se, por outro lado, não tanto por suas verdades filosóficas abstratas, mas sim a confirmação indireta e, às vezes, excessivamente reservada que dava a nossa inconformidade com os protocolos da cultura jurídica dominante na América Latina. Hart,

²³ Ver, em geral: EPP, Charles. *The Rights revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1997.

nesse sentido, abria uma janela hermenêutica e finalista no direito que parecia não existir no *corpus* do formalismo dominante.

2 O SIGNIFICADO DA OBRA DE H. L. A. HART EM DOIS MUNDOS DIVERSOS

Com o tempo e logo de imitar o padrão de trabalho analítico hartiano no campo da interpretação legal, dei-me conta de que minha própria seleção de tópicos e influências estava fortemente delimitada por meu contexto pessoal e social. A obra de Hart foi perdendo a aparência de verdade abstrata que possuía, ao passo que fui descobrindo sua posição e significado específicos no mapa transnacional da produção de jusfilosofia. Na Colômbia, onde eu havia começado a tentar argumentos como jovem jusfilósofo, este trabalho *a la* Hart era novo, heterodoxo e inclusive contracultural. Animado por esses interesses, contudo, continuei minha formação doutoral nos Estados Unidos onde, a modo de carta de apresentação, apresentei minhas primeiras e incertas considerações hartianas. Meu projeto de tese sobre uma teoria linguístico-pragmática de interpretação jurídica foi aceito, felizmente, mas certa sombra de dúvida, ou talvez de incompreensão, parecia cruzar as mentes de meus professores norte-americanos. Ao tratar de escrever esta tese doutoral, senti-me envolvido por projetos jusfilosóficos diferentes: para a audiência norte-americana, na qual se desenvolvia então a minha socialização jusfilosófica, este tipo de compreensão hermenêutica e linguística do direito estava, por razões que demorei a compreender, fora de moda; meus professores percebiam minha intenção de utilizar a jusfilosofia hartiana como uma fonte emancipadora do direito frente à tirania do formalismo local.

Eles conseguiram perceber que, em Hart, eu encontrava a confirmação de que o direito apresentava, com frequência, uma textura aberta que desmentia o ubíquo rigor silogístico da teoria latino-americana dominante. Mas, enquanto compreendiam o uso emancipatório e antiformalista que eu fazia do giro hartiano, era muito difícil para eles entender como eu pretendia alcançar este gesto emancipatório com um autor – Hart – que para eles parecia militar na direção exatamente oposta às minhas intenções. Para eles, Hart era um crítico severo da revolta antiformalista do direito no mundo anglo-saxônico; e se bem reconhecesse ele a existência de zonas de penumbra na interpretação jurídica, esta “concessão” se dava de maneira relutante e com uma mesquinhez tal que

impedia fazer de Hart o líder da emancipação antiformalista à qual eu aspirava, e muito menos da constitucionalização do direito que se construía a partir do tópico da “textura aberta”.²⁴

Os norte-americanos não entendiam por que um latino-americano pretendia fazer antiformalismo pela mão de um positivista inglês, da mesma forma como eu não entendi, no princípio, as razões do desdém norte-americano para com a jusfilosofia analítica inglesa. Assim como para mim não era claro o mapa intelectual em que meus professores liam os livros de filosofia ou teoria do direito, da mesma forma eles não tinham a percepção quanto aos contornos da cultura legal e intelectual da América Latina nos quais esses estranhos usos de Hart eram possíveis. Devido à evidente debilidade política do estudante frente o professor, *eu* (o estudante) estava obrigado a aprender a rede intelectual a partir da qual eles compreendiam a teoria jurídica, enquanto que eles não adquiriram uma obrigação simétrica. Grande parte do esforço que pretende realizar uma teoria impura do direito latino-americano é uma exploração de por que razão, em concreto, meus professores pensavam que minha interpretação de Hart era substandard e errônea, enquanto que a deles era mais normalizada e, portanto, correta. Meu projeto antiformalista era, essencialmente, correto, porém minha leitura e utilização de Hart eram, ao contrário, incorretas e estranhas. A leitura latino-americana da filosofia do direito era codificada, nesse sentido, como outro sintoma da dependência e subdesenvolvimento culturais da região, e não como uma rede intelectual alternativa capaz de competir com o rico emaranhado de argumentos jusfilosóficos da cultura norte-americana. Não obstante o erro em que esta incorria, a discussão cultural e política local sobre o direito seguia se desenvolvendo como um embate entre o formalismo tradicional e o discurso hermenêutico e linguístico hartiano, que ainda parecia bastante atrativo para muitos latino-americanos no processo de crítica à cultura jurídica dominante.²⁵

17

²⁴ Hart tratou deste problema de maneira explícita em seu artigo: HART, H. *American Jurisprudence thought English Eyes: The Noble Dream and the Nightmare*. In: HART. *Essays on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

²⁵ O impacto local da teoria do direito de Hart pode ser visto através dos usos que da mesma se fizeram na jurisprudência da Corte Constitucional. Seu primeiro e mais claro uso está presente na histórica sentença nº T-406/1992 (M. P. Ciro Angarita), na qual a Corte cita Hart como base teórica de uma de suas declarações de princípio mais importantes: “Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”. É como se a Corte utilizasse Hart como fonte direta de uma proposição que está muito mais perto do realismo jurídico do que do positivismo britânico. Se lido a partir da cultura jurídica local, o compromisso de Hart entre o ceticismo e o formalismo resulta sendo antiformalista: existe uma clara aceitação de que as regras, ao menos nos casos difíceis, não determinam completamente os resultados jurídicos porque a linguagem possui uma zona de penumbra impossível de eliminar, nem sequer pelo mais consciente legislador. Ademais, Hart seria usado pela Corte para implementar um novo cânone em teoria do direito, como Recasens havia feito em seu livro *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* citado acima. Assim, nas sentenças C-476/1993 (M. P. Martínez Caballero) e C-486/1993 (M. P. Cifuentes Muñoz), a Corte opõe o que chama “positivismo extremo”, que se identifica com a teoria de Kelsen, a uma nova tendência na qual se aceita a existência de “realidades preexistentes ao mesmo Estado”. A Corte, com a

O leitor poderá observar a situação crítica em que me encontrava: por um lado, queria fazer uma jusfilosofia que pudesse dar conta do clima cultural e dos processos locais que se davam em *minha* jurisdição, mas ao mesmo tempo, vislumbrava que esses desenvolvimentos locais eram substandard, quando se lhes contempla desde a tradição jusfilosófica anglo-americana. Como estudante de *filosofia do direito*, adicionalmente, não tinha muita margem de ação para propor um argumento particularista que restituísse minha identidade e minha confiança nas possibilidades de uma jusfilosofia especificamente latino-americana. Se examinada com atenção, a defesa de um projeto intelectual frente à academia do “norte” poderia desenvolver-se tipicamente de duas maneiras diferentes: (i) em primeiro lugar, poder-se-ia propor uma tese sobre o “ato administrativo na Colômbia”, uma tese cujo orientador, suponhamos um francês, codificasse na categoria “direito comparado”. O estudante obtém, assim, a vantagem juspositivista de trabalhar com textos legais que sua audiência francesa e internacional não pode verificar independentemente e perante os quais não possui opiniões fortes ou bem informadas. Dessa forma, o positivismo jurídico tem o potencial de particularizar em razão da origem das normas legais. (ii) Ou bem, por outro lado, o estudante poderia falar de um tema comum que compartilha com seu professor, por exemplo, “a defesa dos direitos humanos”, mas reivindica para si um “ponto de vista” local porque sua “realidade” ou sua “cultura” introduzem modificações significativas à compreensão standardizada e transnacional do tema. Culmina-se, pois, com uma tese, por exemplo, sobre “a noção dos direitos da mulher no Magreb africano”. Em suma, o multiculturalismo particulariza em razão da relativização da cultura.

Seja a partir do positivismo, seja a partir do multiculturalismo, o certo é que o estudante proveniente de jurisdições periféricas ou semiperiféricas consegue criar um espaço de particularidade, um status de excepcionalismo positivista ou cultural que, embora possa neutralizar a intervenção de sua audiência disciplinadora do norte, também termina por marginalizar sua produção intelectual. Em teoria do direito, porém, estas opções de particularização e neutralização não eram tão fáceis de usar no meu caso: em primeiro lugar, a particularização positivista na filosofia do direito não parece ser de pronto porque, por definição a jusfilosofia é um discurso sobre a natureza do direito com abstração feita das normas positivas concretas do sistema. Portanto,

necessidade de fundamentar solidamente os direitos constitucionais, trata de fazê-lo por meio da ideia segundo a qual os direitos não dependem do reconhecimento do Estado, como argumentariam acerca do parecer os “positivistas extremos”. Surpreendentemente, entre os teóricos que apoiam a tese de existência de direitos pré-estatais incluem-se os nomes de Radbruch, Holmes, Frank, Cardozo e Hart. Mesmo que a Corte não ofereça uma fonte explícita para esta surpreendente declaração, é muito claro que reproduz de muito perto a reorganização que havia feito Recasens do cânone da teoria local do direito a partir de posições mais judicialistas e interpretativistas.

argumentar que um texto preciso, o Código Civil de Bello^{****}, por exemplo, gera um particularismo jusfilosófico forte é, quando menos, um argumento digno de pouca consideração. Por outro lado, a estratégia multiculturalista em defesa de uma jusfilosofia latino-americana tradicionalmente conduz a identificar algum autor jusfilosófico local para mostrar que, também em terreno nativo, produz-se jusfilosofia exportável. Mesmo que compartilhando, sem reservas, o mérito de nossos autores locais, eu queria seguir falando de Hart porque pensava que sua influência era mais potente na configuração de uma cultura jurídica contemporânea que o trabalho, muito meritório, de Carlos Cossio na Argentina ou o de Luis Eduardo Nieto na Colômbia.

3 A TEORIA DO DIREITO COMO CAMPO TRANSNACIONAL

Mas a pergunta persiste: por que não é fácil alcançar uma particularização do discurso no campo da teoria do direito? Primeiro, porque a teoria do direito, como campo essencialmente erudito e acadêmico do direito, foi estruturada desde seu início como uma empreitada verdadeiramente transnacional. Por “empreitada transnacional” quero significar o seguinte: os autores, argumentos e controvérsias chamados “teórico-jurídicos” ocupam um campo acima do nacional, regional ou local, em que certo tipo de conhecimento abstrato do direito pode ser compartilhado e usado por pessoas de diferentes antecedentes e em distintos contextos. Nesse sentido, observa-se, por exemplo, como é relativamente mais fácil que um jurista na América Latina saiba algo a respeito dos teóricos do direito anglo-saxões ou alemães, quando em comparação a escritores dogmáticos destas mesmas tradições. A teoria do direito, acima de tudo, é o mais abstrato de todos os discursos do direito e, por este mesmo motivo, é o tipo de discurso acadêmico que com maior facilidade pode atribuir-se certa forma de desapego frente às particularidades regionais, nacionais ou locais. O excepcionalismo ou particularismo, ou seja, a interpretação ou contribuição local que as pessoas de locais exóticos ou periféricos podem dar a alguns campos da academia jurídica, é mais difícil de explorar na filosofia do direito que em outras subdisciplinas jurídicas. A aceitação do particularismo no direito, seja pelo caminho positivista, seja pelo caminho multiculturalista que esbocei anteriormente, apontam para o seguinte: a aceitação da existência de diversas interpretações locais de um mesmo objeto epistêmico constitui, ao menos implicitamente, uma crítica a uma construção hegemônica e pseudouniversalista do objeto feita por um número

^{****} Nota de tradução – Código civil chileno de 1855, cujo projeto foi elaborado pelo renomado jurista venezuelano Andrés Bello.

limitado de eruditos e de interesses assentados em países centrais que terminam monopolizando, desde um ponto de vista igualmente particular, a leitura standard, objetiva ou universal de um campo jurídico. A difusão e aceitação de estratégias excepcionalistas ou particularistas apontam para uma crítica do conhecimento etno, euro ou anglocêntrico. Esta estratégia foi desenvolvida com grande dinamismo em campos como o dos direitos humanos ou do direito internacional. Estes temas são tratados agora desde diferentes perspectivas culturais, históricas e geográficas.²⁶ Este crescente processo de fragmentação geográfica de objetos de estudo tem muitas implicações importantes na forma em que se cria e se transforma o conhecimento na academia jurídica. A filosofia do direito, entretanto, está menos inclinada a aceitar esta classe de perspectivismo e segue adotando um tom e uma nova metodologia transnacionais.²⁷ Os autores, argumentos e países que participam do debate com certo grau de reconhecimento são, contudo, bastante limitados, se comparados com a geografia global em expansão que começa a ser vista em outros campos jurídicos.

Em segundo lugar, vindo da América Latina e segundo nossa própria admissão, não somos suficientemente exóticos ou periféricos para reclamar em nosso favor uma posição excepcionalista ou particularista.²⁸ É no subcontinente latino-americano onde se tem operado com maior força o projeto assimilacionista do local com o universal ou geral: trata-se, ao menos no imaginário coletivo, de uma parte mais do mundo ocidental, mesmo que seja uma parte “em desenvolvimento”²⁹, “em transição à democracia”³⁰ e em que novas oportunidades de investimento

20

²⁶ Para uma discussão geral do debate universalista/relativista em direitos humanos, ver: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 192-255; DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism and human rights: implications for international relations*. London/New York: I. B. Tauris, 1998, p. 06-38, 192-199.

²⁷ Sobre o perspectivismo em ciências sociais em geral, pode-se consultar: FAY, Brian. *Contemporary Philosophy of Social Science: A Multicultural Approach*. London: Black-well, 1999.

²⁸ Nesta mesma direção se move o argumento de Roberto Fernández Retamar em seu clássico artigo “Calibán”, no qual explora a pergunta acerca da existência ou não de uma cultura latino-americana: “A un euronorteamericano podrán entusiasmarlo, dejarlo indiferente o deprimirlo las culturas china o vietnamita o coreana o árabe o africanas, pero no se le ocurría confundir a un chino con un noruego, ni a un bantú con un italiano; ni se le ocurría preguntarles si existen. Y en cambio, a veces a algunos latinoamericanos se los toma como aprendices, como borradores o como desvaídas copias de europeos, incluyendo entre éstos a los blancos de lo que Martí llamó ‘la América europea’, así como a nuestra cultura burguesa europea (‘una emanación de Europa’, como diría Bolívar)” (FERNÁNDEZ RETAMAR, Roberto. *Todo Calibán*. Bogotá: ILSA, 2005, p. 35-36).

²⁹ Para uma análise da “invenção” do desenvolvimento e do Terceiro Mundo, ver: ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo: construcción y desconstrucción del desarrollo*. Bogotá: Norma, 1998.

³⁰ A esse respeito, ver: NINO, Carlos S. Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America. *U. Miami L Rev.* n. 44, 1989, p. 129; ROSENFELD, Michel. Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example. *Cardozo L. Rev.* n. 19, 1998, p. 1891.

se apresentam sob a forma de “mercado emergentes”.³¹ Somos, em essência, membros da família jurídica ocidental (uma grande espaço civilizatório que abarca tanto a tradição neorromânica, como o *Common law*) e não possuímos uma filosofia do direito ou um direito distintos que possam ser usados como fundamento para uma contribuição genuinamente exótica ou alternativa à ciência do direito. Poder-se-ia aceitar, por exemplo, que existe um interesse em estudar as ideias jusfilosóficas que subjazem os direitos tradicionais ou religiosos, como o Dharma hindu³² ou a Sharia islâmica.³³ A América Latina, pelo contrário, encontra-se justamente no meio do mundo ocidental normalizado e hegemônico e o mundo oriental exótico e subalterno, ora argumentando que sua assimilação com o Ocidente é completa, ora reclamando os benefícios e os privilégios da diferença de identidade frente ao Ocidente. Apesar do triunfo do projeto assimilacionista na América Latina – ao menos em nossas mentes –, era claro que, por assimilados, não éramos iguais. Na assimilação subjaz uma dinâmica de imitação, ou como diziam os filósofos clássicos gregos, de *mimesis*.³⁴ Desde Platão, contudo, a ontologia ocidental assumiu, em prejuízo aos imitadores, que o produto mimético ou imitativo é uma *reprodução* na qual o original perde clareza e força existencial.³⁵ A caverna, no mito platônico, caracteriza-se por ser o mundo da “mimesis” em que tão somente se copiam os objetos do mundo *real* que se situa, literalmente, mais acima, sob a luz do sol. Este aviltamento do mimético empobrece simetricamente as produções jusfilosóficas da América Latina: no começo de nossa vida republicana, quando nossos ideais de direito e Estado imitavam de perto os da República francesa pós-revolucionária, éramos simplesmente reproduções imitativas de acontecimentos europeus; e agora, no começo do século XXI, quando nossos ideais de direito e Estado imitam de perto a “República comercial” dos norte-americanos, nossa jusfilosofia parece agora uma pálida sombra de novos autores e argumentos. Éramos, no princípio, cópias europeias, agora, quiçá, cópias norte-americanas.

21

Os estudantes latino-americanos de teoria do direito, por conseguinte, tendem a conformar seus próprios estudos e esforços à estrutura que esta visão transnacional lhes permite. Dois caminhos parecem se abrir: para *nós*, em primeiro lugar, é necessário estar ao dia, atualizar-se, standardizar as leituras e os projetos intelectuais. Um exemplo esclarecerá o assunto: eu

³¹ TAYLOR, Celia R. Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks. *Am. J. Comp. L.* n. 45, 1997, p. 71.

³² Ver, em geral: COULSON, Noel J. *Historia del derecho islámico*. Barcelona: Bellaterra, 2000.

³³ PLATÃO. *República*. passim.

³⁴ Esta forma de ver o processo criativo tem importantes repercussões para o direito, pois em termos meramente dogmáticos, impactaria a noção de originalidade que se requer para a proteção jurídica de obras mediante o direito do autor. A esse respeito, ver: SUK, Jeannie. Note: Originality, *Harvard Law Review*. n. 115, 2002, p. 1988-2009.

³⁵ ELKIN, Stephen L. The Constitutional Theory of the Commercial Republic, *Fordham L. Rev.* n. 69, 2001, p. 1933.

pensava, *antes* de viajar aos Estados Unidos, que a obra de H. L. A. Hart era altamente inovadora e antiformalista (em comparação com a de Hans Kelsen), para simplesmente descobrir que na academia anglo-saxônica, e em meio a um contexto de interpretação distinto e mais “normalizado” da obra de Hart, estas duas características que encontrei em minhas leituras locais eram completamente *equivocadas* (ao menos assim julgavam meus professores). Oposta à minha interpretação local – errônea? –, a obra de Hart era para meus professores do Norte um bom exemplo de certo tipo de teoria altamente formalista. Isto, de por si, constituía uma acusação contra esta teoria – especialmente para algumas audiências do mundo norte-americano –, já que o positivismo jurídico europeu não se encaixava facilmente com a direção pós-realista que havia tomado a teoria norte americana do direito depois da Segunda Guerra Mundial.³⁶ Sua influência, seu posicionamento dentro do espectro de pontos de vista na teoria legal contemporânea era, também, completamente diferente da visão local que nos havíamos formado da mesma: a obra de Hart não era tomada como discurso particularmente crítico, como em princípio pensei, mas sim considerada como uma peça fundamental desenhada para *restringir* ou *moderar* os exageros de uma escola antiformalista de teoria do direito denominada, nos Estados Unidos, “realismo jurídico”. Com esta ordem de ideias, estava claro que a obra de Hart tinha diferentes significados em distintos lugares: num cenário teórico-jurídico pós-realista, a obra de Hart era usada como dique de contenção; num cenário teórico-jurídico pré-realista, como continua sendo o latino-americano, a obra de Hart assume o claro potencial de acelerar e animar a crítica antiformalista do direito.

O segundo caminho aberto ao estudante latino-americano de teoria do direito é o seguinte: ao estar em dia com as leituras standardizadas de teoria jurídica transnacional, concede-se agora a *possibilidade* de participar do debate transnacional, ainda que com algumas restrições; de modo geral, seu lugar dentro de uma escola é ser um filósofo secundário ou menor de alguma teoria do direito que tenha se filiado por escolha ou ao azar³⁷. É fácil mostrar, por exemplo, como muitas das mais genuínas e importantes contribuições latino-americanas aos estudos em teoria do direito se colocam como continuações e avanços de teorias transnacionais já hiperestruturadas.³⁸ Por

³⁶ A esse respeito, ver: KENNEDY, David. Il Kelsen delle “Oliver Wendell Holmes Lectures”: un pragmatista del diritto internazionale pubblico. *Diritto e Cultura*, Roma. a. IV, n. 2, 1994, p. 17-47. Este texto oferece uma interessante descrição dos desencontros profundos entre Kelsen e a academia jurídica norte-americana no período imediatamente subsequente à sua fuga da Europa (1940-1941).

³⁷ Sobre o conceito de “filósofo menor”, ver supra nota 4.

³⁸ Os juristas locais têm se preocupado demasiadamente em interpretar *corretamente* os autores internacionais, ao passo que têm se interessado muito pouco pela consciência jurídica que os rodeia. A produção teórico-jurídica recente na América Latina parece manter essa orientação. Isto, em si mesmo, não é questionável; porém aos juristas locais faz falta ter êxito para serem reconhecidos como atores com voz própria no espaço transnacional da teoria

consequente, tende-se a pensar que a teoria jurídica mexicana esteve muito preocupada com a recepção e, em ocasiões, com o melhoramento e refinamento da teoria pura de Hans Kelsen; da mesma maneira, pode-se dizer que a teoria jurídica argentina trabalhou na aclimação e no desenvolvimento da análise e da lógica jurídicas, primeiro de maneira informal, como se percebe nos trabalhos de Carrió e Nino,³⁹ até chegar a altos graus de formalização, como os de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin.⁴⁰

4 PRODUÇÃO, RECEPÇÃO E CIRCULAÇÃO DE TEORIAS DO DIREITO

Por razões de definição disciplinar, é difícil particularizar a análise teórico-jurídica. A filosofia do direito apresenta uma grossa blindagem frente a um possível assalto do perspectivismo teórico. Dessa forma, gera-se a impressão de que a filosofia e as teorias do direito são discursos abstratos de alcance global. Nesse sentido, pessoas do Japão, Gana, Alemanha ou Colômbia podem participar sem maiores obstáculos da discussão transnacional sobre um mesmo cânone de leituras, autores e argumentos. Este campo intelectual transnacional em que os teóricos do direito nos encontramos imersos poderia ser denominado Teoria Transnacional do Direito (a que me referirei daqui em diante pela sigla TTD). Com este conceito, faço referência a certo tipo de leituras, ideias e argumentos teórico-jurídicos que cruzam as fronteiras nacionais muito mais facilmente que os livros e análises de doutrina ou comentários legal-positivo. O significado da TTD é habilmente capturado por um dos mais importantes teóricos transnacionais do direito, Hans Kelsen, quando na primeira edição de *Reine Rechtslehre* (1934) insiste no fato de que sua obra não versa sobre um sistema legal específico, e sim sobre as bases teóricas de qualquer sistema legal possível. A TTD foi adequadamente caracterizada assim também pelo teórico do direito alemão Theodor Viehweg, para quem a jurisprudência pertence às *ciências internacionais* do direito que podem ser estudadas por

23

jurídica. Seguindo esta tendência, ver: ATRIA, Fernando. Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*. v. 18, issue 5, 1999, p. 537 (Atria é professor na Universidade de Talca, Chile); LINDAHL, Hans. Authority and Representation. *Law and Philosophy*. v. 19, issue 2, 2000 (Lindahl, de ascendência europeia, estudou Direito em Bogotá e agora ensina na Universidade de Tilburg na Holanda); ARANGO, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el derecho? *op. cit.* (Arango é professor de direito na Universidade Nacional da Colômbia).

³⁹ CARRIÓ, Genaro. Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld. Notas sobre derecho y lenguaje. *op. cit.*, p. 303-320; NINO, Carlos S. Introducción al análisis del derecho. *op. cit.* p. 63-100.

⁴⁰ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

fora do país em que se exerce a profissão, em oposição às *ciências nacionais*, que estão exclusivamente conectadas com a dogmática, as regas e a técnica de um sistema legal nacional.⁴¹

A TTD se produz comumente num *lugar*, o qual eu gostaria de caracterizar abstratamente como “lugar de produção”.⁴² Um lugar de produção parece ser um meio especial em que se produzem discussões teórico-jurídicas sobre a natureza do direito com altos níveis de influência transnacional. Os lugares de produção estão usualmente vinculados em círculos intelectuais e instituições acadêmicas de Nações-Estados centrais e de prestígio. Por conseguinte, os países centrais geram os produtos mais difundidos da TTD, produtos que, com o tempo, circulam pela periferia, para finalmente constituir um cânone normalizado do campo em escala global.

Cuidadosamente examinadas, é patente que as teorias do direito formadas nos lugares de produção são também o produto de circunstâncias políticas e sociais muito concretas. Contudo, sua transplantabilidade global e seu valor “geral” e “objetivo” dependem do fato crucial de obscurecer ou minimizar os contextos específicos em que tais teorias jurídicas se forjaram. Uma possível razão que justifica a minimização da contextualidade em que nascem as teorias jurídicas nos lugares de produção parece ser que tais localidades os leitores de teoria do direito leem ou decodificam os textos em *ambientes hermenêuticos ricos*: nesses ambientes, o leitor tem acesso a uma rica bagagem de informação extratextual e contextual que compartilha com o autor do argumento teórico-jurídico aparentemente abstrato. Esta informação, que completa a que os textos tão somente sugerem, compartilha-se entre autor e leitor a partir de uma experiência social e jurídica comum, expressa particularmente numa compreensão compartilhada da educação jurídica e das práticas, fontes, instituições, tradições, polêmicas, políticas e desafios do direito dentro de uma mesma experiência jurídica. Este conhecimento pressuposto entre autor e leitores nos lugares de produção permite um duplo processo: os argumentos teórico-jurídicos pressupõem um contexto – problemas ou preocupações sociais, doutrinários, econômicos específicos ao autor –, mas na medida em que esse contexto se supõe culturalmente alcançável pelo leitor no lugar de produção a partir de alguns poucos traços escriturais específicos, termina-se por supor que o leitor terminará fazendo uma leitura correta ou, pelo menos, normalizada da teoria do direito que se oferece.

⁴¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 36-37.

⁴² Quero insistir na existência de uma distinção teórico-jurídica relevante entre os lugares de produção e lugares de recepção. Vários autores têm trabalhado as consequências para a teoria do direito que derivam da distinção entre “contextos de descobrimento” e “contextos de justificação”. Ver: NORRIS, Christopher. *Sociology of Knowledge*. In: *Cultural and Critical Theory*. Oxford: Blackwell, 1996. A mesma distinção tem sido amplamente utilizada por Martin Golding (GOLDING, Martin. *Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century America: Major Themes and Developments*. *J. Legal Educ.* n. 36, 1986, p. 441).

A face oposta dos *lugares de produção* são os *lugares de recepção*. Num lugar de recepção, de modo geral, a teoria jurídica ali produzida não possui já a persuasividade e circulação ampla da TTD; pelo contrário, alguém poderia estar tentado a falar de teoria do direito “local”, “regional”, “particular” ou “comparada”.⁴³ Com esses nomes, quero fazer referência aos conceitos ou sistemas teórico-jurídicos particulares que dominam em países periféricos ou semiperiféricos.⁴⁴ Em teoria do direito, como em muitas outras áreas do direito, estes países transplantam ou usam ideias originadas em jurisdições de prestígio. Estas jurisdições prestigiosas, segundo os comparativistas, são as figuras parentais de *familias jurídicas*. As jurisdições periféricas são os *filhos* das famílias e, sua missão, como nas famílias humanas, é aprender com seus pais a partir da “mimesis”.⁴⁵ Nos lugares de recepção, a atividade de leitura da teoria do direito se realiza em meio a *ambientes hermenêuticos pobres*. Com isto quero dizer que o autor e seus leitores periféricos compartilham muito pouca informação contextual acerca das estruturas jurídicas subjacentes ou das conjunturas políticas ou intelectuais específicas em que nasce o discurso teórico-jurídico. A invisibilidade de uma rica informação contextual e material reforça, ao menos para o leitor periférico, a aparência de que a filosofia do direito é uma reflexão abstrata sobre a natureza de qualquer sistema legal possível. Contudo, quando confronta sua leitura com a feita em *ambientes hermenêuticos ricos*, recebe a desanimadora notícia de que sua compreensão é substandard.

⁴³ Uma das poucas disciplinas em que a América Latina tem feito um aporte ainda não ‘exotizado’ pela academia internacional é o Direito Internacional. A prematura independência das colônias da Espanha no século XIX ajudou a criar um sistema de Estados em que surgiu um costume de amplitude regional. Esse costume regional tem certo prestígio no discurso jurídico internacional. Ver Liliana Obregón em seu “Derecho internacional criollo” (nos arquivos do autor). Igualmente, a citação completa do discípulo australiano de Hart que aparece no prólogo deste texto ilustra adequadamente o ponto. Diz a citação completa: “[H. L. A. Hart] pertencia a Oxford, é claro, mas também possuía uma cercania com aqueles que viam o mundo em termos mais simples e menos inteligentes, com aqueles que provinham de lugares em que os prados estavam menos bem cuidados. Os jogos que muitos de nossos jogávamos não lhe interessavam, creio. Estou tentado dizer que as teorias que tanto nos satisfaziam não lhe interessavam também, exceto como ponte para as realidades sociais” (tradução nossa). Citado por: LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 360.

⁴⁴ Tomo este conceito da teoria do “sistema-mundo”. Ver, em geral: SHANNON, Thomas. *An Introduction to World-System Perspectives*. London: Westview, 1996. Esta terminologia tem sido usada por Boaventura de Sousa Santos. Sua obra, contudo, é usualmente classificada como “sociologia do direito” e não como teoria jurídica. Para que algo seja considerado teoria jurídica deve conformar-se a certos critérios de abstração. A localização particular de um texto (especialmente se esta localização é periférica) o relega ao discurso descritivo, nunca normativo. Creio, por outro lado, que há muito mais que sociologia do direito nas teorias do direito locais. Na teoria jurídica periférica existe um autêntico conhecimento acerca da natureza geral do direito do qual podem beneficiar-se pessoas em outros locais. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 373-454.

⁴⁵ O direito comparado, na vertente cultivada por René David, serve precisamente para identificar essas filiações genealógicas. Tão forte é a definição das famílias, que David chega a afirmar que “la mejor manera de familiarizarse con el conjunto de los derechos civiles y mercantiles de América Latina es, sin duda alguna, acudir ante todo a extraer de Europa, y en especial de Francia, el conocimiento de los principios generales que dominan en todos esos derechos y de los métodos que permiten estudiarlos y conocerlos” (DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 252).

A atividade de transplantar, ler e usar literatura acadêmica no mundo periférico ou semiperiférico tem chamado recentemente a atenção das ciências sociais. O velho modelo que antecipava que a teoria das disciplinas sociais era una, objetiva e universal, começa a ceder frente à ideia contraposta de que não existe um só cânone teórico em todos os lugares. As ideias sofrem alterações na viagem e estas alterações são fundamentais para explicar a diversidade na fundamentação das crenças e das práticas dos diferentes atores sociais. Frente ao modelo que prediz a convergência e homogeneidade do *corpus* universal da teoria – em filosofia, em sociologia, em direito – dá-se passo a uma atitude que destaca as divergências mutantes das teorias e dos cânones de leitura particulares e heterogêneos. Diferentemente do cientificismo antigo, que não poderia aceitar nem prever, parece existir, agora, uma crescente certeza em que as particularidades nacionais ou regionais podem ter um impacto importante na construção acadêmica de discursos.

5 ORIGINALIDADE, INFLUÊNCIA, CÓPIA E TRANSMUTAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

26

Ao distinguir entre lugares de produção e de recepção de teorias, abre-se um interessante espaço para a reconstrução da reflexão teórico-jurídica. A forma tradicional de descrever a distância entre produtor e receptor consistiu em fazer uma diferenciação hierárquica entre eles: ao produtor ou autor, reconhece-se a originalidade da criação; ao receptor, leitor ou imitador, outorga-se, por outro lado, um papel passivo mediante as palavras, por vezes pejorativas, de “influência” ou “imitação”. É importante notar como estas noções reiteram a hierarquia implícita entre lugares de produção – jurisdições de países centrais, e lugares de recepção – jurisdições de países periféricos. Convém agora examinar alguns desses conceitos.

A *influência* é, primeiramente, uma ferramenta utilizada na história das ideias que se concentra no conjunto de leituras que uma nação, autor ou cultura fez e que marca, por sua vez, o estilo com que este receptor se expressa. Contudo, o conceito de “influência”, às vezes análogo ao de “transplante” que se utiliza no direito comparado, simplifica exageradamente a análise: observa-se com frequência que, caso se descubra uma “influência”, está permitido deixar de falar do objeto de interesse – o influenciado, para prosseguir examinando sua fonte – o influente. Com esta fácil esquematização, a teoria jurídica latino-americana é facilmente descartada e classificada como um subproduto das teorias jurídicas nascidas em outras tradições. Assim como em direito comparado se predica a influência que o sistema legal latino-americano recebeu do Atlântico Norte, assim também

a sua teoria jurídica parece ser um fenômeno dependente de elaborações surgidas em outros lugares. Comparando-se com outros lugares periféricos de recepção, a América Latina parece ser um dos lugares jusfilosóficos menos interessantes, já que é considerado com um mero apêndice do pensamento jurídico produzido nos âmbitos culturais europeu e anglo-saxônico. Com a noção de *influência* também aparecem os conceitos de *escola e discípulo*. Um mestre, o fundador, possui ideias poderosas que por via da influência são aceitas por discípulos de uma “escola”. Esta linguagem metafórica, proveniente do trabalho artesanal, foi importada das dinâmicas intelectuais de difusão e influência.⁴⁶ Nessa ordem de ideias, a teoria latino-americana do direito pode ser descrita como a influência que a TTD teve na região. O resultado foi a formação, por parte de *discípulos*, de *escolas* locais que pretendem, não tanto transformar uma doutrina, como também defendê-la e aplicá-la aos sistemas legais que se presumem convergentes com os contextos de produção da teoria.⁴⁷ Para os discípulos periféricos, as opções são estreitas: podem, primeiro, reproduzir a obra original, tratando de mostrar uma compreensão standard de seu significado e direcionalidade. Nesta forma de recepção, evidencia-se a aplicação, mas não a originalidade. Esta opção é difícil de executar logo de realizado o transplante teórico, dada a distância que sempre existe entre os lugares de produção e os lugares de recepção. Em segundo lugar, o receptor periférico pode produzir – este termina sendo o cenário mais comum – uma leitura substandard da obra original: faz uma *leitura equivocada* ou uma *transmutação* que exige correção e standardização. Esta forma de barbarização do conhecimento se expressa em leituras locais *vulgares* que se distanciam do *verdadeiro* significado do autor. Finalmente está o caminho de acesso à originalidade, isto é, a participação ativa na produção teórico-jurídica, já seja numa escola ou fora dela – por exemplo, como fundador de uma tradição intelectual autonomamente identificável.⁴⁸ Este caminho da originalidade, em qualquer de suas duas formas, raramente se lhes reconhece a jusfilosofos latino-americanos, que são sistematicamente classificados como discípulos de escola, e ainda pior, como vulgarizadores – transmutadores – de ideias.

⁴⁶ A esse respeito, ver: COLLINS, Randall. *The Sociology of Philosophies: A Global Theory of Intellectual Change*. *op. cit.*

⁴⁷ Kelsen e Hart tem sido “mestres” de duas das mais importantes “escolas” na região: Kelsen tem sido determinante na configuração teórica do direito mexicano, por exemplo, e Hart de certas características do clima teórico argentino, até o ponto de falar de uma escola analítica no Rio da Prata. A esse respeito, ver: ATIENZA, Manuel. *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984. Apesar da evidente proximidade teórica de Kelsen e Hart na TTD, parecem ser inimigos mortais em teoria jurídica regional.

⁴⁸ A autonomia intelectual, por óbvio, não é absoluta. Trata-se, em verdade, do posicionamento de uma tradição no centro da disciplina, seja como tradição hegemônica, seja como competidora nas “escolas” centrais que esgotam a aproximação canônica dentro do campo.

6 CARTOGRAFIAS EUROCÊNTRICAS DA JUSFILOSOFIA LATINO-AMERICANA

Uma forma privilegiada de revelar a estrutura epistemológica e política com que se vai criando uma Teoria Transnacional do Direito (TTD) consiste em analisar a *20th Century Legal Philosophy Series* (de 1945 a 1970), publicada por Harvard University Press. O objetivo da série, que chegou a um total de oito volumes, era o de contribuir para a erradicação do reconhecido paroquialismo da cultura teórico-jurídica norte-americana mediante a seleção e tradução ao inglês da teoria do direito que se produzia em outras partes do mundo. A série constitui, nesse sentido, um claro esforço de "internacionalizar" a filosofia do direito, muito em consonância com o clima intelectual geral dominante depois da Segunda Guerra Mundial. Por essas razões, é um excelente laboratório para examinar a formação de uma filosofia internacional do direito (TTD), ao tempo que põe em clara evidência o funcionamento interno então dominante dos conceitos de "influência" e "transplante teórico". A publicação desta coleção é tanto mais reveladora ao considerar-se que o terceiro volume da série esteve dedicado à filosofia jurídica latino-americana num livro de mesmo nome, *Latin American Legal Philosophy*, editado por Josef Laurenz Kunz, professor da Universidade de Toledo (Ohio, Estados Unidos). Os demais volumes, por contraste, destinaram-se exclusivamente a explorar o significado de ideias jusfilosóficas europeias que se consideravam novidade no ambiente teórico-jurídico dos Estados Unidos. O tomo sobre a América Latina é excepcional: é o único que tenta dar conta das ideias jusfilosóficas dominantes nos países periféricos,⁴⁹ mas, como ficará claro na análise subsequente, o propósito final de Kunz era mostrar como a América Latina era uma clara extensão do projeto civilizatório do Ocidente, e em particular, de sua concepção de juridicidade. Esta afiliação era assaz importante precisamente no segundo pós-guerra, pois a pretendida convergência teórico-jurídica facilitava o projeto de um direito mundial que se desprendia dos novos desenvolvimentos em direito internacional (como a potencial criação de um direito mundial com base na institucionalidade da Organização das Nações Unidas).

A introdução ao volume sobre jusfilosofia latino-americana contrasta notavelmente com as páginas que, para o mesmo fim se ocupam, por exemplo, dos livros dedicados a Kelsen (volume I)⁵⁰, à

⁴⁹ Somado à latino-americana existe somente outro exemplo de teoria jurídica "exótica". Em 1951 foi publicado um volume dedicado à teoria jurídica soviética: BABB, Hugh. *Soviet Legal Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1951. Na Guerra Fria, contudo, a teoria soviética do direito não pode ser considerada como "periférica".

⁵⁰ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

Jurisprudência alemã dos interesses (volume II)⁵¹, à jusfilosofia de Lask, Radbruch e Dabin (volume IV)⁵², à teoria soviética do direito (volume V)⁵³, à tradução de passagens de interesse teórico-jurídico de *Wirtschaft und Gesellschaft* de Max Weber (volume VI)⁵⁴, ao livro de Petrazycki sobre a relação entre direito e moral (volume VII)⁵⁵, e, finalmente, aos institucionalistas franceses (volume VIII)⁵⁶. As introduções a esses livros dão a impressão de estar lidando com tradições teórico-jurídicas autônomas, complexas e altamente transformadoras da cultura jurídica local – neste caso, a dos Estados Unidos –. Essas escolas são assim o produto de processos endógenos de evolução teórica, sendo firmemente assentadas e com vocação de influir mais além de seus próprios limites sobre a prática cotidiana do direito. Frente a estas tradições *fortes*, os norte-americanos demonstram curiosidade de aprender e destacam, antes de tudo, a diferença e a originalidade que exhibe a teoria jurídica estrangeira.

No volume sobre a América Latina, por outro lado, a ênfase é posta não tanto na autonomia, diferença e originalidade, mas antes na continuidade e influencia que os *criollos*^{*****} exibem quanto aos europeus. Por isso, a América Latina e seus autores, ainda que sejam tratados com respeito, constituem uma tradição teórico-jurídica *débil*, cujo mérito consiste, precisamente, no mimetismo e o alinhamento com o europeu. Igualmente notável é o alto nível de abstração da jusfilosofia latino-americana, verdadeiras reflexões professorais que, à diferença de suas contrapartes europeias, situam-se à grande distância das preocupações correntes da prática profissional.

Nesta ordem de ideias resulta ilustrativo analisar a introdução que Joseph Kunz escreve para o volume *Latin American Legal Philosophy*, de 1948. O texto começa citando a um jurista consulto e comparativista latino-americano, Enrique Martínez Paz, quem aceita como pressuposto a obviedade de que “em todas as nações latino-americanas, o pensamento jurídico filosófico seguiu em sua evolução, ainda que com certo atraso, o ritmo do pensamento europeu continental”⁵⁷. A jusfilosofia, assim entendida, é uma empreitada conjunta, universal, que se encaminha progressivamente para revelar a essência do direito. Alguns, contudo, por situarem-se em regiões periféricas do mundo,

⁵¹ SCHOCH, Magdalena (ed.). *The Jurisprudence of Interests*. Cambridge: Harvard University Press, 1948.

⁵² WILK, Kurt (ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

⁵³ BABB, Hugh. *Soviet Legal Philosophy*. *op. cit.*

⁵⁴ RHEINSTEIN, Max (ed.). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1954.

⁵⁵ PETRAZICKY, Léon. *Law and Morality*. Cambridge: Harvard University Press, 1955.

⁵⁶ BRODERICK, Albert (ed.). *The French Institutionalists*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

^{*****} Nota de tradução – “criollos” aqui tem o sentido hispano-americano daquele que nasce ou é da América, sendo diferente de quem é peninsular (da Península ibérica).

⁵⁷ KUNZ, Joseph (ed.). *Latin American Legal Philosophy*. v. III. Cambridge: Harvard University Press, 1948, p. xix.

parecem empenhar-se em reinventar a roda com certo atraso⁵⁸. Logo de estabelecer esta premissa de continuidade teórica, Kunz faz uma apresentação dos principais tópicos de jusfilosofia latino-americana da primeira metade do século XX. Esta apresentação ajudará a definir a modificação de enfoque que quero propor para a jusfilosofia latino-americana. Em especial, a introdução de Kunz coloca para a superfície as condições de possibilidade das teorias jurídicas locais e periféricas dentro da estrutura cognitiva da Teoria Transnacional do Direito em voga a meados do séc. XX.

A primeira e muito importante caracterização que faz Kunz da jusfilosofia latino-americana é que esta não é, em qualquer sentido da palavra, *propriamente* latino-americana. O pensamento jurídico na região pertence a uma comunidade mais ampla de pensamento europeu⁵⁹, pelo menos de duas maneiras: por um lado, a jusfilosofia local pode ser esquematizada e periodizada em fases que são uma mera projeção dos esquemas e períodos próprios do pensamento europeu; por outro lado, a jusfilosofia local responde ao predicamento geral do “homem moderno”, quem termina sendo, uma vez mais, uma projeção da crise da modernidade que o pensamento europeu começava então a articular no período de Entreguerras, tal como em seu momento o descreveu a fenomenologia husserliana⁶⁰. A continuação, examino em detalhe esta dupla projeção.

Em primeiro lugar, Kunz oferece uma periodização do pensamento jusfilosófico latino-americano que está claramente marcada não por eventos ou circunstâncias próprias da região, mas bem pelo marco de referência da filosofia geral europeia. La periodização resultante é estranha e a sincronia transatlântica é difícil de compreender, inclusive para os latino-americanos que aceitam sem objeção o projeto de assimilação regional à Europa. De acordo com Kunz:

[...] no período colonial da América Latina, a filosofia escolástica prevaleceu. Depois do começo da independência, a influência francesa foi essencial em toda a América Latina. Isso significou, na filosofia do direito, a predominância do direito natural francês do século XVIII.⁶¹

Justo depois desta época de jusnaturalismo, “os pensadores latino-americanos trataram de destruir as doutrinas teológicas e metafísicas e, para alcançar este fim, fizeram uso de Herbert

⁵⁸ Ver: BLOOM, Harold. *A Map of Misreading*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Neste livro, Bloom destaca a relevância do “atraso” e do “chegar tarde” na dinâmica da influência poética.

⁵⁹ A mesma comunidade é destacada por J. Mayda ao fazer o mapa dos diferentes usos da palavra “jurisprudência” no pensamento legal. Ao mencionar o juriconsulto brasileiro Miguel Reale, Mayda fala da ideias legais “formuladas no contexto da *tradição europeia-latino-americana*” (MAYDA, Jaro. *François Geny and Modern Jurisprudence*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 1978, p. 109).

⁶⁰ Uma leitura husserliana das tarefas da teoria jurídica, uma leitura da razão em crise, manifesta-se na América Latina, por exemplo, no trabalho do colombiano Luis E. Nieto Arteta (NIETO ARTETA, Luis E. *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*. Medellín: Universidad Bolivariana, 1941).

⁶¹ KUNZ. *Latin American Legal Philosophy*. *op. cit.*

Spencer y, especialmente, de Auguste Comte”. Este período, que vai de 1870 a 1925, esteve dominado “por um positivismo agnóstico, desdenho pela metafísica, hostilidade para com o direito natural, repúdio da especulação metafísica por seu caráter acientífico, e pelo crescente prestígio das ciências naturais”. Depois de 1925, a dominação da filosofia de Comte começa a desvanecer-se, seguindo novamente os sucedidos europeus:

A situação atual – diagnostica Kunz em 1948 – caracteriza-se pelo fato de que a filosofia geral e a filosofia do direito latino-americanas seguiram de novo o ritmo do pensamento europeu continental, especialmente um desenvolvimento dual da filosofia e a jurisprudência alemã e austríaca.

Este “desenvolvimento dual” se refere, segundo Kunz, ao transplante científico-jurídico do neokantismo de Marburg⁶², em primeiro lugar, e em seguida à teoria pura do direito de Hans Kelsen⁶³. A partir da preponderância regional deste desenvolvimento dual, o volume editado por Kunz pretendia dar uma visão global do pensamento jurídico de vanguarda na região. Por tal razão, o livro é uma vitrine de autores latino-americanos para o nascente mercado norte-americano da Teoria Transnacional do Direito. Os autores escolhidos são o guatemalteco-espanhol Luis Recasens Siches; o argentino Carlos Cossio; o mexicano Eduardo García Maynes e o uruguaio Juan Llambías de Azevedo. Ainda que nestes autores a hegemonia de Kelsen era óbvia, também era certo que eles estavam transplantando para a região outros tipos de filosofia acadêmica contemporânea, a saber, a fenomenologia (Husserl)⁶⁴ e o existencialismo (Heidegger). Esta marcada influência tanto da filosofia como da jusfilosofia alemãs gera a ficção de um espaço transnacional no qual o comentarista local pode divagar livremente em companhia de seus colegas europeus:

[p]osto que a filosofia do direito dos autores acima citados aceita, em distinto grau, as filosofias de Husserl, Scheler, Hartman, Dilthey, Heidegger e Ortega y Gasset, *é pertinente considerar o status destas filosofias*.⁶⁵

A voz dos influenciados deixa de falar por si mesma, e os influentes retomam a prioridade:

⁶² “O mesmo movimento [a exemplo da Europa] contra o positivismo e a partir do neokantismo, teve lugar na ciência do direito da América Latina”.

⁶³ “Pero la mayor influencia en la teoría latinoamericana del derecho la ejerce en la actualidad Hans Kelsen” (Ibidem. p. xxi).

⁶⁴ “La fenomenología juega un papel importante en la filosofía del derecho contemporánea en América Latina, y más aún como consecuencia del hecho de que las teorías de valores y la filosofía de la vida dominantes han sido desarrolladas fenomenológicamente” (Ibidem. p. xxiii).

⁶⁵ Ibidem. p. xxxv.

É o movimento fenomenológico o que inspira a maior parte da jurisprudência latino-americana. *Por conseguinte, seria de ajuda descrever brevemente certas características destacadas da filosofia fenomenológica já que os escritos apresentados neste volume estão muito relacionados com ela.*⁶⁶

A partir deste expediente, Kunz cria uma comunidade intelectual imaginada e a América Latina se move agora imaginariamente até o coração mesmo da discussão intelectual na Europa: entender a jurisprudência local coincide com a compreensão do neokantismo de Marburg ou a fenomenologia de Husserl. Forma-se assim uma tradição teórico-jurídica *euro-latino-americana*.

A introdução de Kunz, coerente com seus pressupostos, descreve com maior cuidado os influentes europeus antes que os influenciados americanos, não obstante o objetivo explícito do livro fosse difundir nos Estados Unidos o trabalho de ponta da filosofia do direito latino-americana. Assim, os quatro autores locais escolhidos são reduzidos a meras extensões dos mestres europeus:

A filosofia da vida, especialmente nas ideias de Ortega y Gasset, é básica na filosofia do direito de Recasens (sic) Siches. O existencialismo de Heidegger e, especificamente, seu conceito de ‘temporalidade’, é um dos cimentos da ‘teoria egológica do direito’ de Cossio.⁶⁷

32

Na sequência, o leitor se dá conta que os argumentos de García Maynez são “*exatamente* o raciocínio de Verdross, e, como Verdross, García Maynez é inevitavelmente levado por ele ao direito natural”⁶⁸. No caso de Llambías de Azevedo, “o autor é um seguidor próximo de Scheler e Hartmann”, mas “*ele não leva a cabo uma verdadeira investigação fenomenológica* no sentido de Husserl”. A influência europeia na jurisprudência local constitui sua nota central: “As ideias de Husserl, Scheler e Hartman são, nas palavras dos próprios autores, aceitas como os pressupostos básicos de seus ensaios”⁶⁹.

Como um segundo meio para gerar a comunidade que se necessita para formar a TTD, Kunz afirma que, quanto a seu propósito intelectual y político, “é como homens modernos da cultura cristã ocidental neste período histórico que os filósofos latino-americanos do direito aceitam estas filosofias”⁷⁰ europeias. Este “período histórico”, segundo Kunz, é

[...] uma época de imensa crise para a totalidade da civilização cristã ocidental. A historia da axiologia moderna [...] é, em certa forma, a história de uma cultura – a cultura europeia – lutando por sua vida.⁷¹

⁶⁶ Ibidem. p. xxii.

⁶⁷ Ibidem. p. xxv.

⁶⁸ Ibidem. p. xxxiv (ênfase nossa).

⁶⁹ Ibidem. p. xxxiii (ênfase nossa).

⁷⁰ Ibidem. p. xxxvi.

⁷¹ Ibidem. p. xxxvi.

Esta crise da “cultura europeia”, que sofrem também os latino-americanos, caracteriza-se pela transformação dos valores, pela destruição da fé no progresso e na ciência, pelas mudanças que a tecnologia produziu, pela ansiedade da burguesia ante as ideias políticas e econômicas que antes pareciam ser estáveis, por novas guerras de uma magnitude nunca antes imaginada, e, inclusive, pela permanente ameaça da bomba atômica. Todas estas circunstâncias afetam à comunidade de uma América Latina europeia, cristã e civilizada – mesmo em estado de crise –. Esta é uma forma de aceitar que o trabalho da jusfilosofia está enraizado nas circunstâncias materiais da vida. Contudo, este enraizamento é, na verdade, estranho, inventado, imaginário, o produto de uma crescente comunidade de pensadores jusfilosóficos interessados em convergir em torno a uma TTD de alcance euro-latino-americano. A América Latina parece estar respondendo com as mesmas teorias e aos mesmos objetivos que vive o homem europeu depois da Segunda Guerra Mundial. O latino-americano e seu direito, segundo esta imagem, encontram-se também em crise logo da Segunda Guerra Mundial.

Outra característica importante desta continuidade imaginada de pensamento jusfilosófico entre Europa e América Latina tem que ver com o fato de que a jurisprudência se concebe como a atividade erudita de estudiosos filosóficos que reflexionam sobre o direito em condições de extrema abstração e afastamento da prática diária. Neste sentido, a filosofia do direito latino-americana contrasta notavelmente, por sua abstração e academicismo, com a produção análoga que se faz na TTD da época: pense-se, por exemplo, no típico *Freirechtler* alemão⁷², ou no institucionalista francês, ambos dispostos a desenvolver uma *jurisprudência aplicada* com altos níveis de rendimento prático. A periodização jusfilosófica que Kunz faz para a América Latina pode ter sido verdadeira nas bibliotecas pessoais de certos jusfilosófos e professores de direito, mas carece de sentido nos circuitos efetivos que conformam o direito em sua prática diária. Na descrição de Kunz, uma jusfilosofia está constituída *exclusivamente* pela alta teoria de eruditos e não pelas ideias que penetraram na profissão legal – a que quisera denominar “*jurisprudência pop*”. A alta teoria, tal como a praticam muitos juriconsultos latino-americanos, é principalmente “teoria de teóricos”, v.g., o exercício de envolver-se “em polêmicas teóricas que o pouco que conseguem é alimentar um metadiscorso perpétuo, autorreferencial e frequentemente vazio sobre conceitos tratados como totems intelectuais”⁷³. Os teóricos do direito de

⁷² Sobre isso, ver: FOULKES, Albert. On the German Free Law School (Freirechtsschule). *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. v. 55, n. 3, 1969, p. 367-417.

⁷³ Tomo a expressão “teoria de teórico” de Bourdieu e Wacquant – BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: Chicago University Press, 1991, p. 161.

“alta teoria” pensam seguidamente um modo de “discurso profético ou programático que se origina na dissecação ou amálgama de outras teorias com o único propósito de confrontar outras ‘teorias de teóricos’ puras”⁷⁴. Esta direção para o predomínio da “alta teoria” na filosofia do direito é necessária para criar a comunidade internacional de pensamento que se estrutura em torno à TTD. Para a TTD, seria muito mais difícil formar um campo transnacional de filosofia jurídica se, em vez de teoria de teóricos, fossem examinadas com profundidade as convicções teórico-jurídicas efetivas dominantes numa comunidade jurídica realmente existente. Este é precisamente o vazio que busca encher uma teoria impura do direito para a América Latina.

Nesse sentido, se a verdadeira missão da filosofia do direito fosse a de explorar a “jurisprudência pop” de uma jurisdição, a TTD não se entenderia como uma atividade universal sobre a definição do direito. A jurisprudência pop⁷⁵, com sua transmutação de insumos aparentemente universais, exige,

⁷⁴ Ibidem. p. 161.

⁷⁵ A “ciência do direito (jurisprudência) pop” é minha própria maneira de recriar uma forma de ver a ciência do direito que tem uma arqueologia que não expliquei no texto. Brevemente, farei nesta nota de rodapé uma memória dos estratos da formação que ainda sou consciente: primeiro, o trabalho de Savigny foi pioneiro em seu esforço de definir uma teoria legal que não fosse uma mera continuação de posições filosóficas gerais. A reflexão de Savigny mostra que a teoria do direito pode ser importante e autônoma, já que existem objetos nela que por si mesmos merecem atenção. A ciência do direito pop, pois, participa do deslocamento da filosofia do direito até a teoria jurídica, deslocamento logrado do nascimento, na Alemanha, de uma *Methodenlehre* – ciência de métodos jurídicos (Ver: CASANOVAS, P.; MORESO, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, p. 8). Em segundo lugar, e de certa forma paralelo às preocupações de Savigny, François Génys insiste no fato de que a filosofia legal não deveria ser “filosofia profissional” e sim “filosofia progressiva do sentido comum [...] filosofia do direito no sentido de crítica filosófica da ciência do direito, seguindo o modelo de crítica em várias ciências naturais e sociais.”, e, por conseguinte, levada a cabo “em termos próprios da mesma”. A *philosophie du sens commun progressif* nasce espontaneamente da reflexão atenta e é polida por si mesma por meio de uma contínua integração de elementos da experiência coletiva” (GÉNYS, François. *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris: Sirey, 1912. p. 73). Esta maneira de ver a filosofia do direito, como uma “filosofia de ação” (ibidem. p. xiv), está relacionada com a “filosofia experimental” de Dewey e, provavelmente, com a “sociologia reflexiva” de Bourdieu. Savigny e Génys são, contudo, exemplos bastante raros do pensamento jurídico europeu, no qual o pensamento abstrato segue sendo a prática corrente. Para eles o ponto de vista essencial é poder relacionar a teoria e a prática jurídicas: para Savigny o importante era poder estar em posse da “verdadeira experiência”. Para possuir uma “experiência verdadeira é necessário ter um conhecimento claro e vívido do todo, [e assim] poder compreender efetivamente em sua totalidade o caso particular: somente o teórico fazer com que a prática seja frutífera e instrutiva” (SAVIGNY, F. C. von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1977, p. 142). Génys, por sua vez, rechaça a noção segundo a qual “a teoria não [tem] influencia no desenvolvimento verdadeiro da prática jurídica [...] a alternativa não é sacrificar a prática em prol da teoria. A pergunta é se a prática ilustrada não alcança suas metas com grande certeza e de forma mais completa que a prática cega [...] quando a pergunta se faz desta maneira, não pode haver dúvida a respeito da resposta” (GÉNYS, Fr. *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. op. cit.*, p. xiv). Na ciência do direito anglo-americana, por outro lado, a ideia “jurisprudência pop” está vagamente inspirada na insistência de Llewellyn de identificar o “estilo” de uma época mediante a leitura da literatura por ela produzida. Logo de Llewellyn, muitos outros teóricos do Direito insistem, implícita ou explicitamente, o desenvolver a teoria jurídica com o propósito não de construir a erudição do estudante, e sim o de oferecer uma análise pontual da cultura jurídica dominante. Ver: LLEWELLYN, Karl, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown & Co., 1960, p. 6 (“Demonstraremos também que as decisões judiciais de hoje, em si mesmas, dão excelentes indicações de que tipo de sentido jurídico está funcionando”). Llewellyn também decide estudar “o estilo geral de um período geral sua promessa futura”. (Ibidem. p. 34). O esforço

portanto, a reivindicação da teoria local ou particular do direito desde uma concepção perspectivista e difusionista. A alta teoria, por outra parte, aspira a uma transferência mais expedita de conhecimento através de canais transnacionais, pois, segundo seus pressupostos, a filosofia do direito é necessariamente universal ou general.

7 A MANEIRA DE CONCLUSÃO: A CÓPIA COMO ESPAÇO DE CRIATIVIDADE

Deixando por agora de lado o tópico bastante mais tradicional da “influência” intelectual, quero apresentar outra maneira de conceitualizar o espaço aberto entre a produção e a recepção por meio da ideia, devida ao crítico literário Harold Bloom, de *leitura equivocada*, *leitura tergiversada* ou, melhor ainda, *transmutação*⁷⁶.

Ainda que Kunz pretenda apresentar a natureza mimética da jusfilosofia latino-americana como uma fortaleza em meio da divisão geopolítica entre blocos ideológicos, nos imaginários correntes é amplamente aceito que a jusfilosofia latino-americana é uma reprodução carente de brilho de suas contrapartes do norte. A repetição e mimetismo, contrário ao que opinam Kunz e outros pensadores ideologicamente motivados, é uma *desvantagem notável* na execução das tarefas científicas da jusfilosofia. Mais ainda: a jusfilosofia local carece totalmente de interesse devido a que, ademais de copiar, raramente se aventura a ir mais além de leituras parciais e tergiversadas de autores que são “melhor” compreendidos em ambientes hermenêuticos ricos. Os transplantes teóricos de outras partes, por conseguinte, substituem a produção de uma jusfilosofia local que faça as tarefas próprias da teoria. Adicionalmente, as importações ou transplantes jurisprudenciais são escassos, ao azar, episódicos e fragmentários: a difícil empresa hermenêutica de entender o *corpus* jusfilosófico de uma tradição ou de um autor é substituída por uma recepção a granel de livros e argumentos isolados, geralmente extraídos de seus contextos materiais e intratextuais. Estas porções de informação são lidas, ademais, sem o benefício de compartilhar com o autor as *pré-compreensões* que permitem a leitura standardizada de seus argumentos⁷⁷. Os jusfilósofos que trabalham desde tradições acadêmicas *pouco prestigiosas* e periféricas usualmente não participam de maneira crível na empresa hermenêutica de entender e desenvolver os argumentos jusfilosóficos que circulam na TTD. Eles participam, se é que o fazem, na

de uma teoria impura do direito para a América Latina pode ser vista como uma reconstrução dos estilos e períodos dominantes dentro de uma ciência do direito local.

⁷⁶ Bloom utiliza, em inglês, os termos *misreading* e *misread* para se referir ao processo de mutação que executa o leitor forte a partir de uma obra original. Esta transformação, ainda sendo uma “má leitura”, não é simplesmente uma falta de compreensão: é, de fato, a única possibilidade de originalidade.

⁷⁷ Ver: GADAMER, H. G. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1991.

transmissão e reprodução locais de novas doutrinas e ideias de pretensões mais universais. Neste modelo de dependência e subordinação teórica, os atores locais são despojados de agência na produção válida de saber teórico-jurídico. As jurisprudências locais parecem estar condenadas ao vaivém de modas intelectuais que não se relacionam completamente com as circunstâncias e os contextos político-jurídicos concretos que se supõe que têm o dever de teorizar e explicar.

As influências e as leituras tergiversadas conduzem aos conceitos, ainda mais pejorativos, de *cópia* e *plágio*.⁷⁸ Os conceitos que até aqui utilizei – influência, leitura equivocada, transmutação, imitação, cópia e plágio – definem, ainda que com matizes, o espaço vazio entre produção e recepção em jurisprudência. Marcadores geopolíticos e hierárquicos como centro e periferia, lugares de produção e lugares de recepção, jurisdições prestigiosas y não prestigiosas, tradições fortes e tradições também ajudam a definir preliminarmente o sentido em que ocorre o fluxo de ideias e teorias. A trajetória das ideias começa usualmente em lugares de produção no Ocidente – França, Alemanha, Estados Unidos –, prossegue por lugares intermediários de tradução e difusão na semiperiferia – México, Argentina, e agora talvez a Colômbia, são exemplos destes lugares intermediários na América Latina – para chegar, por último, a lugares de (aparentemente) passiva e total recepção.

Meu argumento não consiste em denunciar que a estrutura internacional do saber venha a despojar de agência às teorias locais produzidas na periferia. O argumento que proponho não conduz à emancipação intelectual pelo caminho sugerido pelos teóricos da dependência⁷⁹ ou a subalternidade⁸⁰. Meu objetivo é mostrar como, sem necessidade de variar a estrutura universal de produção de conhecimento, os teóricos locais do direito podemos fazer muito para redimir as tarefas científicas da teoria jurídica nos países periféricos ou semiperiféricos. Para começar a mudar a visão segundo a qual a América Latina é dependente do centro em jusfilosofia, não se necessita iniciar por negar o óbvio: que o pensamento local se formou em processos miméticos, em cadeias transláticas frente ao jusfilosofar do Atlântico Norte; não se requer, portanto, tratar de mostrar um vibrante

⁷⁸ Os matizes de significado nestes conceitos podem ser vistos, por exemplo, entre Kelsen e seu emblemático seguidor latino-americano, o argentino Carlos Cossio. A relação ódio/amor entre pai e filho se desenvolveu sob o sutil tema de que tanto o pensamento de Cossio era criativo e de que tanto era simples plágio, como finalmente Kelsen chegou a pensar. O passo inaceitável de Cossio, segundo Kelsen, foi a publicação de um único volume intitulado “Kelsen-Cossio”, um texto que reproduzia as conferências de Kelsen em Buenos Aires em 1949 e as opiniões de Cossio. Tal como o conta o biógrafo de Kelsen, Rudolf Metall, “[aquél] tuvo que tomar fuertes medidas para hacer que se retirara de circulación este libro no autorizado, además de verse involucrado *por* Cossio en una controversia que duró hasta 1953” (METALL, Rudolf. *Hans Kelsen, vida y obra*. México: Universidad Autónoma de México, 1976. p. 94). Nessa ordem de ideias, Metall rechaça a teoria de Cossio, a assim chamada “teoria egológica”.

⁷⁹ Ver, a esse respeito, a obra do economista Celso Furtado (FURTADO, Celso. *Obras escogidas*. Bogotá: Plaza & Janés, 1982).

⁸⁰ Ver, a esse respeito, a obra de H. Bhabha (BHABHA, Homi K. *The Location of Culture*. London: Routledge, 1994).

mundo intelectual local, *criollo* ou pré-colombiano, para justificar uma originalidade independente da influência do centro; não faz falta reconstruir uma legalidade ancestral e de raiz que se oponha à legalidade ocidental. Esta via, *criolla* e pré-colombiana, foi tentada também por autores locais interessados na fundação antagônica de uma filosofia periférica própria⁸¹.

As duas estratégias assim esboçadas me parecem insatisfatórias: a primeira, supor que a América Latina é tão somente uma extensão de ideias universais, conduz efetivamente, como o assinalam os teóricos da dependência, a uma posição intelectual alienada na qual a reflexão não cumpre o trabalho essencial de diagnosticar as realidades e necessidades locais para oferecer-lhes caminhos de debate e solução; a segunda, negar a dependência e reinventar, usualmente mediante a história do mais nativo ou próprio, o caráter completamente original do local. Não se trata, pois, nem de mera cópia nem de pura originalidade. O espaço entre produção e recepção de teorias é muito mais interessante que o que tendem a indicar os conceitos de influência, leitura equivocada, imitação, cópia e plágio. Na realidade, a teoria jurídica particular é em si mesma uma atividade de produção e não de mera recepção. Uma de suas principais limitações, a leitura dentro de ambientes hermenêuticos pobres, origina ao mesmo tempo uma de suas características mais fascinantes: a teoria jurídica latino-americana não simplesmente copia ou imita; em vez disso, muda e transforma – tergiversa ou transmuta no sentido muito especial de Bloom – tudo o que toca. Desta forma, *pode* ser que, ao final, as teorias meramente imitativas de países não prestigiosos em jusfilosofia terminem sendo tão ricas em sugestões e desenvolvimentos como as das tradições fortes e reconhecidas.

Estas considerações permitem anunciar agora o esquema argumentativo geral que segue uma teoria impura do direito para a América Latina: nos lugares de recepção de jusfilosofia ocorrem importantes transmutações ou tergiversação das ideias provenientes dos lugares de produção. Essas ideias, ainda que sejam transmutações ou tergiversações, não podem ser desestimadas, assim no mais, por tratarem-se de produtos miméticos ou translaticios. Não se trata de “erros” que requerem correção mediante o ajustamento à leitura standardizada que se faz em outros lugares. As transmutações terminam sendo, para bem ou para mal, o inventário de ideias jusfilosóficas disponíveis numa jurisdição. Nesse sentido, as leituras tergiversadas não podem ser substituídas por leituras normalizadas. As leituras tergiversadas impulsionam práticas jurídicas locais, e, portanto, estão imbricadas com a cultura local e produzem dinâmicas passadas e futuras – que já não se podem desfazer. Mas ainda há mais: não é simplesmente por fatalidade que devemos nos conformar com a

⁸¹ Exemplos disto se dão especialmente em temas como o marxismo político e a etnoecologia, etc.

transmutação eidética que produz a recepção. Não se trata simplesmente de um erro teórico que as tergiversações locais tenham feito moeda corrente, como usualmente se denuncia da recepção *vulgar* da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Muito pelo contrário: a leitura tergiversada abre a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação. O estudo cuidadoso destas transformações revela usos locais tão ou incluso mais interessantes que a história natural dessas mesmas ideias nos lugares de produção. Para somente mencionar alguns dos *efeitos transmutativos*, vale a pena ressaltar, por exemplo, como as teorias jurídicas consideradas aliadas ou próximas a TTD terminam convertendo-se nas insígnias de lutas e dissensos na jurisprudência local. Escritos e autores teórico-jurídicos mudam seu significado normalizado nos lugares de produção e assumem novas responsabilidades e direções nos lugares de recepção. Desta maneira, e só como um exemplo preliminar, as obras de Kelsen e de Hart, que desde a visão de uma TTD normalizada ocupam o espaço comum do positivismo jurídico, terminam sendo enfrentadas na jurisprudência local muito mais além das diferenças de detalhe já conhecidas pelos acadêmicos do norte do Atlântico. Nos usos que se fazem destas teorias na jurisprudência regional, Hart e Kelsen são totens teóricos de um sério conflito jurídico que vai mais além das diferenças internas de matizes facilmente aceitáveis dentro do campo positivista: de fato, nos lugares de recepção, Kelsen e Hart podem ser alocados em campos opostos da teoria jurídica. Para agregar à surpresa, também é importante mostrar como Hart e Dworkin, cujas teorias jurídicas são frequentemente descritas como um “debate”, na América Latina terminam sendo aliados no processo de crítica e transformação da teoria local do direito no último quarto de século XX. Estes *efeitos transmutativos*, parece-me, chamam à surpresa e não ao desdém. A *resposta adequada* frente a estes fenômenos deve apontar para o estudo sistemático de como se produzem transmutações teóricas e como estas dão forma a culturas jurídicas reais; a *resposta inadequada* é o desprezo pelo erro e o mimetismo de tradições teórico-jurídicas pobres, a correção imediata mediante a adoção de leituras standardizadas e a reconstituição fictícia de uma TTD que, finalmente, *não pode* explicar o inventário efetivo de ideias que constituem a cultural jurídica local.

Não obstante, quero esclarecer um ponto da maior importância: não estou interessado, de per se, em leituras tergiversadas ou transmutações de autores do norte do Atlântico. Não me interessam, de per se, as transmutações do pensamento kelseniano: interessa-me como a transmutação do pensamento kelseniano é importante para entender o conceito local que do direito se forjou a teoria jurídica do lugar onde eu pratico e ensino direito. O detectar e a descrição da forma como a transmutação gerou cultura jurídica local é uma maneira privilegiada, primeiro, de cumprir com os fins científicos aos que qualquer teoria está chamada, e segundo, de gerar um sentido de tradição, relevância e autoestima

que a teorização periférica foi incapaz de obter, sufocada, no externo, por certa marginalidade incompetente que resulta de uma inegável ansiedade de absorver a TTD como forma definitiva da teoria jurídica, e no interno, pelo totalitarismo da concepção profissionalizante do direito ainda dominante entre professores e estudantes da região.

Qual é a possível utilidade desta estratégia que consiste em estudar as transmutações teóricas? Temos, como parece ser a opinião majoritária, que endereçar e corrigir as leituras equivocadas que se produzem nos lugares de recepção? Penso que não. Penso, pelo contrário, que ao menos por duas razões temos que explorar sistematicamente essas leituras equivocadas. Em primeiro lugar, esta história de leituras equivocadas constitui *a jurisprudência relevante e efetiva dos sistemas jurídicos locais*. Existem sistemas jurídicos reais na América Latina, sem dúvida, e estes sistemas *têm* práticas que são, em algum nível, mediadas ou articuladas por proposições abstratas (de natureza teórica) sobre o que é em geral o direito. Sustento que este sistema de proposições teóricas que transpassam as práticas locais não forma sem mais um contínuo com a TTD, ainda que, por outro lado, não se trata de uma tradição indígena independente daquela. As jurisprudências realmente dominantes na América Latina, com efeito, absorveram muitos dos elementos centrais da TTD, mas no sentido criativo que tratei de estipular, estes transplantes teóricos foram transmutados em formas muito complexas.

A descrição e a análise dos processos de transmutação constituem um passo inevitável na autoapropriação consciente das teorias jurídicas locais, usualmente invisibilizadas pela ficção de uma continuidade acrítica com a TTD. Penso, em segundo lugar, que as leituras tergiversadas são importantes, já não só para a refundação de teorias locais com altos níveis de autoestima e relevância, mas inclusive também para a animação e dinamização da discussão na TTD. Apreciando-se o valor das tergiversações e transmutações teóricas, os países teoricamente periféricos poderiam terminar aportando à TTD novos pontos de vista sobre a riqueza e possibilidades de em autor, uma ideia ou em argumento. Nesse sentido, as jurisprudências locais teriam muito que aportar a um caleidoscópio universal de transmutações em teoria jurídica, em vez de assumir que certas leituras standard centrais têm direito à hegemonia universal. François Gény, para só colocar um exemplo, foi tão utilizado na reconstrução do direito egípcio como na do direito latino-americano no primeiro terço do séc. XX. No Oriente, seu texto serviu para compaginar o direito islâmico tradicional com o direito civil moderno construído a partir de um “sentido comum progressivo”⁸²; vale dizer, de outro lado, que sua centralidade em terras americanas obedeceu a razões completamente diferentes. Pode-se inclusive ir

⁸² Ver, a esse respeito, Amr Shalakany (SHALAKANY, Amr. *The Analytics of the Social in Private Law Theory: A Comparative Study*. S. J. D. Dissertation, Harvard Law School, 2000).

mais longe e afirmar que aquelas teorias, argumentos e autores que foram elevados ao espaço de uma TTD objetiva e universalmente válida são, por sua vez, simplesmente o produto de jurisprudências também locais; claro está, de umas jurisprudências altamente prestigiosas que de alguma maneira foram sendo elaboradas para converter-se em mercadorias transnacionais.

Em resumo: uma teoria impura do direito para a América Latina tratará de sustentar a tese geral segundo a qual é necessário, tanto em escala local como translocal, revelar os processos de transmutação teórico-jurídica que se produzem entre os lugares de produção e de recepção. Estes tipos de estudos são necessários localmente, primeiro, porque sem uma análise das transmutações, não é possível reconstruir uma teoria cultural do direito na América Latina que cumpra para com os objetivos científicos de qualquer discurso teórico. E este enfoque é necessário translocalmente, ademais, porque se trata de mostrar como para o caso da América Latina as leituras transmutativas, apesar de sua natureza heterodoxa e substandard, podem ser tão fascinantes e enriquecedoras como a experiência de empreender leituras ortodoxas e standards de autores jusfilosóficos. Desde este ponto de vista, poderíamos tentar fazer mapas globais do impacto e importância das novas teorias da argumentação/interpretação jurídica e seus “autores-emblema”, pois na experiência constitucional contemporânea de países tão diversos como África do Sul, Hungria, Coreia do Sul, Egito ou Colômbia aqueles se globalizaram. As leituras tergiversadas criam a mesma experiência de satisfação e êxito que se sente quando alguém *entende* uma argumentação teórica num sentido mais estrito e tradicional. Paradoxalmente, uma vez mais, este tipo de leituras poderiam terminar enriquecendo de uma maneira muito mais dinâmica aqueles estudos de autor que empreende a TTD – dando-lhe quiçá mais diversidade às ainda florescentes empresas de exegese kelseniana, hartiana ou dworkiniana – nos que os eruditos periféricos muito poucas vezes têm êxito profissional.

40

REFERÊNCIAS

AA.VV. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999.

_____. *Observatorio de Justicia Constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998.

ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Boston: Belknap-Harvard, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APONTE, Alejandro. La tutela contra sentencias: el juez como garante de los derechos humanos fundamentales. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999.

_____. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

_____. El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 5, 1994.

_____. Jurisdicción e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 4, 1993.

ATIENZA, Manuel. *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ATRIA, Fernando. Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*. v. 18, issue 5, 1999.

AUSTIN, J. L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1981.

BABB, Hugh. *Soviet Legal Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

BHABHA, Homi K. *The Location of Culture*. London: Routledge, 1994.

BLOOM, Harold. *A Map of Misreading*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

BONILLA, Daniel. Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano. In: ALEGRE, Marcelo; ATRIA, Fernando et al. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)-Universidad de Palermo, 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. London: Polity Press, 1990.

_____; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: Chicago University Press, 1991.

BRODERICK, Albert (ed.). *The French Institutionalists*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASANOVAS, P.; MORESO, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.

CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

_____. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992.

_____. Los derechos y la interpretación de la Constitución. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993.

CHINCHILLA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999.

COLLINS, R. *The Sociology of Philosophies. A Global Theory of Intellectual Change*. Boston: Belknao-Harvard, 2000.

COULSON, Noel J. *Historia del derecho islámico*. Barcelona: Bellaterra, 2000.

DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism and human rights: implications for international relations*. London/New York: I. B. Tauris, 1998.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

DUEÑAS, Óscar. *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000.

_____. *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000.

DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. In: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

ELKIN, Stephen L. The Constitutional Theory of the Commercial Republic. *Fordham L. Rev.* n. 69, 2001.

EPP, Charles. *The Rights revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1997.

ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo: construcción y desconstrucción del desarrollo*. Bogotá: Norma, 1998.

FAY, Brian. *Contemporary Philosophy of Social Science: A Multicultural Approach*. London: Black-well, 1999.

FELDMAN, Stephen M. The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence. *Iowa L. Rev.* n. 76, 1991.

FERNÁNDEZ RETAMAR, Roberto. *Todo Calibán*. Bogotá: ILSA, 2005.

FOULKES, Albert. On the German Free Law School (Freirechtsschule). *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. v. 55, n. 3, 1969.

FURTADO, Celso. *Obras escogidas*. Bogotá: Plaza & Janés, 1982.

GADAMER, H. G. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1991.

GARCÍA, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

_____. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

_____; RODRÍGUEZ, César. La acción de tutela. In: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris: Sirey, 1912.

GOLDING, Martin. Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century America: Major Themes and Developments. *J. Legal Educ.* n. 36, p. 441, 1986.

HART, Herbert L. A. American Jurisprudence thought English Eyes: The Noble Dream and the Nightmare. In: HART. *Essays on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial-Pons, 2001.

JARAMILLO, Isabel Cristina. El hogar, ¿espacio privado o público? A propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de violencia contra las mujeres por parte de sus esposos o compañeros permanentes. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: UniAndes/Tercer Mundo, 2000.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KENNEDY, David. Il Kelsen delle “Oliver Wendell Holmes Lectures”: un pragmatista del diritto internazionale pubblico. *Diritto e Cultura*. a. IV, n. 2, Roma, 1994.

KUNZ, Joseph (ed.). *Latin American Legal Philosophy*. vol. III. Cambridge: Harvard University Press, 1948.

LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LINDAHL, Hans. Authority and Representation. *Law and Philosophy*. v. 19, issue 2, 2000.

LLEWELLYN, Karl, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown & Co., 1960.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2001.

MAYDA, Jaro. *François Geny and Modern Jurisprudence*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 1978.

METALL, Rudolf. *Hans Kelsen, vida y obra*. México: Universidad Autónoma de México, 1976.

MILLER, Jonathan. The Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith. *Am. U. L. Rev.* n. 46, 1997.

MORELLI, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

NIETO ARTETA, Luis E. *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*. Medellín: Universidad Bolivariana, 1941.

NINO, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

_____. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

_____. Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America. *U. Miami L Rev.* n. 44, p. 129, 1989.

NORRIS, Christopher. *Sociology of Knowledge. Cultural and Critical Theory.* Oxford: Blackwell, 1996.

OROZCO, Iván; GÓMEZ, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal.* Bogotá: Ministerio de Justicia, 1997.

OSUNA, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

OSUNA, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

PATTERSON, Dennis. Poverty of Interpretative Universalism: Toward Reconstruction of Legal Theory. *Texas Law Review.* n. 72, 1, 2-3, 1993.

PERELMAN, C.; OBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica.* Madrid: Gredos, 1989.

PETRAZICKY, Léon. *Law and Morality.* Cambridge: Harvard University Press, 1955.

RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho.* México: Porrúa, 1956.

RHEINSTEIN, Max (ed.). *Max Weber on Law in Economy and Society.* Cambridge: Harvard University Press, 1954.

RODRÍGUEZ, César. Estudio preliminar. In: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1997.

_____. *Nueva interpretación constitucional.* Medellín: Diké, 1998.

ROSENFELD, Michel. Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example. *Cardozo L. Rev.* n. 19, 1998.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998.

SAVIGNY, F. C. von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

SCHOCH, Magdalena (ed.). *The Jurisprudence of Interests*. Cambridge: Harvard University Press, 1948.

SHALAKANY, Amr. *The Analytics of the Social in Private Law Theory: A Comparative Study*. S. J. D. Dissertation, Harvard Law School, 2000.

47

SHANNON, Thomas. *An Introduction to World-System Perspectives*. London: Westview, 1996.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

STICK, John. Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in Law's Empire. *UCLA L. Rev.* n. 34, 1986.

SUK, Jeannie. Note: Originality. *Harvard Law Review*. n. 115, 2002.

TAYLOR, Celia R. Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks. *Am. J. Comp. L.* n. 45, 1997.

UPRIMNY, Rodrigo. El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

UPRIMNY, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio. *The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia*. mimeo.

VALENCIA VILLA, Hernando. *La constitución de la quimera: Rousseau y la república jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar*. Bogotá: Caja de Herramientas, 1992.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.

WEST, Robin. Are There Nothing But Texts in this Class? Interpreting the Interpretative Turns in Legal Thought. *Chi-Kent. L. Rev.* n. 76, 2000.

WILK, Kurt (ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbrunch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

48

Submissão: 30/07/2016
Aceito para Publicação: 30/07/2016



»L'ÉTAT, C'EST LE DROIT!« – SOBRE A ATUALIDADE DA TEORIA DO
ESTADO DE HANS Kelsen EM FACE DA METAMORFOSE DO PODER
ESTATAL*

»L'ÉTAT, C'EST LE DROIT!« - ZUR AKTUALITÄT DER STAATSLHRE HANS KELSENS
IM ANGESICHT SICH WANDELNDER STAATSGEWALT

»L'ÉTAT, C'EST LE DROIT!« - THE CURRENT IMPORTANCE OF HANS KELSSEN'S
STATE DOCTRINE IN LIGHT OF THE STATE POWER CHANGES

Philipp Reimer**

RESUMO: Confrontada com evidentes mutações na estruturação de instituições e atividades estatais, a teoria do direito pode nos dizer que aspectos deste processo de metamorfose devem ser considerados pelos estudos jurídicos – bem como quais aspectos não precisam ser levados em conta. Fazendo uso de uma abordagem kelseniana, este artigo demonstra como a teoria do direito (compreendida como disciplina normativa) não enfrenta quaisquer dificuldades ao lidar com fenômenos da ordem do dia tais quais „soft law“, „governo de múltiplos níveis“ ou „pluralismo jurídico“. A distinção entre normativo e empírico é a chave interpretativa, aqui, de tal forma que a investigação desta última esfera pertence ao domínio das ciências sociais e não da teoria do direito.

ABSTRACT: When facing eminent change of the way government institutions and activities are structured, legal theory can tell us in what respects legal scholarship needs to take account of such change - and also, in what respects it does not. Using a Kelsenian approach, this paper shows how legal theory (understood as a normative discipline) has no difficulty in coping with modern-day phenomena such as "soft law", "multi-level government", and "legal pluralism". The distinction of the normative and the empirical is key here, where the study of the latter falls into the domain of the social sciences, not legal theory.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade entre Estado e direito. Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Teoria normativa. Pluralismo jurídico.

KEYWORDS: Identity of legal order and state. Hans Kelsen. Pure theory of law. Normative theory. Legal pluralism.

SUMÁRIO: 1 Transformação do Estado – de que Estado? 1.1 Um Estado, duas dimensões, três elementos? 1.2 Diferenciação dos conceitos de Estado. 1.3 Conceito teórico-jurídico de Estado e transformação do Estado. 2 Transformações do conteúdo do direito. 2.1 Autorregulação. 2.2 »Soft law«. 3 Transformação da estrutura do direito: Substituição do Estado. 3.1 »Sistemas de múltiplos níveis« e »pluralismo jurídico« como (aparente) desafio a um teoria do direito centrada no Estado. 3.1.1 »Sistemas de múltiplos níveis«. 3.1.2 »Pluralismo jurídico«. 3.2 Substituição, não transformação do Estado. 3.2.1 A antiquada teoria do direito centrada no Estado como quimera. 3.2.2 A necessária unidade da perspectiva jurídica da ciência normativa. 3.2.2.1 Derrogação apenas internamente a uma ordem jurídica. 3.2.2.2 Construção do direito internacional público e do direito europeu. 3.2.3 O caráter arbitrário da escolha do ponto de partida da abordagem jurídica. Conclusão – perspectivas científico-normativas e científico-sociais sobre a “transformação do Estado”. Referências Bibliográficas.

* Publicação original: REIMER, Philipp. »L'État, c'est le droit!« - Zur Aktualität der Staatslehre Hans Kelsens im Angesicht sich wandelnder Staatsgewalt. In: HESCHL, Lisa et seq (Eds.). *L'État, c'est quoi? Staatsgewalt im Wandel*. 54. Assistententagung Öffentliches Recht. Graz: Helbing & Lichtenhahn, 2014, p. 37-57. Traduzido por Rodrigo Garcia Cadore, doutorando em Teoria do Direito e Direito Público pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), Alemanha, com autorização do autor.

** Livre-docente em Direito Público e Teoria do Direito pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), Alemanha. Professor Privatdozent na Faculdade de Direito da Universidade de Mainz (Johannes Gutenberg Universität Mainz), Alemanha.

1 TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO – DE QUE ESTADO?

1.1 Um Estado, duas dimensões, três elementos?

A questão *acerca do que seja o Estado* tem ocupado desde muito tempo não apenas os juristas. Hoje tem-se por fundamentalmente claro que esta questão não pode ser colocada desta maneira, na medida em que a busca por uma “essência” de Estado no firmamento das ideias está, reconhecidamente, fadada ao fracasso.¹ Somente pode se tratar, aqui, de uma *construção* conceitual que seja adequada aos respectivos interesses cognitivos em jogo. Sendo assim, a própria *questão* que serve de ponto de partida a este ciclo de conferências - »L’État, c’est quoi?« - convida a uma retrospectiva reflexiva desde a perspectiva da teoria da ciência.

A antiga “teoria geral do Estado”, como aquela de *Georg Jellinek*,² nesse sentido, aparece ainda amarrada a um pensamento essencialista. Esta teoria concebe o “Estado” como um ente unitário que poderia se manifestar tanto como uma construção jurídica quanto como uma estrutura fático-socialmente experienciável.³ Este Estado pertenceria simultaneamente à esfera do dever ser jurídico e à esfera do ser fático e deveria ser investigado a partir destas “duas dimensões”.⁴ Quando se está ou não perante um Estado é algo que haveria de ser determinado por meio da “teoria dos três elementos”: um Estado seria, assim, uma organização de poder em exercício, que domina um grupo de seres humanos e um determinado território.⁵

51

¹ Veja-se, sobre a posição de Kelsen, DREIER, Horst. Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (org.). *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, p. 81 (p. 96).

² Sobre a “reabilitação” desta teoria, vide VOSSKUHL, Andreas. Die Renaissance der »Allgemeinen Staatslehre« im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung. *JuS*, v. 44, 2004, p. 2; sobre sua peculiaridade como excepcionalismo [Sonderweg] alemão: LEPSIUS, Oliver. Die Zwei-Seiten-Lehre des Staates. In: ANTER, Andreas (org.). *Die normative Kraft des Faktischen*, 2004, p. 63 (p. 84 e ss.).

³ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed., 1914, p. 11, 50, 174–183; ainda HOLUBEK, Reinhard. *Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft*, 1961, p. 61–68; ALBERT, Hans-Peter. *Der Staat als »Handlungssubjekt«*, 1988, p. 80–89; KOCH, Hans-Joachim. Die staatsrechtliche Methode im Streit um die Zwei-Seiten-Theorie des Staates (Jellinek, Kelsen, Heller). In: PAULSON, Stanley L.; SCHULTE, Martin (orgs.). *Georg Jellinek*, 2000, p. 371; LEPSIUS, Oliver. Georg Jellineks Methodenlehre. In: PAULSON, Stanley L.; SCHULTE, Martin (orgs.). *op. cit.*, p. 309 (p. 329–331); LEPSIUS, Oliver. *op. cit.*, p. 63 (p. 84 e ss.).

⁴ Sobre os possíveis backgrounds científico-estratégicos desta abordagem, veja-se. KERSTEN, J. *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, p. 149 e ss; para uma crítica epistemológica KELSEN, H. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, p. 114–120, e, ainda OUYEN, R. Ch. van. *Der Staat der Moderne*, 2003, p. 28–39.

⁵ JELLINEK, G. *op. cit.*, p. 394–434. Sobre o desenvolvimento e recepção [da teoria dos três elementos], veja-se KETTLER, Dietmar. *Die Drei-Elemente-Lehre*. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung und Kritik, 1995.

1.2 Diferenciação dos conceitos de Estado

A construção conceitual da “teoria das duas dimensões” é, contudo, excessivamente indiferenciada – eis uma das principais constatações da Teoria Pura do Direito inaugurada por Hans Kelsen.⁶ O caráter de Janus do “Estado” se manifesta apenas porque dois diferentes objetos podem ser referidos com a mesma palavra: “Estado” pode ser, por um lado, um fenômeno ou uma ordem de coisas fático-social, como uma organização que persegue certos interesses na realidade empírica; com o que se tem em mente um conceito de Estado das ciências sociais (sociológico). Por outro lado, “Estado” designa a estrutura do direito; escolhe-se, nesse caso, um conceito de Estado das ciências normativas.⁷ Esta cisão de um “Estado” portador de duas faces em dois diferentes “Estados” é uma condição de possibilidade do conhecimento – o que vale para as “duas dimensões do Estado”. Um dos objetos pertence à “realidade causal”, o outro, à “idealidade normativa”;⁸ um conceito é um “conceito natural” [empírico], o outro, um “conceito jurídico”.⁹

Se deseja-se compreender o Estado sociologicamente, então apenas fatos do ser constituem objeto de interesse cognitivo.¹⁰ Aqui seria possível um conceito estatal desde a perspectiva das ciências organizacionais ou da teoria dos sistemas, que foca sobre um sistema parcial da sociedade constituído por meio de comunicações específicas.¹¹ Em todo caso, tratar-se-ia de “aglomerados de poder simplesmente justapostos de modo fático”.¹²

⁶ Veja-se, por exemplo: KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, p. 405 e ss. Vide também JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 2, p. 21 (p. 541–543); KELSEN, Hans. *Die soziologische und die juristische Staatsidee* (1914). In: JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 3, p. 201; KELSEN, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, p. 105–120; VERDROSS, Alfred. *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*. *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, v. 29, 1921, p. 65 (p. 84).

⁷ Sobre a distinção entre abordagens científico-causais e científico-normativas KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960, p. 78 e ss. A distinção aparece também em JELLINEK, G. *op. cit.*, p. 19–21; contudo, ali o Estado é compreendido como um objeto unitário, que deve ser investigado em duas dimensões mediante uma “diversificação do método” (p. 11).

⁸ KELSEN, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, p. 2.

⁹ KELSEN, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, p. 117; veja-se também KELSEN, H. *Staatsidee* (nota de rodapé 6, acima), p. 210.

¹⁰ Apenas em sentido metafórico designa Kelsen esta como a “por assim dizer metade sociológica” do Estado: KELSEN, H. *Staatsform als Rechtsform*. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. 5, 1926, p. 73 (p. 74).

¹¹ Veja-se LUHMANN, N. *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, p. 195 e ss., p. 243–253 e passim; LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 582.

¹² DREIER, H. *op. cit.*, p. 95.

Contudo, mesmo internamente à perspectiva das ciências normativas e da perspectiva jurídica em sentido estrito, “Estado” e “Estado” não possuem o mesmo significado. Antes pelo contrário, aqui deixam-se novamente distinguir (ao menos) dois conceitos de Estado:¹³

»Estado₁« é a personificação de uma - relativamente centralizada¹⁴ ordem jurídica total.¹⁵ Este é o conceito teórico-jurídico de Estado da Teoria Pura do Direito. A este Estado pertencem todas as normas de uma ordem jurídica: desde a constituição até os derradeiros negócios jurídicos, passando pelas decisões judiciais e atos administrativos.¹⁶

»Estado₂« é, por sua vez, a personificação de uma *parcela* da ordem jurídica,¹⁷ que é qualificada de determinada maneira - uma »pessoa estatal«, submetida à ordem jurídica.¹⁸ Do mesmo modo como uma associação ou uma sociedade podem ser compreendidas juridicamente como personificação de seus estatutos,¹⁹ assim também este »Estado« é uma reunião intelectual das normas que lhe imputam obrigações e direitos.²⁰ Este conceito de Estado corresponde à prática linguística da dogmática jurídica.²¹ Para cada norma positivada pode, em conformidade com este entendimento, ser necessário um conceito próprio [de Estado], cujos significado e alcance dependem, em cada caso, da concreta configuração do direito positivo. Pense-se, exemplificativamente, no conceito de Estado do direito

¹³ Veja-se, por exemplo, KELSEN, Hans. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 270; SANDER, Fritz. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. 1, 1919/1920, p. 132 (p. 153 nota de rodapé 2).

¹⁴ KELSEN, Hans. (nota de rodapé 7, acima), p. 289 e ss..

¹⁵ Veja-se KELSEN, Hans. *Über Staatsunrecht. Grünhuts Zeitschrift*, v. 40 (1914), p. 1 (p. 9 e ss); igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 3, p. 439 (p. 447); KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 14, 1926, p. 227 (p. 243); Idem. *Reine Rechtslehre*. 1. ed., 1934, p. 117–121; Idem. *Reine Rechtslehre*. 2. ed., (nota de rodapé 7, acima), p. 289–293; MERKL, Adolf Julius. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 291 e ss. Sobre a identificação entre Estado e Direito em *Kelsen* veja-se, por exemplo, DREIER, H. *op. cit.* (nota de rodapé 1, acima), p. 95–98.

¹⁶ Sobre o caráter de normas jurídicas destas regulações destinadas a casos singulares, tal qual assumido pela Teoria Pura do Direito, veja-se KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 1. ed., (nota de rodapé 15, acima), p. 79–82; Idem. *Reine Rechtslehre*. 2. ed (nota de rodapé 7, acima), p. 242, 261 e ss.

¹⁷ MERKL, A. J. *op. cit.* (nota de rodapé 15, acima), p. 293; KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 1. ed. (nota de rodapé 15, acima), p. 121–124; Idem. *Reine Rechtslehre*. 2. ed (nota de rodapé 7, acima), p. 296.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, KELSEN, Hans. *Staatsidee* (nota de rodapé 6, acima), p. 225–227; Idem, *Staatsunrecht* (nota de rodapé 15, acima), p. 7; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 3, p. 445. A não tão simples individualização do Estado₂ é tentada por MERKL, A. J. *op. cit.* (nota de rodapé 15, acima), p. 295, pela via do financiamento; veja-se ainda KELSEN, Hans. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 299–301.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, p. 20; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 235 (p. 291); KELSEN, Hans. *Staat und Völkerrecht. Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 4, 1925, p. 207 (p. 220).

²⁰ Veja-se KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 293.

²¹ Com MERKL, Adolf. *op. cit.* (nota de rodapé 15, acima), p. 304 e ss., pode-se distinguir do »Estado₂« ainda um »Estado₃«, que designaria o Estado enquanto conteúdo do direito positivo em sua contraposição a corporações dotadas de autonomia administrativa. Assim fica claro: pode haver inúmeros conceitos de Estado voltados para o conteúdo do direito positivo.

constitucional ou do direito internacional público, como no Art. 34 § 1º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Diante do pano de fundo destas possibilidades de diferenciação, é de se perguntar qual o ponto da insistência de *Kelsen* no »Estado1« - na insistência de que o »Estado« deve ser compreendido como algo que é idêntico à »ordem jurídica«? A crítica de *Kelsen* aos conceitos sociológicos de Estado não é de modo algum uma crítica elementar – ele não os considera como carta fora do baralho;²² contudo, as definições que procuravam captar o Estado como essência, oferecidas ao seu tempo e que ainda hoje parcialmente resplandecem,²³ revelam-se ao seu ver como conceitos jurídicos disfarçados e não como conceitos empíricos.²⁴ Assim, porém, a relação entre Estado e direito torna-se um »pseudoproblema«,²⁵ o que conduz *Kelsen* a sua teoria jurídica pura do Estado – à »Teoria do Estado sem Estado«, como ele mesmo paradoxalmente formulou.²⁶

1.3 Conceito teórico-jurídico de Estado e transformação do Estado

54

Nas páginas seguintes será empreendida uma aproximação *teórico-jurídica* (a partir da teoria do direito) ao problema da “transformação do Estado”. Para tanto, pode-se optar aqui pelo conceito teórico-jurídico de Estado (»Estado1«) e, a partir desta perspectiva, pode-se responder à questão condutora deste ciclo de conferências da seguinte maneira: »L’État, c’est le droit!«

Com este conceito de Estado torna-se perceptível a necessidade de diferenciações no âmbito de distintos fenômenos de “transformação do Estado”.²⁷ Afinal, uma transformação do

²² O que se pode perceber em KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 4, acima), p. 253; para outra direção apontam manifestações como as de Kelsen em KELSEN, Hans. *Staatsidee* (nota de rodapé 6, acima), p. 221.

²³ Do mesmo modo LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*, 1984, pp. 626 e ss.. Nota de rodapé 55, com referências que poderiam ser multiplicadas.

²⁴ Vejam-se as análises no típico método de diálogo em KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 4, acima), especialmente p. 46–74, pp. 106–120; sobre *Jellinek*, ainda LEPSIUS, O. *op. cit.* (nota de rodapé 2, acima), p. 71 e ss., p. 75 e ss..

²⁵ KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 18 e ss., p.169; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 288 e ss., p. 430; Idem. *op. cit.* (nota de rodapé 4, acima), p. 133 e passim; Idem. *Gott und Staat. Logos*, v. 11, 1922/1923, p. 262 (p. 274).

²⁶ Veja-se. KELSEN, H. *Gott und Staat* (nota de rodapé 25, acima), p. 283.

²⁷ Sobre transformação “interna” (»economicização, privatização, desregulação«) e transformação »externa« (»europeização, internalização«) como desafios à teoria do Estado, veja-se SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. In: Idem. *op. cit.* (nota de rodapé 1, acima), p. 11 (p. 39–43, citações: p. 39 e, mais extamente, p. 40); na ciência política o papo também é sobre transformação “horizontal” e “vertical”, veja-se FRERICHES, Sabine. *Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2008, p. 42 e ss.

»Estado« em sentido jurídico deve ser uma transformação da ordem jurídica *como um todo*, e uma tal transformação pode, no máximo, ser concebida no contexto dos processos de inter e supranacionalização, com base nos quais “sistemas de múltiplos níveis” têm sido proclamados e toda sorte de “pluralismos jurídicos” tem sido atestada: aqui se costuma sugerir a dissolução da ordem jurídica na forma como a conhecemos. Desde a perspectiva interna de uma ordem jurídica tal dissolução não se deixa perceber, antes sendo possível, a partir de um ponto de vista teórico-jurídico, apenas descrevê-la como uma *substituição* [*Wechsel*] da ordem jurídica observada: - de fato, uma modificação fundamental (sobre isso, item III). Outros fenômenos de transformação se referem, pelo contrário, apenas ao conteúdo do direito positivo e não afetam a ordem jurídica como um todo. Aqui serão abordados os temas da “autorregulação” e da “soft-law”, que têm dado muito o que falar (sobre isso, item 2).

2 TRANSFORMAÇÕES DO CONTEÚDO DO DIREITO

2.1 Autorregulação

A transformação em direção à mais “autorregulação” pode apenas significar, do ponto de vista teórico-jurídico, que, em determinados setores da vida, não há mais quaisquer normas jurídicas ou que apenas normas jurídicas estabelecidas por particulares passaram a valer. Trata-se, em qualquer destes casos, de um recuo na criação do direito por meio de órgãos estatais em favor de uma produção normativa privada – seja lá por quais razões este recuo venha a ter lugar.²⁸ Enquanto transferências de competência podem se deixar observar no âmbito dos conteúdos do direito e da dogmática jurídica, a teoria do direito não observa aqui qualquer modificação. A ordem jurídica permanece a mesma; o seu conteúdo se modifica na medida em que atribuições de poder [*Ermächtigungen*] a órgãos estatais para a criação de normas são suspensas ou deixam de ser empregadas, e, possivelmente, são acionadas atribuições de poder [*Emächtigungen*] de criação normativa a particulares. Todas as normas de atribuição de poder [*Ermächtigungsnormen*] possuem, contudo, desde a perspectiva teórica, a mesma estrutura – elas conectam a um determinado ato externo a consequência de

²⁸ CRAGG, Wesley. Multinational corporations, globalization and the challenge of self-regulation. In: KIRTON J. J.; TREBILCOCK, M. J. (orgs.). *Hard Choices, Soft Law*, 2004, p. 212 (p. 212), se refere à autorregulação neste sentido como uma opção consistente em preencher o “vácuo regulatório” desencadeado pelos processos de globalização.

que o sentido deste ato deve adquirir validade jurídica. A “autorregulação” não respresenta, aqui, qualquer exceção.

Uma vez que todas normas de atribuição de poder revelam fundamentalmente a mesma estrutura, não se pode distinguir, em um sentido elementar, entre atribuição de poder ao Estado para a positivação do direito e atribuição de poder para a positivação do direito aos particulares. Na perspectiva do conceito teórico-jurídico de Estado deve-se antes imputar toda criação do direito ao Estado. Órgãos estatais e particulares, são, neste sentido, da mesma forma, centros de imputação - «órgãos jurídicos».²⁹ A distinção entre órgãos estatais e particulares não é jurídico-estrutural, mas sim de tipo contingente, referindo-se aos conteúdos jurídicos.

2.2 »Soft law«

A expansão da »soft law« no direito internacional e no direito estatal³⁰ também não é visualizável a partir de uma perspectiva científico-normativa, porque (e enquanto) ela não produz qualquer efeito jurídico.³¹ »Soft law« seriam textos proclamados ou pactuados, por meios dos quais os seus autores explicitamente não pretendem estabelecer normas jurídicas.³² Tratam-se de declarações de propósitos ou de manifestações de desejos, mas também de obras de regulação cabalmente lapidadas.³³

A “criação” de »soft law« se desdobra externamente à estrutura de criação do direito [Rechtserzeugungszusammenhang] de uma ordem jurídica. »Soft law« encontra-se, assim, não *no interior*,³⁴ mas sim *fora* da hierarquia normativa. O mesmo vale também para as

²⁹ Veja-se. KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 157; MERKL, A. J. *op. cit.* (nota de rodapé 15, acima), p. 291 e ss..

³⁰ Sobre a emergência deste fenômeno em ambas as ordens, já JABLONER, Clemens; OKRESEK, Wolf, Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des »soft law«. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 34, 1983, p. 217 (p. 218); HEUSEL, Wolfgang. *»Weiches« Völkerrecht*, 1989.

³¹ Para o tratamento da „soft law“ em diferentes perspectivas teóricas veja-se GOLDMANN, Matthias. We Need to Cut Off the Head of the King. *Leiden Journal of International Law*. v. 25, 2012, p. 335 (p. 339–366).

³² Sobre a história do conceito veja-se ARNDT, Dominik E. *Sinn und Unsinn von Soft Law*, 2011, p. 36–41; para diferentes propostas de definição KLABBERS, Jan. The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*. v. 65, 1996, p. 167 (p. 168) com outras referências.

³³ Para a práxis estatal do “direito maleável” veja-se o detalhado inventário em HEUSEL, Wolfgang. *op. cit.* (nota de rodapé 30, acima), p. 47–273.

³⁴ Nesse sentido, contudo, de modo evidente SENDEN, Linda. *Soft Law in European Community Law*, 2004, p. 59.

situações em que o direito positivo estabelece expressamente diretrizes para a »soft law«³⁵ (pois também podem existir condições jurídicas para ações cujo conteúdo não se reveste de qualquer caráter juridicamente vinculante, como no âmbito dos atos administrativos reais [Verwaltungsrealakte]) ou enuncia atribuições de poder³⁶ (não se tratam, aqui, na falta de caráter jurídico vinculante, de atribuições de poder para a criação de direito). Do mesmo modo, apenas um costume efetivamente observador da “soft law” torna-se direito (internacional público) costumeiro, não a própria “soft law”. Do ponto de vista científico-normativo, nestes casos é no máximo observável (se não se quiser investigar o próprio documento de “soft law” por meio de método jurídico como ordem jurídica autônoma) que se desistiu da utilização de atribuições de poder para a criação do direito, em função de quais razões (políticas) isso acontece é algo que se situa fora das competências disciplinares da teoria e da dogmática jurídicas, projetando-se para o campo das ciências sociais. Que se fale de uma “soft law” é algo que, em dado sentido, obscurece a compreensão desta ordem de coisas, pois esta construção conceitual insinua que se trataria aqui de um fenômeno intrínseco à ordem jurídica.³⁷

Substancialmente, deve-se registrar que: uma “norma jurídica maleável” é uma contradição em termos, pois, ou se tem uma norma jurídica, e então equipara-se esta norma a todas as demais normas pertencentes à ordem jurídica como parte integrante dela, ou não se trata de norma jurídica alguma, e por isso mesmo não se tem uma “norma jurídica maleável”.³⁸ Tertium non datur.³⁹ Mesmo a referência à relevância política, que, sem dúvidas, deve ser conferida à “soft law”,⁴⁰ antes serve de apoio a esta afirmação, invés de enfraquecê-

³⁵ Como se costuma assumir especialmente com relação à “soft law” dos órgãos da União Europeia, veja-se SCHWARZE, Jürgen. Soft Law im Recht der Europäischen Union. *Europarecht (EuR)*. v. 46, 2011, p. 3 (p. 9–16).

³⁶ Como por exemplo no Art. 288 §5º do AEUV (Tratado sobre o funcionamento da União Europeia).

³⁷ Isso permanece de modo não unívoco em EHRICKE, Ulrich. »Soft law« – Aspekte einer neuen Rechtsquelle. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. v. 31, p. 1989, p. 1906 (p. 1907).

³⁸ Como em KLABBERS, Jan. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima); também em KNAUFF, Matthias. *Der Regelungsverbund*, 2010, p. 528 e ss..

³⁹ Veja-se WEIL, Prosper., Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law (AJIL)*. v. 77, p. 1983, p. 413 (p. 414). – Diversamente ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 124–128 e passim, que tem em mente »uma renúncia à dicotomia das fontes do direito« (Idem, p. 124) e assume, no lugar dela, uma “irrigação osmótica” entre »hard law« e »soft law« (Idem, p. 126; instrutivas também as construções em Idem, p. 126, 128); levantando dúvidas KNAUFF, M. *op. cit.* (nota de rodapé 38, acima), p. 18, 224–227.

⁴⁰ Do mesmo modo em HEUSEL, Wolfgang. *op. cit.* (nota de rodapé 30, acima), p. 289; criticamente, desde a perspectiva dos práticos SOLTÉSZ, Ulrich. Europäisches »Soft Law« – Ein Wesen ohne Kuschelfaktor. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*. v. 24, 2013, p. 881.

la.⁴¹ seus impactos [da soft law] são impactos políticos decorrentes do fato de que determinados homens manifestaram determinadas declarações e não consequências jurídicas, que se conectariam à realização de determinado suporte fático [Tatbestand].

É claro: enquanto ação humana a criação de »soft law« não possui qualquer qualidade diversa da ação por meio da qual uma norma de »hard law« é positivada. Ambas são, em si mesmas, apenas um “fato prejurídico”, pois mesmo a ação humana que, conforme o seu sentido, estabelece um comando jurídico, não pode, por si só, produzir vinculação jurídica.⁴² Uma norma que emerge como sentido de um ato humano de vontade obtém caráter vinculante quando e somente enquanto estão à disposição normas de atribuição de poder com base nas quais ela pode ser interpretada como norma jurídica⁴³ e por meio das quais é possível reconduzi-la à cadeia de produção normativa de uma específica ordem jurídica. Declarações de propósitos, sugestões de regulação ou manifestações de desejos não produzem, diante deste pano de fundo, *sem mais*, quaisquer consequências jurídicas, não se manifestando, *no direito válido*, de modo geral, como suportes fáticos aos quais normas de atribuição de poder conectam consequências jurídicas.⁴⁴ Diante desta constelação, não se precisa, desde o ponto de vista da teoria do direito, do conceito de “soft law”.

58

Para uma observação *empírico-científica* inexistem quaisquer motivos, por sua vez, para *não* levar em consideração declarações de propósitos, sugestões de regulação, manifestações de desejo e similares atos de positivação da “soft law”.⁴⁵ Aqui seria, pelo contrário, um equívoco providenciar prontamente um tratamento especial à “hard law” enquanto tal,⁴⁶ isso porque normas jurídicas não produzem efeitos na realidade a partir de si mesmas, mas sim

⁴¹ Veja-se também KLABBERS, Jan. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 180, nota de rodapé 65.

⁴² Nesse sentido, contudo, de modo evidente HEUSEL, W. *op. cit.* (nota de rodapé 30, acima), p. 275. Veja-se ainda KELSEN, H. Was ist ein Rechtsakt?. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 4 (1952), p. 263 (p. 273 e ss.).

⁴³ Vgl. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. ed. (nota de rodapé 15, acima), p. 4 e ss; Idem. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. (nota de rodapé 7, acima), p. 3 e ss.

⁴⁴ Assim também em KNAUFF, M. *op. cit.* (nota de rodapé 38, acima), p. 397; sobre isso, veja-se ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 44–50.

⁴⁵ Algo semelhante vale para a antropologia jurídica, veja-se MOORE, Sally Falk. *Law as Process*, 1978, 3 f. – Exemplos ao redor do mundo atinentes à questão da *governance* em KIRTON, J. J.; TREBILCOCK, M. J. *op. cit.* (nota de rodapé 28, acima).

⁴⁶ Nesse sentido, deve-se concordar com GOLDMANN, M. *op. cit.* (nota de rodapé 31, acima), p. 366–368: enquanto projeto para as ciências empíricas, a “autoridade internacional pública” talvez seja um objeto melhor delimitado do que o “direito”.

somente na medida e enquanto seres humanos decidem obedecê-las com base em quaisquer motivações individuais.⁴⁷

3 TRANSFORMAÇÃO NA ESTRUTURA DO DIREITO: SUBSTITUIÇÃO DO ESTADO

3.1 »Sistemas de múltiplos níveis« e »pluralismo jurídico« como (aparente) desafio a uma teoria do direito centrada no Estado

Uma vez que, em conformidade com as reflexões anteriores, nem “autorregulação”, nem “soft law” mostram-se como desafios sérios à teoria do direito, antes representando, no máximo, peculiaridades relativas ao conteúdo do direito positivo, seria possível cogitar que no caso dos “sistemas de múltiplos níveis” e do “pluralismo jurídico” se está – agora, sim – diante de desdobramentos que a teoria do direito que vem sendo articulada até aqui não estaria em condições de assimilar, em razão de seu estadocentrismo⁴⁸ [Staatszentriertheit] e de seu fechamento.

59

3.1.1 »Sistemas de múltiplos níveis«

Com relação às “redes jurídicas de múltiplos níveis”, isso significaria que elas não poderiam ser explicadas por meio de um “simples modelo de estrutura escolanada de ordens jurídicas”; pois este modelo “estaria em desacordo (...) flagrante com as relações políticas”, sobretudo com a repartição do “poder” e da “soberania”.⁴⁹ À “ideia de uma pirâmide escalonada do direito” – conforme outra voz da crítica – faltariam hoje “as bases sociológicas”.⁵⁰ Quais papéis a categoria científico-política de “poder” e as “bases sociológicas” – isto é, noções científico-empíricas – poderiam desempenhar na estrutura normativa do direito é algo que certamente permanece obscuro. O simples conceito de

⁴⁷ A esse respeito, veja-se TYLER, Tom R. *Why People Obey the Law*, 2006. Para uma perspectiva das ciências políticas dedicada à “legiferação”, veja-se HUMRICH, Christoph; ZANGL, Bernhard. *Global governance through legislation*. In: ENDERLEIN, H.; WÄLTI, S.; ZÜRN, M. (orgs.). *Handbook on Multi-level Governance*, 2010, p. 343.

⁴⁸ Sobre este conceito em ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 208.

⁴⁹ KNAUFF, M. *op. cit.* (nota de rodapé 38, acima), p. 208.

⁵⁰ ARNDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 201; de modo semelhante BOGDANDY, Armin von. *Pluralism, direct effect, and the ultimate say*. *I-CON*. v. 6, 2008, p. 399 e ss.

“sistema de múltiplos níveis“ parece já ser suficiente para borrar as fronteiras entre as perspectivas das ciências normativas e das ciências sociais.⁵¹

Registre-se, contudo, que as abordagens de pesquisa que são catalogadas sob esta rubrica promanam preponderantemente da ciência política, mais exatamente: da pesquisa sobre *governance*.⁵² *Governance* é compreendida, aí, como o conjunto de tentativas de regulação de diferentes atores que, na realização de sua tarefa, se amparam no „interesse público” ou no “bem comum”.⁵³ Legislação é, assim, uma das diversas formas (efetivamente existentes) que estas tentativas de regulação podem assumir;⁵⁴ neste caso a ciência política descreve um setor da realidade social em que a ciência jurídica reconhece atos positivos de criação de normas.⁵⁵ Se se deixa de fora a pesquisa de *governance* para focar sobre o aspecto científico-normativo do tema, tratar-se-ia, então, no caso dos sistemas de múltiplos níveis, do fenômeno de ordens jurídicas de alguma forma entrelaçadas. Este processo tem sido percebido em primeira linha no desenvolvimento da União Europeia („uma ordem de direito internacional público juridicamente singular“ [»partikularrechtliche Völkerrechtsordnung»]⁵⁶), mas também nos processos de “constitucionalização” do direito internacional público.⁵⁷ Em ambos âmbitos parece ter lugar uma superposição [Überlagerung] ou reformulação [Überformung] do direito estatal.⁵⁸ Por meio da expansão das competências supranacionais da União Europeia, que não haveria de constituir um Estado em si mesma,⁵⁹ o poder estatal na

60

⁵¹ Do mesmo modo JESTAEDT, Matthias. Der Europäische Verfassungsbund. *GS W. Blomeyer*, 2004, p. 637 (p. 657 e ss.).

⁵² Do mesmo modo MAYER, Franz C. Verfassungswandel durch Annäherung? In: HÖNNIGE, Ch.; KNEIP, S.; LORENZ, A. (orgs.). *Verfassungswandel im Mehrebenensystem*, 2011, p. 272 (p. 294); veja-se, por exemplo, PIATTONI, Simona. *The Theory of Multi-level Governance*, 2010; ENDERLEIN, H.; WÄLTI, S.; ZÜRN, M. *op. cit.* (nota de rodapé 47, acima); BRUNNENGRÄBER, Achim; BURCHARDT, Hans-Jürgen; GÖRG, Christoph (orgs.). *Mit mehr Ebenen zu mehr Gestaltung?*, 2008; de modo tendencialmente cético SECKELMANN, Margrit. Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der »Global Governance«. *Verwaltungsarchiv*. v. 98, 2007, p. 30.

⁵³ Veja-se ZÜRN, Michael; WÄLTI, Sonja; ENDERLEIN, Henrik. Introduction. In: ENDERLEIN, H.; WÄLTI, S.; ZÜRN, M. *op. cit.* (nota de rodapé 47, acima), p. 1 (p. 2) com outras referências.

⁵⁴ Proposta de definição em HUMRICH, C.; ZANGL, B. *op. cit.* (nota de rodapé 47, acima), p. 343. Aqui revela-se o problema tradicional com sinais trocados: a ciência política se apropria (aparentemente) de categorias imanentemente jurídicas.

⁵⁵ Veja-se KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 42), p. 273 e ss.

⁵⁶ GRILLER, Stefan. Völkerrecht und Landesrecht. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (orgs.). *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, 2004, p. 83 (p. 112).

⁵⁷ Sobre isso, agora de modo abrangente KLEINLEIN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012.

⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität. In: GÜNTHER, Klaus; WINGERT, Lutz. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Habermas*, 2001, p. 539 (p. 539).

⁵⁹ Para a discussão em torno da classificação da União Europeia, veja-se SCHÖNBERGER, Christoph. Die Europäische Union als Bund. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*. v. 129, 2004, p. 81.

Europa, segundo a concepção corrente, sofreu uma especial relativização – um fenômeno de “transformação” por excelência.

3.1.2 »Pluralismo jurídico«

Nos escritos correspondentes, as reflexões sobre um sistema de „múltiplos níveis” costumam ser expandidas em direção a uma “estrutura jurídica policêntrica” [»polyzentrisches Rechtsgefüge«⁶⁰]⁶¹ – mesmo a ideia de uma “rede constitucional” [Verfassungsverbund] aparece fundamentalmente como proposta aqui.⁶² O „estatismo jurídico“ [»Rechtsetatismus«]⁶³ e, com ele, a ideia de um fixo “numerus clausus de normas jurídicas”⁶⁴ são, então, declarados como liquidados. No seu lugar haveria de entrar um *pluralismo* jurídico no qual vários complexos normativos valem paralelamente,⁶⁵ enquanto “diversos circuitos de influência” [»diverse Einwirkungsströme«] fluem por entre as diversas fontes jurídicas⁶⁶. Este direito se distanciaria cada vez mais do “complexo estatal organizado, burocrático e racionalizado”.⁶⁷ A aderência da teoria jurídica ao Estado como centro do direito seria ideologicamente condicionada e, fundamentalmente, acientífica.⁶⁸ Isso porque um “pluralismo jurídico transnacional” estaria se desenvolvendo de modo espontâneo e

61

⁶⁰ ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 208 – Destaques foram omitidos.

⁶¹ Veja-se BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say. *I-CON*. v. 6, 2008, p. 397; BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*. v. 80, 2007, p. 1155.

⁶² Uma crítica articulada desde a perspectiva da teoria do direito à noção de uma “rede constitucional” (Verfassungsverbund), segundo a qual “na constituição europeia de múltiplos níveis o direito constitucional da ordem jurídica do(s) estado(s) membro(s) se funde em *um* sistema jurídico policêntrico com o direito constitucional da ordem jurídica da união europeia, mantendo-se a autonomia das duas massas jurídicas e (...) esta unidade se produz de modo cooperativo, não hierárquico”, veja-se JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 657–673 (Citação na p. 657 – Destaque no original).

⁶³ Conceito em LAMPE, Ernst-Joachim. Vorwort. In: Idem (org.). *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995, p. 3 (p. 3).

⁶⁴ ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 208 com outras referências.

⁶⁵ RÖHL, Klaus F.; MACHURA, Stefan. 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute. *Juristenzeitung (JZ)*. v. 68, 2013, p. 1117 (p. 1120).

⁶⁶ ARNDT, D. E. *op. cit.* (nota de rodapé 32, acima), p. 208. – Visão panorâmica sobre as abordagens referentes ao pluralismo jurídico em RÖHL, K. F.; MACHURA, S. *op. cit.* (nota de rodapé 65, acima); MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous Law*, 2009, p. 43. Com TEUBNER, Gunther. Rechtspluralismus in der Spätmoderne. In: SCHMIDT, Eike et seq. (org.). *Liber Amicorum J. Esser*, 1995, p. 191 (p. 191): »Pluralismo jurídico é o fascínio dos juristas pós-modernos«

⁶⁷ GÜNTHER, K. *op. cit.* (nota de rodapé 58, acima), p. 557 e ss (citação na p. 557).

⁶⁸ Veja-se, para referências a este pluralismo jurídico *hard* RÖHL, K. F. e MACHURA, Stefan. *op. cit.* (nota de rodapé 65, acima), p. 1123 e ss.

independentemente de Estados.⁶⁹ Aqui poderia ser enquadrada também a emergência de uma ordem jurídica global nas transações econômicas mundiais, que adquiriria validade de modo desvinculado da atividade estatal.⁷⁰

3.2 Substituição, não transformação do Estado

3.2.1 A antiquada teoria do direito centrada no Estado como quimera

A teoria jurídica centrada no Estado, à qual são endereçadas as censuras de anacronismo⁷¹ acima noticiadas, é, todavia, uma quimera. Ela não existe nesta forma, uma vez que a teoria do direito pode, basicamente, ocupar-se de quaisquer ordens jurídicas. «O Estado» somente se encontra necessariamente no seu centro se por Estado se entende a personificação de uma ordem jurídica total («Estado₁» no sentido do que foi discutido no item 1.2, acima) (e, assim, deixa de ocupar esta posição se este conceito passa a designar somente uma ordem jurídica relativamente centralizada).

Uma ordem jurídica pode reconhecer como atos criadores de normas ações que, simultaneamente, constituem um Estado no sentido fático-social-institucional, desde a perspectiva das ciências sociais;⁷² uma tal ordem jurídica constitui, na maioria das vezes, também objeto de perspectiva científico-normativa.⁷³ Todavia, qualquer ordem jurídica, ou melhor, qualquer ordem normativa é acessível a esta perspectiva (a princípio, inclusive aquelas destituídas de caráter coercitivo).⁷⁴ O direito canônico, que academicamente costuma ser tratado como uma ordem normativa autônoma, oferece, aqui, um exemplo disso. O reproche

⁶⁹ TEUBNER, G. Globale Bukowina. *Rechtshistorisches Journal*. v. 15 (1996), p. 255 (no subtítulo); para «policentricidade da autoria e do controle sobre ele [isto é, o direito]» veja também MELISSARIS, E. *op. cit.* (nota de rodapé 66, acima), p. 6 e passim.

⁷⁰ Veja-se, sobretudo, TEUBNER, G. *op. cit.* (nota de rodapé 69, acima); de modo crítico com relação a esta construção (da teoria dos sistemas) de pluralismo jurídico LURGER, Brigitta. Der Pluralismus der »lex mercatoria«. *Rechtshistorisches Journal*. v. 16, 1997, p. 705 (p. 707). Ainda sobre pluralismo transnacional RÖHL, K. F. e MACHURA, S. *op. cit.* (nota de rodapé 65, acima), pp. 1124–1126.

⁷¹ Veja-se ainda TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*, 2000, p. 252.

⁷² Veja-se KELSEN, Hans. *Staatsidee* (nota de rodapé 6, acima), p. 210.

⁷³ Nesse sentido, com base na Teoria Pura do Direito, veja-se MAYER, Hans. Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. *op. cit.* (nota de rodapé 56, acima), p. 121 (p. 121).

⁷⁴ Até mesmo ordens normativas fictícias – veja-se, por exemplo SCHARF, Michael P.; ROBERTS, Lawrence D. The Interstellar Relations of the Federation: International Law and »Star Trek. The Next Generation«. *University of Toledo Law Review*. v. 25, 1994, p. 577.

de estadocentrismo [Staatszentriertheit] não atinge, de qualquer modo, a teoria do direito *kelseniana*, uma vez que aqui estão em jogo distintos conceitos de Estado.

Quando o pluralismo jurídico critica a insistência da teoria do direito na unidade, então ataca-se algo que é inevitável desde a perspectiva científico-normativa: a pertinência de normas jurídicas a uma ordem jurídica em função de uma estrutura de criação do direito [Rechtserzeugungszusammenhang], sem a qual não se pode sequer falar em ordem jurídica. Que esta unidade seja avistada como unidade fictícia desde o ponto de vista das ciências sociais⁷⁵ é algo que não se choca com o que foi dito aqui – esta afirmação se move em um sistema de validação completamente distinto do das ciências normativas.

3.2.2 A necessária unidade da perspectiva jurídica da ciência normativa

Engajando-se numa perspectiva científico-normativa e submetendo-se as construções de “sistema de múltiplos níveis” e de “pluralismo jurídico” ao olhar frio da teoria do direito, a charmosa concepção de uma “validade jurídica sem mais”,⁷⁶ independente de uma estrutura de criação [do direito], perde rapidamente o seu poder de convencimento.⁷⁷ Por mais que, desde o ponto de vista das ciências sociais, atores possam ser observados nos processos de criação e observância de regras, isso nada diz a respeito da qualificação científico-normativa das regras assim criadas e obedecidas. Para que estas regras possam ser percebidas como normas jurídicas, elas precisam ser pensadas como componentes de uma estrutura de criação do direito [Rechtserzeugungszusammenhang], cujas normas derivam sua validade a partir de outras normas pertencentes à mesma estrutura;⁷⁸ a validade de toda a estrutura enquanto ordem jurídica pode ser apenas *assumida como hipótese*, já que nem a natureza nem a moral estão em condição de funcionar como fundamentações últimas.⁷⁹

⁷⁵ Veja-se GÜNTHER, K. *op. cit.* (nota de rodapé 58, acima), p. 558.

⁷⁶ Pressuposta também em WÜRTENBERGER, Thomas. Rechtspluralismus oder Rechtsetatismus? In: LAMPE, E. J. *op. cit.* (nota de rodapé 63, acima), p. 92 (p. 92).

⁷⁷ Como feito aqui JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 658.

⁷⁸ A derivação da validade no interior de uma estrutura de criação do direito [Rechtserzeugungszusammenhang] não há de ser concebida de modo simplista-hierárquico; veja-se WIEDERIN, Ewald. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In: GRILLER, S.; RILL, H. P. (orgs.). *Rechtstheorie*, 2011, p. 81 (p. 90 e ss) com referências.

⁷⁹ Sobre «a validade do sistema e a validade no sistema» veja-se o assim intitulado artigo de JESTAEDT, M. Geltung des Systems und Geltung im System. *Juristenzeitung (JZ)*. v. 68, 2013, p. 1009. Em VERDROSS, Alfred. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, p. 22 ss, faz-se da validade hipotética uma validade objetiva, categórica; o autor deixa, com isso, o terreno da Teoria Pura.

Do ponto de vista da teoria do direito não se pode falar em ordens jurídicas situadas umas ao lado das outras no sentido de um “pluralismo jurídico” ou de um “sistema de múltiplos níveis”. Se estas diversas ordens jurídicas devem não apenas ser descritas como faticamente eficazes, isto é, como fatos apreensíveis empírico-cientificamente,⁸⁰ mas sim também como normas jurídicas, então deve ser assumido um ponto de vista comum – a validade de todas estas normas deve poder ser reconduzida a uma mesma hipótese originária.^{81,82} Diversas ordens jurídicas entre as quais venham a existir relações⁸³ devem ser, assim, concebidas como “ordens parciais” integrantes de uma “ordem total”.⁸⁴

Na ausência de um tal ponto de partida comum⁸⁵ não se podem fundamentar interações normativas entre estas ordens (sobre isso, veja-se a discussão em 3.2.2.1, imediatamente abaixo);⁸⁶ as ordens não se reconhecem umas às outras como direito.⁸⁷ Direito europeu e direito internacional público devem, por isso, ser construídos em conexão com as ordens jurídicas dos estados particulares, a fim de que se possa chegar a interações normativas recíprocas (sobre isso 3.2.2.2).

⁸⁰ Veja-se JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 659. Fatos do ser é o que tem, claramente, diante dos olhos BOGDANDY, A. v. *op. cit.* (nota de rodapé 61, acima), p. 400.

⁸¹ O conceito aparece (com variações) sobretudo no jovem *Kelsen*, lá onde, mais tarde, fala-se em “norma fundamental” [»Grundnorm«]; veja-se KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 29 e passim, igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 300 e passim.

⁸² KELSEN, Hans. *Staat* (nota de rodapé 19, acima), p. 209, p. 216; VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 79, acima), especialmente p. 34–42. Contra a assunção *kelseniana* da impossibilidade de uma construção dualista, todavia GRILLER, Stefan. *op. cit.* (nota de rodapé 56, acima), p. 87–89; KAMMERHOFER, Jörg. *Kelsen – Which Kelsen? A Reapplication of the Pure Theory to International Law. Leiden Journal of International Law*. v. 22, 2009, p. 225 (p. 243).

⁸³ Essa delimitação é necessária, na medida em que a fundamentação epistemológica da unidade de todo direito acolhida pelo próprio *Kelsen* pouco contribui, aqui; sobre isso KAMMERHOFER, J. *op. cit.* (nota de rodapé 82, acima), p. 240 e ss. De modo semelhante JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 667.

⁸⁴ Par conceitual em: KELSEN, Hans. *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. v. 19, 1958, p. 234 (p. 235); de modo semelhante Idem. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 332 e ss..

⁸⁵ Este conceito já se encontra em VERDROSS, Alfred. *Zur Konstruktion des Völkerrechts. Zeitschrift für Völkerrecht*. v. 8, 1914, p. 329 (p. 333).

⁸⁶ Veja-se ainda JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 667; Idem. *Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen*. In: BRUNKHORST, H.; VOIGT, R. (orgs.). *Rechts-Staat*, 2008, p. 233 (p. 236 e ss).

⁸⁷ Veja-se KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, 1945, p. 374. Não se trata aí de uma assunção harmônica da sistematicidade interna dos ordenamentos; assim, entretanto, as – de modo algum atípicas? – incompreensões com relação a *Kelsen* em TWINING, W. *op. cit.* (nota de rodapé 71, acima), p. 62.

3.2.2.1 Derrogação apenas internamente a uma ordem jurídica

Normativamente, não se podem produzir efeitos internamente a uma ordem jurídica desde fora – por exemplo, a partir de uma outra ordem jurídica situada em um “sistema de múltiplos níveis”. Derrogação somente pode ocorrer entre normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica.⁸⁸ Isso é algo que se pode fundamentar por meio de um estudo de caso internamente ao direito nacional, onde também está em questão a relação entre ordens jurídicas (parciais): por meio da questão consistente em saber como o direito federal pode revogar uma norma de direito estadual. Direito federal e direito estadual constituem por si só, de qualquer maneira, um “sistema de dois níveis”, com relação ao qual devem ser colocadas as mesmas questões estruturais que se colocam com relação a um sistema ampliado em um nível adicional “para cima”.⁸⁹

A primeira possibilidade segundo a qual uma norma de direito federal pode “afastar” uma norma de direito estadual consiste num recuo (em certo sentido espontâneo) desta última.⁹⁰ O direito estadual incorporaria o direito federal e não apresentaria pretensão de validade nos casos em que o direito federal viesse a contrariá-lo. Assim, o primado da validade do direito federal se deixaria esclarecer a partir do direito estadual: com recurso a uma “performance adaptativa [Anpassungsleistung] operativa unilateral”⁹¹ do direito estadual. Esta performance adaptativa pode ser realizada de antemão por meio de uma incorporação dinâmica ou subsequentemente, por meio de um ato legislativo de direito estadual.⁹² Em ambos os casos, não ocorre uma aniquilação normativa do direito estadual por

⁸⁸ Do mesmo modo KELSEN, H. Derogation. In: NEWMAN R. A. (org.). *Essays in Honour of R. Pound*, 1962, p. 339 (p. 353); Idem, Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR)*. Nova Série n. 1, 1946/1948, p. 20 (p. 75).

⁸⁹ Uma disputa bastante semelhante às discussões acerca do direito europeu foi travada nos tempos do Império Germânico, onde especialmente *Maximilian von Seydel* defendia a primeira das construções aqui descritas; vgl. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, p. 288 e ss.

⁹⁰ De modo semelhante SAUER, Heiko. Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem. In: MATZ-LÜCK, N.; HONG, M. (orgs.). *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, 2012, p. 1 (p. 31) fala em »evitar concorrências por meio de uma retração da vinculação [Bindungsrücknahme]«.

⁹¹ Expressão em: JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51), p. 661, aí com base na relação direito europeu/direito dos estados membros.

⁹² Para a relação paralela entre direito europeu e direito dos estados membros, despontam o caso do Tribunal Europeu, Rs. C-285/98, *Tanja Kreil*, Slg. 2000, I-95, ECLI:EU:C:2000:2, e a modificação do Art. 12a da Grundgesetz que se seguiu por meio da lei de 19.12.2000 (BGBl. I, 1755); este mesmo exemplo em JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 654 e ss. Sobre “modificação legislativa formal condicionada pela integração como caso padrão” veja-se MAYER, F. C. *op. cit.* (nota de rodapé 52), p. 273.

meio do direito federal; o direito estadual não é efetivamente revogado, ele apenas cede espaço.

Sem esta espécie de recuo, somente pode-se construir uma espécie de “afastamento” de normas de direito estadual por meio de normas de direito federal – e esta é a segunda possibilidade -, se direito federal e estadual são observados como uma ordem jurídica unitária que encontra seu ponto de partida no direito federal.⁹³ Pois, somente quando a validade integral do direito estadual é derivada a partir do direito federal é que o direito federal pode – como reivindicado no artigo 31 da *Grundgesetz* – decidir sobre as fronteiras do direito estadual e fazer validade deste dependente do fato de que nenhuma (outra) norma de direito federal contrarie as normas de direito estadual. O direito estadual é, nesta segunda construção, uma parte do direito federal, assim como na primeira delas o direito federal era uma parte do direito estadual.⁹⁴ Na transição da primeira para a segunda possibilidade de construção modifica-se também a ordem jurídica observada – e, em sentido teórico-jurídico, com isso também o Estado observado!

Disso tudo fica que: no interior de uma ordem jurídica uma norma externa *não pode* “revogar” coisa alguma, nem gozar de qualquer precedência. Se se pretende que o direito europeu *afaste* o direito de um estado-membro (mesmo que no sentido de “primado de aplicação”⁹⁵), então isso somente é possível internamente a uma ordem jurídica unitária que abarque ambas ordens jurídicas em questão.⁹⁶ Se esta ordem jurídica não tomar como ponto de partida o direito dos estados-membros, então o direito primário da União Europeia deve ser tomado como novo ponto de partida da perspectiva jurídica no lugar da constituição do estado-membro, ao passo que a ordem jurídica – e com ela: o Estado – deve ser substituída.

Pressuposto destas duas alternativas de construção consiste na possibilidade de recondução da validade de ambas ordens jurídicas (parciais) ao mesmo ponto de referência – que haja normas de atribuição de poder [Ermächtigungsnormen] internamente à ordem jurídica

⁹³ Veja-se WIEDERIN, Ewald. *Bundesrecht und Landesrecht*, 1995, p. 36 e ss.

⁹⁴ Seria de se diferenciar entre direito federal em sentido estrito e em sentido amplo, onde o último abarcaria os direitos estaduais como ordens parciais; em conformidade com isso KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 84, acima), p. 242; sobre direito nacional, Idem. *Grundlegung* (nota de rodapé 88, acima), p. 23, sobre direito internacional público em sentido amplo e estrito.

⁹⁵ Para um entendimento do “primado de aplicação” como relação de derogação veja-se GRILLER, Stefan. Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt. *Journal für Rechtspolitik (JRP)*. v. 8, 2000, p. 273 (p. 275) com referências também à visão contrária.

⁹⁶ De modo diverso MAYER, F. C. *op. cit.* (nota de rodapé 52, acima), p. 279, pensa que um primado de aplicação “não implica necessariamente uma relação de supra-infra ordenação (...) no sentido de uma hierarquia normativa”.

tomada como ponto de partida, por meio das quais a outra ordem jurídica possa ser “integrada”, “encaixada”.⁹⁷ De outro modo, as duas ordens permaneceriam uma ao lado da outra, desconectadas. As ordens positivas que se têm em mente aqui dispõem de normas de atribuição de poder que podem ser compreendidas como tais pontos de conexão: assim, os direitos estaduais podem ser concebidos como delegações do direito federal, pela via dos artigos 30 e 70 da *Grundgesetz*, entre outros; o direito europeu poderia ser construído como uma delegação do direito alemão pela via do artigo 23 da *Grundgesetz* e, inversamente, o direito dos estados-membros poderia ser construído como delegação do direito europeu pela via do artigo 4º do Tratado da União Europeia⁹⁸ – em que se pode ler algo de semelhante ao art. 30 da *Grundgesetz* – e, se se quiser, mesmo as ordens nacionais podem ser construídas como delegadas por meio da alocação de autoridade pública (soberania) pela via do direito internacional público costumeiro.⁹⁹

3.2.2.2 Construção do direito internacional público e do direito europeu

67

Diante deste pano de fundo, desde o ponto de vista de uma ciência normativa, direito internacional público e direito nacional, assim como direito europeu e direito dos estados-membros, somente podem – se é que deve haver relações como “aplicação imediata” ou “primado de aplicação” do direito europeu entre eles¹⁰⁰ – ser pensados como ordens parciais integrantes de uma ordem jurídica unitária.¹⁰¹ A aplicação do conceito de Estado da teoria do direito *pode* levar, aqui, a se considerar a estrutura da ordem jurídica de direito internacional

⁹⁷ Veja-se JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 659; KAMMERHOFER, J. *op. cit.* (nota de rodapé 82, acima), p. 241; WOODMAN, Gordon R. The Idea of Legal Pluralism. In: DUPRET, B.; BERGER, M.; AL-ZWAINI, L. (orgs.). *Legal Pluralism in the Arab World*, 1999, p. 3 (p. 18), fala em “reconhecimento normativo” [normative recognition]. Politicamente, isso pode ser interpretado como “responsividade” política da ordem jurídica: VIELLECHNER, Lars. Responsiver Rechtspluralismus. *Der Staat*. v. 51, 2012, p. 559.

⁹⁸ Veja-se, contudo, SCHROEDER, Werner. *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, p. 250 e ss.

⁹⁹ Veja-se VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 79, acima), p. 35.

¹⁰⁰ S.a. GRILLER, S. *op. cit.* (nota de rodapé 95, acima), p. 283; discutindo a »aplicação imediata« do direito internacional público ao direito europeu BOGDANDY, A. v. *op. cit.* (nota de rodapé 61, acima), p. 404–412.

¹⁰¹ Sobre o direito internacional público KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 123 e passim, igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 385; sobre direito europeu JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 667; SCHILLING, Thomas. Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung. *Der Staat*. v. 29, 1990, p. 161 (p. 171 e ss, ver nota de rodapé 56); WAGNER, Heinz. Monismus und Dualismus. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*. v. 89, 1964, p. 212 (p. 236). Não se pode colocar o direito válido em campo contra esta necessária assunção da teoria do direito; em sentido contrário, contudo KNAUFF, M. *op. cit.* (nota de rodapé 38, acima), p. 202.

público como “Estado mundial” [Weltstaat]¹⁰² (organização de direito mundial)¹⁰³; e a organização da ordem jurídica europeia, inclusive o direito dos estados-membros, como “estado federal”¹⁰⁴ – sem que este conceito possa ser instrumentalizado politicamente, uma vez que aqui se trata de uma descrição teórica na perspectiva de uma ciência normativa.¹⁰⁵ De forma igualmente válida, contudo, a abordagem jurídica pode partir do direito nacional e reconduzir a ele a validade do direito europeu e do direito internacional público.¹⁰⁶ A teoria do direito não tem condições de mitigar o corrente “limbo” político.¹⁰⁷

3.2.2.3 O caráter arbitrário da escolha do ponto de partida da abordagem jurídica

Para a perspectiva científico-normativa, a escolha do ponto de referência a partir do qual a ordem jurídica será apresentada é arbitrária, porém determinante. O ponto de partida da abordagem determina a identidade da ordem jurídica observada e, com isso, do Estado, em sentido teórico-jurídico. Qual ponto de partida será escolhido, é, contudo, uma função dos respectivos fins a serem perseguidos¹⁰⁸ – o que significará, no contexto das ciências, no mais das vezes: do poder explicativo da construção.¹⁰⁹

68

¹⁰² KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 249; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 507, em controvérsia com a “civitas máxima” de *Christian Wolff*.

¹⁰³ KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 84, acima), p. 248.

¹⁰⁴ DREIER, H. *op. cit.* (nota de rodapé 1, acima), p. 104 com referências, designa, adequadamente, «a questão da “forma do estado” (Estado, Confederação ou Federação de Estados) representada pela União Europeia, que de outro modo assumiria o primeiro plano, como improdutiva».

¹⁰⁵ Contrariamente à usurpação política da construção do direito internacional público por meio do “Primado do Direito Internacional Público” ou do “Primado do Direito Estatal”, veja-se, principalmente KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 84, acima), p. 244–246. Veja-se, ainda, a relação entre “Primado do Direito Internacional Público” e “Pacifismo” que *Kelsen* estabelece já em KELSEN, Hans. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 319, igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 571.

¹⁰⁶ Veja-se, sobre o direito internacional público: KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 84, acima), p. 246–248; sobre direito europeu JESTAEDT, M. *op. cit.* (nota de rodapé 51, acima), p. 668.

¹⁰⁷ Conceito em: WAHL, Rainer. *Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten. Der Staat*. v. 48, 2009, p. 587.

¹⁰⁸ Veja-se KELSEN, H. *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. Archiv fürs öffentliche Recht (AöR)*. v 32 (1914), p. 202 (p. 217); igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 3, p. 359 (p. 371); Idem. *op. cit.* (nota de rodapé 84, acima), p. 248; enquanto perspectiva, isso já se encontra em VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 85, acima), p. 337. A concatenação histórica dos fatos interpretados como atos de criação do direito é irrelevante para a construção jurídica [juristische Konstruktion], o que pode ser um tema a cada fundação de um Estado Federal ou Confederação de Estados; KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 59; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 328; Idem. *Reine Rechtslehre*. 1. ed. (nota de rodapé 15, acima), p. 130; Idem. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. (nota de rodapé 7, acima), p. 338; do mesmo modo VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 79, acima), p. 39 e ss.

¹⁰⁹ Veja-se. KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 4, acima), p. 95 e ss.; VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 6, acima), p. 83.

Qualquer norma (de atribuição de poder) [Ermächtigungsnorm] pode ser escolhida como ponto de partida; mas toda escolha conduz à observação de uma ordem jurídica diversa, pois somente uma norma que possa ser reconduzida a um específico ponto de partida se deixa identificar como pertencente à mesma estrutura de criação do direito [Rechtserzeugungszusammenhang] e, conseqüentemente, como válida. O “sistema de múltiplos níveis” conduz, nesta medida, não apenas a uma *mutação* dos conteúdos de direito positivo, mas sim, sob determinadas condições, a uma *substituição* do Estado – isto é, a uma “revolução” em sentido teórico-jurídico.¹¹⁰

Qualquer “nível”, em um “sistema de múltiplos níveis”, pode, em tese, ser tomado como ponto de partida.¹¹¹ Para usar de um exemplo alemão: pode-se (re)conhecer uma ordem jurídica unitária tanto quando se pensa a partir da constituição dos estados federados, quanto da *Grundgesetz*, como do Tratado da União Europeia ou ainda de um postulado fundamento de validade de direito internacional público.

Para que se possa observar um “pluralismo jurídico” na perspectiva de uma ciência normativa,¹¹² é preciso assumir o ponto de vista de uma ordem jurídica na qual as ordens jurídicas parciais que deverão ser apreendidas encontram-se “integradas”. O esforço construtivo é menor quando o direito internacional público é acionado como uma tal ordem jurídica, construindo-se de tal forma que as ordens jurídicas nacionais parciais, assim como as ordens jurídicas parciais fundadas com base em tratados de direito internacional público sejam pensadas como delegadas a partir dele. Isso significa, nos termos da teoria do direito, uma passagem do Estado particular para a “civitas maxima” – na forma como já conhecida, há longo tempo, pelo direito internacional público tradicional,¹¹³ mesmo que *Kelsen* não aplique o conceito de Estado neste contexto, em função da (ao seu tempo) ausente centralização.¹¹⁴

Para um pluralismo jurídico ainda mais abrangente, no sentido da “Bucovina Global” de *Gunther Teubner*, em que particulares produzem direito espontaneamente e de modo

¹¹⁰ Veja-se KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 4, acima), p. 98.

¹¹¹ De modo semelhante SCHROEDER, W. *op. cit.* (nota de rodapé 98, acima), p. 228 com outras referências; sobre a relação direito federal/direito estadual WIEDERIN, E. *op. cit.* (nota de rodapé 93, acima), p. 50 e ss.

¹¹² Por exemplo: a fim de capturar normativamente demandas contraditórias de diferentes ordens como colisão de obrigações; veja-se, sobre isso TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. *Zwei Arten des Rechtspluralismus*. In: KÖTTER, M.; SCHUPPERT, G. F. (orgs.). *Normative Pluralität ordnen*, 2009, p. 137; TEUBNER, G. *Verfassungsfragmente*, 2012, p. 225–258.

¹¹³ Veja-se KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 249–257; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 507–514.

¹¹⁴ KELSEN, H. *op. cit.* (nota de rodapé 7, acima), p. 289 e ss, p. 328 (Estado global como tendência evolutiva).

desvinculado do Estado,¹¹⁵ seria necessário escolher ainda outro ponto de partida – mesmo aqui, a adoção, por exemplo, dos estatutos de regulamentação das cortes arbitrais (destes quase-tribunais constituídos pela via contratual)¹¹⁶ como pontos de partida autorizaria uma construção teórico-jurídica com auxílio dos instrumentos pertinentes.¹¹⁷

Com a escolha do ponto de partida da abordagem jurídica ainda não se toma qualquer espécie de decisão preliminar sobre o conteúdo do direito. Quais as possibilidades de revogação existentes entre normas de distintas ordens jurídicas parciais de um sistema de múltiplos níveis ou de um sistema pluralístico concebidos como uma ordem jurídica coesa é uma questão que compete exclusivamente ao direito positivo.¹¹⁸ Aqui começa o campo da dogmática. A teoria do direito não pode resolver por si só a questão da precedência [de uma ordem jurídica sobre a outra];¹¹⁹ contudo, um claro ponto de partida teórico-jurídico pode e deve orientar as disputas dogmáticas a serem travadas a este respeito.

CONCLUSÃO – PERSPECTIVAS CIENTÍFICO-NORMATIVAS E CIENTÍFICO-SOCIAIS SOBRE A “TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO”

70

Fenômenos como o da autorregulação e o da “soft law” não possuem qualquer significado essencial para a estrutura da ordem jurídica – estes fenômenos se tornam interessantes, por outro lado, quando se assume uma perspectiva própria das ciências sociais. Para esta perspectiva autorregulação e “soft law” representam fatos tão brutos quanto aquelas ações humanas que a ciência normativa interpreta como atos de criação do direito. É possível ainda atribuir relevância científico-normativa à conversa sobre “sistemas de múltiplos níveis”

¹¹⁵ Veja-se TEUBNER, G. *op. cit.* (nota de rodapé 69, acima).

¹¹⁶ Expressão emprestada de TEUBNER, G. *op. cit.* (nota de rodapé 69, acima), p. 276.

¹¹⁷ O emprego distinto do símbolo operativo da “validade”, que TEUBNER, G. *op. cit.* (nota de rodapé 66, acima), p. 211, observa como fato, corresponde, nesse sentido, à diferença entre distintos pontos de partida para a fundamentação da validade, diferença esta observável desde a perspectiva das ciências normativas.

¹¹⁸ Veja-se, por exemplo, VERDROSS, A. *op. cit.* (nota de rodapé 79, acima), p. 36 e ss; WIEDERIN, E. *op. cit.* (nota de rodapé 93, acima), p. 37 e ss. Esta característica da teoria atrai para ela a acusação de distanciamento da prática: ÖHLINGER, Theo. Die Einheit des Rechts. In: PAULSON, S. L.; STOLLEIS, M. (orgs.). *Hans Kelsen*, 2005, p. 160 (p. 173). Contudo, ela não pretende de modo algum solucionar os problemas da práxis jurídica – De modo diverso, contudo KELSEN, H. *Souveränität* (nota de rodapé 19, acima), p. 113, p. 146–149; igual JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*, v. 4, p. 377, p. 408–410.

¹¹⁹ Nesse sentido, o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Carta da União Europeia não se determina simplesmente “de modo definitivo segundo a norma fundamental do art. 23 da Grundgesetz”, como assume SCHOLZ, Rupert. Nationale und europäische Grundrechte: Umgekehrte »Solange«-Regel? *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*. v. 129, 2014, p. 197 (p. 202).



e “pluralismo jurídico”. Aqui não se trataria apenas de uma *transformação*, mas sim eventualmente até mesmo de uma *substituição* da ordem jurídica [como um todo].

Com recurso ao instrumentário que remonta a *Kelsen* deixam-se descrever adequadamente, ainda hoje, os fundamentos teóricos necessários ao conhecimento jurídico. A teoria do direito pode, como ciência normativa, restar serena diante da “transformação do Estado” que tem sido recorrentemente vociferada contra ela, confiando a investigação dos fenômenos correlatos seguramente à sociologia e à história do direito.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans-Peter. *Der Staat als »Handlungssubjekt«*, 1988.

ARNDT, Dominik E. *Sinn und Unsinn von Soft Law*, 2011.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*. v. 80, 2007.

BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say. *I-CON*. v. 6, 2008.

BRUNNENGRÄBER, Achim; BURCHARDT, Hans-Jürgen; GÖRG, Christoph (orgs.). *Mit mehr Ebenen mehr Gestaltung?*, 2008.

CRAGG, Wesley. Multinational corporations, globalization and the challenge of self-regulation. In: KIRTON, J. J.; TREBILCOCK, M. J. (orgs.). *Hard Choices, Soft Law*, 2004.

DREIER, Horst. Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. (org.). *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007.

EHRICKE, Ulrich. »Soft law« – Aspekte einer neuen Rechtsquelle. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. v. 31, 1989.

FRERICHS, Sabine. *Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2008.

GOLDMANN, Matthias. We Need to Cut Off the Head of the King. *Leiden Journal of International Law*. v. 25, 2012.

GRILLER, Stefan. Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt. *Journal für Rechtspolitik (JRP)*. v. 8, 2000.

_____. Völkerrecht und Landesrecht. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. (orgs.). *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität. In: GÜNTHER, Klaus; WINGERT, Lutz. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Habermas*, 2001.

HEUSEL, Wolfgang. »Weiches« Völkerrecht, 1989.

HOLUBEK, Reinhard. *Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft*, 1961.

72

HUMRICH, Christoph; ZANGL, Bernhard. Global governance through legislation. In: ENDERLEIN, H.; WÄLTI, S.; ZÜRN, M. (orgs.). *Handbook on Multi-level Governance*, 2010.

JABLONER, Clemens; OKRESEK, Wolf. Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des »soft law«. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 34, 1983.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed., 1914.

JESTAEDT, Matthias. Der Europäische Verfassungsverbund. *GS W. Blomeyer*, 2004.

_____. Geltung des Systems und Geltung im System. *Juristenzeitung (JZ)*. v. 68, 2013.

_____. Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen. In: BRUNKHORST, H.; VOIGT, R. (orgs.). *Rechts-Staat*, 2008.

KAMMERHOFER, Jörg. Kelsen – Which Kelsen? A Reapplication of the Pure Theory to International Law. *Leiden Journal of International Law*. v. 22, 2009.



KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920). JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*. v. 4.

_____. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922.

_____. Derogation. In: NEWMAN, R. A. (org.). *Essays in Honour of R. Pound*, 1962.

_____. Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. v. 19, 1958.

_____. Die soziologische und die juristische Staatsidee (1914). In: JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*. v. 3.

_____. *General Theory of Law and State*, 1945.

_____. Gott und Staat. *Logos*. v. 11, 1922/1923.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911. JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*. v. 2.

_____. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. v. 14, 1926.

_____. Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. *Archiv fürs öffentliche Recht (AöR)*. v. 32, 1914. JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*. v. 3.

_____. *Reine Rechtslehre*. 1. ed., 1934.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. ed., 1960.

_____. Staatsform als Rechtsform. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 5, 1926.

_____. Staat und Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 4, 1925.



_____. Über Staatsunrecht. *Grünhuts Zeitschrift*. v. 40, 1914. JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsens Werke*. v. 3.

_____. Was ist ein Rechtsakt? *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 4, 1952.

_____. Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR)*. Nova Série n. 1, 1946/1948.

KERSTEN, J. *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000.

KETTLER, Dietmar. *Die Drei-Elemente-Lehre*. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung Kritik, 1995.

KLABBERS, Jan. The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*. v. 65, 1996.

KLEINLEIN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012.

KNAUFF, Matthias. *Der Regelungsverbund*, 2010.

KOCH, Hans-Joachim. Die staatsrechtliche Methode im Streit um die Zwei-Seiten-Theorie des Staates (Jellinek, Kelsen, Heller). In: PAULSON, Stanley L.; SCHULTE, Martin (orgs.). *Georg Jellinek*, 2000.

LAMPE, Ernst-Joachim. Vorwort. In: LAMPE, Ernst-Joachim (org.). *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995.

LEPSIUS, Oliver. Die Zwei-Seiten-Lehre des Staates. In: ANTER, Andreas (org.). *Die normative Kraft des Faktischen*, 2004.

LEPSIUS, Oliver. Georg Jellineks Methodenlehre. In: PAULSON, S. L.; SCHULTE, M. (orgs.). *Georg Jellinek*.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, 1993.



_____. *Die Politik der Gesellschaft*, 2000

_____. *Soziale Systeme*, 1984.

LURGER, Brigitta. Der Pluralismus der ›lex mercatoria‹. *Rechtshistorisches Journal*. v. 16, 1997.

MAYER, Franz C. Verfassungswandel durch Annäherung? In: HÖNNIGE, Ch.; KNEIP, S.; LORENZ, A. (orgs.). *Verfassungswandel im Mehrebenensystem*, 2011.

MAYER, Hans. Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht. In: WALTER, R.; JABLONER, C.; ZELENY, K. *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, 2004.

MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous Law*, 2009.

75

MERKL, Adolf Julius. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927.

MOORE, Sally Falk. *Law as Process*, 1978.

ÖHLINGER, Theo. Die Einheit des Rechts. In: PAULSON, S. L.; STOLLEIS, M. (orgs.). *Hans Kelsen*, 2005.

OOYEN, R. Ch. van. *Der Staat der Moderne*, 2003.

PIATTONI, Simona. *The Theory of Multi-level Governance*, 2010.

RÖHL, Klaus F.; MACHURA, Stefan. 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute. *Juristenzeitung (JZ)*. v. 68, 2013.

SANDER, Fritz. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. v. 1, 1919/1920.

SAUER, Heiko. Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem. In: MATZ-LÜCK, N.; HONG, M. (orgs.). *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, 2012.

SCHARF, Michael P.; ROBERTS, Lawrence D. The Interstellar Relations of the Federation: International Law and »Star Trek. The Next Generation«. *University of Toledo Law Review*. v. 25, 1994.

SCHILLING, Thomas. Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung. *Der Staat*. v. 29, 1990.

SCHOLZ, Rupert. Nationale und europäische Grundrechte: Umgekehrte »Solange«-Regel? *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*. v. 129, 2014.

SCHÖNBERGER, Christoph. Die Europäische Union als Bund. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*. v. 129, 2004.

SCHROEDER, Werner. *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Staatsrechtslehre als Wissenschaft. In: SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*.

SCHWARZE, Jürgen. Soft Law im Recht der Europäischen Union. *Europarecht (EuR)*. v. 46, 2011.

SECKELMANN, Margrit. Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der »Global Governance«. *Verwaltungsarchiv*. v. 98, 2007.

SENDEN, Linda. *Soft Law in European Community Law*, 2004.

SOLTÈSZ, Ulrich. Europäisches »Soft Law« – Ein Wesen ohne Kuschelfaktor. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*. v. 24, 2013.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 2, 1992.

TEUBNER, Gunther. Globale Bukowina. *Rechtshistorisches Journal*. v. 15, 1996.



_____. Rechtspluralismus in der Spätmoderne. In: SCHMDIT, Eike et seq. (orgs.). *Liber Amicorum J. Esser*, 1995.

_____. *Verfassungsfragmente*, 2012.

TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Zwei Arten des Rechtspluralismus. In: KÖTTER, M.; SCHUPPERT, G. F. (orgs.). *Normative Pluralität ordnen*, 2009.

TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*, 2000.

TYLER, Tom R. *Why People Obey the Law*, 2006.

VERDROSS, Alfred. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.

_____. Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts. *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*. v. 29, 1921.

_____. Zur Konstruktion des Völkerrechts. *Zeitschrift für Völkerrecht*. v. 8, 1914.

VIELLECHNER, Lars. Responsiver Rechtspluralismus. *Der Staat*. v. 51, 2012.

VOSSKUHLE, Andreas. Die Renaissance der »Allgemeinen Staatslehre« im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung. *JuS*. v. 44, 2004.

WAGNER, Heinz. Monismus und Dualismus. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*. v. 89, 1964.

WAHL, Rainer. Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten. *Der Staat*. v. 48 2009.

WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law (AJIL)*. v. 77, 1983.

WIEDERIN, Ewald. *Bundesrecht und Landesrecht*, 1995.

_____. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In: GRILLER, S.; RILL, H. P. (orgs.). *Rechtstheorie*, 2011.

WOODMAN, Gordon R. The Idea of Legal Pluralism. In: DUPRET, B.; BERGER, M.; AL-ZWAINI, L. (orgs.). *Legal Pluralism in the Arab World*, 1999.

WÜRTEMBERGER, Thomas. Rechtspluralismus oder Rechtsetatismus? In: E. J. *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995.

ZÜRN, Michael; WÄLTI, Sonja; ENDERLEIN, Henrik. Introduction. In: ENDERLEIN, H.; WÄLTI, S.; ZÜRN, M. *Handbook on Multi-level Governance*, 2010.

Submissão: 20/07/2016
Aceito para Publicação: 20/07/2016

78



O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO: TENDÊNCIAS DA CORTE EUROPEIA

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION: TRENDS IN EUROPEAN COURT

Samyra H. Dal Farra Naspolini*

Vladmir Oliveira da Silveira**

RESUMO: O presente artigo objetiva o estudo da chamada Margem Nacional de Apreciação, como meio de solução de conflitos de interpretação sobre Direitos Humanos, utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A problemática com a qual trabalha é a de que, dadas às situações, conforme os casos apresentados, de conflito entre a Corte Europeia e algum Estado Membro da União Europeia sobre a forma de aplicação de normas de Direitos Humanos, seria a Margem Nacional de Apreciação uma opção adequada para resolver esse conflito de interpretação? A opção é polêmica e recebe várias críticas importantes, inclusive de juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que conclamam pelo uso cauteloso de tal teoria. A partir de dois casos nos quais a Corte Europeia se refere à Margem Nacional de Apreciação, em um para dizer que ela se aplica e em outro para dizer que não, desenvolver-se-á um estudo sobre os principais conceitos implicados para a compreensão dos casos e ao fim se abordará a teoria com a finalidade de compreender a mesma e verificar os seus aspectos positivos e negativos. Estuda-se, também, na estrutura do artigo o Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, as particularidades na interpretação das normas protetoras de Direitos Humanos e por fim a Jurisdição e a Teoria da Margem de Apreciação. Na conclusão observa-se que tal teoria deve ser utilizada com muito cuidado para que não se relativize e flexibilize as normas de *jus cogens* internacional de Direitos Humanos, possibilitando aos Estados Membros doses importantes de subjetivismo e arbitrariedade. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica para qual se utilizará do método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Margem Nacional de Apreciação. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os casos em tela. 2 O Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. 3 A Interpretação das Normas Protetoras de Direitos Humanos. 4 Jurisdição e a Teoria da Margem Nacional de Apreciação. Conclusão. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: This paper aims to study the so-called National Margin of Appreciation, as a means of interpretation of conflict resolution on Human Rights, used by the European Court of Human Rights. The problem faced, given the circumstances of the cases herein presented, is the conflicts between the European Court and some European Union Member State on how to apply human rights laws: would the National Margin of Appreciation be an appropriate option to solve this conflict of interpretation? The option is controversial and is subjected to several important criticisms, including from judges of the Inter-American Court of Human Rights, which call for caution on the use of such theory. Based on two cases in which the European Court referred different applications to the National Margin of Appreciation, the main concepts involved in cases and the theory they addressed were studied, in order to understand it and verify its positive and negative aspects. The Regional System of Human Rights Protection was also studied in this paper, mainly the interpretation of protective laws of human rights, jurisdiction issues and the Theory of Margin of Appreciation. In conclusion, it may be observed that such a theory should be used very carefully, in order to not turn human rights law more flexible and relative, what would enable the subjectivism and arbitrariness of States Members. This paper is a descriptive study, developed based on literature and historical research, through the use of inductive reasoning.

KEYWORDS: International Law of Human Rights. European Court of Human Rights. National Margin of Appreciation. Inter-American Court of Human Rights.

* Professora e Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e da Universidade de Marília (UNIMAR).

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor e Diretor do Centro de Pesquisa em Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Ex Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui por objeto de estudo a Margem Nacional de Apreciação, como meio de solução de conflitos de interpretação sobre Direitos Humanos, utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para compreensão dos principais conceitos implicados nos casos estudados, serão necessários alguns estudos preliminares para se chegar à Margem Nacional de Apreciação.

A problemática com a qual trabalha é a de que, dadas às situações, conforme os casos apresentados, de conflito entre a Corte Europeia e algum Estado-membro da União Europeia sobre a forma de aplicação de normas de Direitos Humanos, seria a Margem Nacional de Apreciação uma opção adequada para resolver esse conflito de interpretação?

Na encruzilhada entre fazer valer as normas contidas na Convenção Europeia de Direito Humanos com pretensão universal e respeitar culturas próprias dos Estados-membros, principalmente quando se trata de condutas que invocam apreciações morais, a Corte Europeia tem lançado mão de uma teoria denominada Margem Nacional de Apreciação, na qual a Corte limita a sua jurisdição e atribui certa discricionariedade para o Estado decidir a questão. A opção é polêmica e recebe várias críticas importantes, inclusive de juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem optado: (i) pelo não uso ou (ii) pelo uso muito cauteloso de tal teoria.

A partir de dois casos nos quais a Corte Europeia se refere à Margem Nacional de Apreciação, em um para dizer que ela se aplica e em outro para dizer que não, desenvolver-se-á um estudo sobre os principais conceitos implicados para a compreensão dos casos e, ao fim, abordar-se-á a teoria com a finalidade de compreendê-la e verificar os seus aspectos positivos e negativos.

Na conclusão recuperar-se-á a problemática da pesquisa para verificar se mesma restará resolvida. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica e histórica para qual se utilizará do método de estudo de casos aliado ao método indutivo.

1 OS CASOS EM TELA

Conforme a metodologia do estudo de caso, serão apresentados dois casos com decisões polêmicas da Corte Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”) e, na sequência, serão investigados alguns conceitos fundamentais para a compreensão dos casos em tela.

No caso *Hirst v. The United Kingdom*, a CEDH proferiu decisão importante sobre a questão do voto dos presos. No Reino Unido, em decorrência do *Representation of the People Act 1983*, nenhuma pessoa que estivesse presa, condenada ou em prisão provisória podia votar enquanto durasse a sua pena. John Hirst, após ter seu caso julgado sem mérito pelas cortes britânicas, apelou para a CEDH, em 2001. Em 2005, a CEDH considerou que a proibição, que na época atingia 48 mil presos, feria a garantia de eleições livres no país. Frise-se que o que a CEDH decidiu é que a proibição não pode ser generalizada e que o país ao impedir que todos os condenados presos votassem estava a infringir o artigo 3º, do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece a obrigação dos Estados-membros de realizar eleições livres em intervalos razoáveis por meio do voto secreto, em sufrágio universal, sob a condição de assegurarem o direito fundamental da livre expressão de opinião das pessoas na escolha dos seus representantes.

Por outro lado, a CEDH entendeu, no caso *A, B e C v. Ireland*, em 16 de dezembro de 2010, que o aborto não é um direito fundamental da mulher irlandesa de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e que a Irlanda está livre para proibir a interrupção da gravidez, tendo em vista tratar-se de uma questão *interna corporis*. Neste caso, três mulheres que moram na Irlanda recorreram à CEDH apontando a violação dos seus direitos, em especial, o direito à privacidade, uma vez que, tendo uma gravidez indesejada, e, por conta da proibição da legislação irlandesa, tiveram de fazer o aborto no Reino Unido, onde é permitido. A decisão não foi unânime. Dos 17 juízes da Câmara Principal de julgamentos da CEDH, seis consideraram que deveria ser levado em conta o consenso que existe em quase todos os países da Europa de que o aborto é aceitável, porém, considerou-se que a Irlanda pode proibi-lo, uma vez que não configura direito fundamental da mulher irlandesa.

Apresentados, resumidamente, os casos que servirão de base para o estudo da Margem de Apreciação, passar-se-á a expor alguns conceitos básicos atinentes à matéria para que se possam compreender os fundamentos das decisões proferidas.

2 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com o fim da Segunda Guerra Mundial inicia-se o processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos, uma vez que se tornaram uma legítima preocupação internacional, encerrando-se um período no qual perdurou a concepção de que a forma como o Estado tratava seu povo era concebida como um problema de jurisdição exclusivamente doméstica devido à soberania. Ao contrário, a relação do Estado com os seus nacionais passou a ser uma problemática internacional. (TRINDADE, 2003).

Assim se inaugura outra dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que trará uma nova concepção para esses direitos¹. Ao mesmo tempo sintetizando e superando os direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, a terceira dimensão traz a ideia de direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso.

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação, inclusive de complementariedade.

Esse novo Estado, palco dos direitos de solidariedade, é definido como Estado Constitucional Cooperativo², que substitui o Estado Nação, uma vez que alia o direito constitucional interno com o direito internacional, visando a cooperação no sentido da concretização dos direitos humanos. Portanto os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas os comprometem com a pauta de direitos humanos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 177).

¹ Nos dizeres de Alenilton da Silva Cardoso: “Pelo processo dinâmogênico, os direitos fundamentais, que na ideologia da primeira dimensão fundamentava-se na liberdade e na ideia de justiça comutativa, avançaram, na segunda dimensão, para o estabelecimento da igualdade e da justiça distributiva, chegando hoje a uma perspectiva altamente diferenciada, mas somadas àquelas das dimensões anteriores, desta vez focada na justiça social, que busca garantir ao gênero humano o direito a um ambiente justo e propício ao desenvolvimento pleno de todos, notadamente do futuro da humanidade” (CARDOSO, Alenilton da Silva. O Problema Social da Indiferença o Contexto Ético da Solidariedade. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Capitalismo Humanista e Direitos Humanos*. Conceito Editorial: Florianópolis, 2013, p. 130-131).

² Segundo Häberle o Estado Constitucional Cooperativo “é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na garantia da cooperação e responsabilização internacional assim como no campo da solidariedade. Ele expressa, com isso, a necessidade internacional de políticas de paz” (HÄBERLE, 2007, p. 4).

O processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos trouxe a necessidade de implementação desses mediante a criação de um Sistema Internacional de Proteção, monitoramento e controle, o qual foi dividido em Sistema Global de Proteção e Sistema Regional de Proteção, complementares e indivisíveis. Esses não substituem os tribunais internos e não são tribunais de recurso ou cassação; ao contrário, trata-se de direito complementar ao direito nacional. O Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos e a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária; porém, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame dos tribunais internacionais (PIOVESAN, 2008).

Tal entendimento pode ser encontrado, entre outros julgados, no julgamento paradigmático da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) no Caso Lund e outros *versus* Brasil (Guerrilha do Araguaia) quando afirmou que o julgamento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, é sim de sua competência, podendo revisar, inclusive, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana³.

O Sistema Global de Proteção é composto pela Carta das Nações Unidas de 1945, integrada, posteriormente, pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos os Pactos possuem como principal objetivo dar concretude aos direitos já consagrados na Declaração Universal, “atribuindo-lhes valor jurídico na acepção positivista – o que os tornaria obrigatórios. No mesmo sentido, criou vinculações para os Estados-partes, abrindo a possibilidade de responsabilizá-los no plano internacional por atos atentatórios aos direitos humanos” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 158).

Por sua vez, os Sistemas Regionais buscam internacionalizar os Direitos Humanos no plano regional. Enquanto o Sistema Global fornece um parâmetro normativo mínimo, o regional deve ir além, buscando concretizar os direitos já existentes e adicionar novos, tudo isso se levando em consideração às diferenças entre as regiões. Atualmente a Europa, a América e a África já possuem aparato jurídico próprio (PIOVESAN, 2007).

³ Sentença disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Ao presente estudo, interessa especificamente a CEDH, na medida em que foi a CEDH que proferiu as decisões aqui estudadas.

A CEDH tem por função básica proteger e dar efetividade a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada inicialmente em 1950 e hoje agregando 47 países, sendo os 27 Estados-membros da União Europeia, além de outros 20, como a Rússia, Ucrânia, Noruega, Mônaco e Azerbaijão, bem como 06 Estados observadores, como os Estados Unidos, Canadá, Japão e Israel⁴.

Importante pontuar, que a CEDH é a única dentre os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos que aceita petição individual (nos termos do artigo 39 do Regulamento da CEDH), sendo que as denúncias podem ser feitas diretamente à CEDH, sem a necessidade de se passar previamente por uma Comissão, como é o caso Americano e Africano.

3 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PROTETORAS DE DIREITOS HUMANOS

85

É importante frisar que ainda que as normas de Direitos Humanos possuam uma metodologia própria de interpretação, quando se valem de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, devem obedecer à regra geral de interpretação prevista no chamado Tratado dos Tratados, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (“Convenção de Viena”), que estabelece em seu artigo 31, item 1, que devem ser interpretados “de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Ato contínuo, o item 3 do referido artigo prescreve que “serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pelo qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”

A regra geral enunciada pela Convenção de Viena traz em seu bojo o princípio da efetividade, que remete à chamada interpretação teleológica, ou seja, uma interpretação com ênfase na realização do objeto e do propósito dos tratados de Direitos Humanos levará certamente a uma proteção mais eficaz destes direitos (TRINDADE, 2003, p. 32).

⁴ Disponível em: <http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp>. Acesso em: 18 jan. 2016.

A interpretação das normas protetivas dos Direitos Humanos também deve obedecer específicas regras e princípios, por exemplo, e principalmente, devido à característica de indivisibilidade dos Direitos Humanos a interpretação sempre deve ser integrada, utilizando-se, portanto, toda a sua base instrumental.

Também não se pode perder de vista que seja no âmbito internacional, seja no âmbito regional ou interno, a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo de proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2008).

Importante salientar que a interpretação das normas de Direitos Humanos se dá de forma a buscar uma convergência jurisprudencial entre tribunais internacionais, utilizando-se do método comparativo que respeita as autonomias, mas visa sempre o princípio da máxima proteção à pessoa humana (vítima). Dessa forma, se obtém uma interpretação evolutiva que permite grande avanço jurisprudencial nesta área.

Nesse sentido, se a coexistência de distintos instrumentos jurídicos levar a “conflitos” devido à garantia de um mesmo direito, deve-se levar em conta na interpretação e na aplicação o princípio da primazia é da norma mais favorável à vítima, para solucionar a aparente antinomia.

86

4 JURISDIÇÃO E A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO

A competência da CEDH está prevista no artigo 32 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual dispõe que esta “abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos (...)”. Por outro lado, segundo o artigo 59, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é válida para todos os Estados-membros do Conselho da Europa e que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, os 47 acima citados, bem como para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, entrando em vigor no momento em que depositar o documento de ratificação.

No que se refere ao poder jurisdicional da CEDH e sua função de garantia e proteção dos direitos humanos, ela não atua imediatamente como um nível de proteção concorrente ao interno. Pelo contrário, age apenas nos casos de falha ou ausência de tutela por parte do direito interno. Portanto, pode-se dizer que os mecanismos internacionais de proteção se constituem em tutela supranacional complementar de atuação, na medida em que servem de ampliação e controle da jurisdição interna.

Como dito acima, o papel da CEDH é subsidiário, complementar aos Estados-membros na proteção dos direitos humanos, ainda que possua *status* supranacional. Neste sentido, é que a CEDH desenvolveu a teoria da Margem Nacional de Apreciação, limitando sua jurisdição em certos temas e deixando-os à discricionariedade dos Estados-membros. Assim, a CEDH entende que os Estados-membros, principalmente quando se referir a temas morais, possuem mais condições do que o juiz internacional para decidir (DINIZ, 2011, p. 404).

A CEDH já utilizou essa teoria em vários casos, ainda que a mesma não se encontre prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos. De qualquer forma, os juízes da CEDH entendem que o art. 15, § 1º da Convenção conferiria às autoridades nacionais essa margem de apreciação⁵.

O método de aplicação da margem nacional de apreciação, com base no citado artigo, funciona da seguinte forma: inicialmente a CEDH verifica se houve por parte do Estado-membro uma interferência no direito de um seu cidadão. Em caso positivo, verifica-se a legitimidade do objetivo perseguido pelo Estado e a proporcionalidade da restrição, a partir do questionamento de se o objetivo poderia ter sido atingido por meio menos restritivo e se o prejuízo causado ao detentor do direito supera qualquer benefício que a interferência venha trazer na busca de seu objetivo.

Essa teoria apresenta-se como a saída encontrada pela CEDH para enfrentar um antigo problema dos Direitos Humanos, ou seja, a questão da universalidade *versus* a diversidade cultural. Tendo a interpretação das normas de Direitos Humanos importância na sua aplicação, haja vista que as normas de Direitos Humanos precisam ser interpretadas progressivamente, a CEDH entende que a margem de apreciação lhe permite conjugar a universalidade dos Direitos Humanos com as especificidades culturais, principalmente em uma Corte tão abrangente e com tanta diversidade.

Os juízes da CEDH, defensores dessa teoria afirmam que a mesma concilia a questão da soberania dos Estados e a interferência da CEDH quando se tratar de violação aos Direitos Humanos, uma vez que limita a jurisdição da CEDH deixando certas áreas à discricionariedade dos Estados-membros. Por outro lado, críticos como Delmas-Marty

⁵ CONVENÇÃO Europeia de Direitos Humanos. Art. 15 § 1º. *Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.*

entendem que ela se revela um empecilho à universalização e delega ao juízo doméstico questões de competência internacional e enfraquece os ideais de igualdade e democracia na União Europeia (CORRÊA, 2013, pp. 267-268).

Realmente, é necessário que se reflita se a margem nacional de apreciação não tem contribuído para uma aplicação não uniforme e até mesmo relativa e flexibilizada de direitos consagrados na normativa internacional, dando a ideia de que essas normas não possuem caráter obrigatório. Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) na Opinião Consultiva n° 4/84 demonstra preocupação com o uso da margem de apreciação e adverte que a discricionariedade dada aos Estados corre o risco de levar a julgamentos subjetivos e arbitrários. Assim, a CIDH pouco tem desenvolvido e aplicado esse método.

Nos casos apresentados acima, a CEDH conferiu a margem nacional de apreciação para a Irlanda, entendendo que o aborto não é um direito fundamental da mulher irlandesa, tendo, portanto, a Irlanda o direito de proibi-lo, ao passo que entendeu que o voto é sim um direito fundamental do cidadão e não pode ser, no caso Britânico, negado ao preso. Parece que nesses casos é mais fácil discernir os motivos das decisões da CEDH; porém, fica o alerta para o cuidado com o uso indiscriminado da margem nacional de apreciação, haja vista a obrigatoriedade das normas de direito internacional dos direitos humanos.

88

CONCLUSÃO

O processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos, iniciado após a segunda guerra mundial trouxe a necessidade de implementação desses mediante a criação de um Sistema Internacional de Proteção, monitoramento e controle, o qual foi dividido em Sistema Global de Proteção e Sistema Regional de Proteção, complementares e indivisíveis esses não substituem os tribunais internos e não são tribunais de recurso ou cassação. Ao contrário, trata-se de direito complementar ao direito nacional. O Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos e a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária, porém os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame das Cortes Internacionais.

A CEDH, primeiro Sistema Regional de Proteção instalado, tem por função básica proteger e dar efetividade a Convenção Europeia de Direitos Humanos, observando os princípios básicos e específicos que regem as formas de interpretação dessas normas.

Neste sentido, desenvolveu a Teoria da Margem Nacional de Apreciação, limitando sua jurisdição em certos temas e deixando-os à discricionariedade dos Estados-membros, principalmente quando se referir a temas que impliquem em julgamentos morais.

Os juízes da CEDH, defensores dessa teoria afirmam que a mesma concilia a questão da soberania dos Estados e a interferência da CEDH deixando certas áreas à discricionariedade dos Estados-membros. Por outro lado, entendem ser a saída encontrada para enfrentar a questão da universalidade *versus* a diversidade cultural.

Nos casos estudados, os critérios para a concessão da discricionariedade para a Irlanda e a não concessão para o Reino Unido ficaram suficientemente esclarecidos, porém é necessária muita cautela para que não ocorra uma aplicação não uniforme e até mesmo relativa e flexibilizada de direitos consagrados na normativa internacional, dando a ideia de que essas normas não possuem caráter obrigatório.

REFERÊNCIAS

89

BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012. p. 377-422.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARDOSO, Alenilton da Silva. O Problema Social da Indiferença no Contexto Ético da Solidariedade. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Capitalismo Humanista e Direitos Humanos*. Conceito Editorial: Florianópolis, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp>. Acesso em: 18 jan. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 4/84. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 – a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*. v. 10, n. 2. UNICEUB: 2013. p. 263-280.

DELMAS-MARTY, Mireille. *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*. Dordrecht: Kluwer Academic Publisher, 1992.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*. v. 6, n. 2. UNIVALI: 2011. p. 392 – 418.

90

HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.



PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUBIO, David Sanchez. *Fazendo e Desfazendo os Direitos Humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. São Paulo: Revista Lua Nova, 1997, v. 39, p. 105-123.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira*. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F; COUTO, Mônica Bonetti. (orgs.). *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2013. No Prelo.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos humanos: normativa internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001.



A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO POSITIVA DE RISCO NOS CONTRATOS

THE EXPLICIT RESOLUTIVE CONDICTION AS INSTRUMENT OF POSITIVE ALLOCATION OF RISKS IN CONTRACTS

Aline Miranda Valverde Terra*

Paula Greco Bandeira**

RESUMO: O contrato revela-se como instrumento de gestão dos riscos econômicos que atingem a sua execução, notadamente os riscos econômicos supervenientes. Esta alocação de riscos permitirá o estabelecimento das responsabilidades das partes contratantes. O artigo pretende, com base no método lógico-indutivo, demonstrar que tal gestão pode ser positiva, mediante a distribuição dos riscos econômicos previsíveis nas cláusulas contratuais; ou mesmo negativa, por meio de lacunas, que serão posteriormente preenchidas de acordo com o procedimento previsto no contrato. No âmbito da gestão positiva, intenta-se comprovar que a cláusula resolutiva expressa, que faculta às partes a extinção do contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário, encerra importante mecanismo de controle dos riscos.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula resolutiva expressa. Contrato incompleto. Gestão positiva de riscos contratuais.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A gestão positiva e negativa dos riscos no contrato. 2 A cláusula resolutiva expressa como mecanismo de gestão positiva dos riscos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: The contract is a mechanism of distribution of economic risks which affect its performance, mainly the supervening economic risks. That allocation of risks allows the definition of contractual parties' responsibilities. This paper aims to prove that the distribution of risks may be positive, by sharing the predictable economic risks in the contractual clauses; and may be negative, by leaving gaps which will be filled in the future, according to the proceeding foreseen in the contract. Within the positive allocation of risks the paper intends to demonstrate that the explicit resolutive condition constitutes an important mechanism of allocation of risks, since it consents the parties to extinguish the contract independently of judicial dispute resolution.

KEYWORDS: Explicit resolutive condition. Incomplete contract. Positive allocation of contractual risks.

93

INTRODUÇÃO

A escalada da complexidade dos arranjos obrigacionais, somada ao crescente incremento dos riscos a que os contratantes estão sujeitos, impacta decisivamente na regulamentação, sempre mais detalhada, dos interesses dos contratantes. Abre-se, assim, à autonomia privada amplo espectro de atuação, sendo-lhe franqueado lançar mão de todos os mecanismos oferecidos pelo ordenamento jurídico para minorar os riscos a que os atores negociais estão expostos. Apesar da reconhecida relevância prática da matéria, encontram-se

* Doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED-UERJ). Coordenadora editorial da Revista de Direito Civil (RBDCivil).

** Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do curso de Pós-Graduação em Direito Civil Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED-UERJ). Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Advogada.

poucos estudos específicos a respeito, a impor a inadiável tarefa de delimitação dos riscos a que os contratantes estão sujeitos, bem como dos mecanismos que a ordem jurídica lhes oferece para geri-los, a fim de que seus interesses sejam atendidos da forma que lhes afigure mais conveniente *in concreto*. Nessa direção, pretende-se esboçar algumas linhas acerca do tema, a partir da metodologia civil-constitucional, atenta à função dos fatos jurídicos.

Entendido como a consequência econômica de um evento incerto, ou a plausibilidade de prejuízo financeiro proveniente de acontecimentos incertos, o risco sempre esteve vinculado ao resultado dos pactos (FEITOSA, 2013). Ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato, e desconhecem se o seu desfecho lhes será favorável ou não. Por isso mesmo, a materialização dos riscos que orbitam o negócio assombra diuturnamente os contratantes, que podem ter seus interesses não satisfeitos por razões alheias à sua conduta. A fim de gerir essas superveniências, o Código Civil dispõe de diversos dispositivos, que partilham entre as partes, de forma supletiva, os riscos contratuais.

Nessa esteira, citam-se, a título ilustrativo, os seguintes artigos do Código Civil: o artigo 234, que determina a resolução da obrigação de dar coisa certa caso a coisa se perca sem culpa do devedor, atribuindo-lhe, por outro lado, responsabilidade pelo equivalente, mais perdas e danos se a perda decorrer de culpa sua; o artigo 246, que atribui ao devedor a responsabilidade pela deterioração ou perda da coisa antes da escolha nas obrigações de dar coisa incerta; o artigo 248, segundo o qual a obrigação de fazer se resolve se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, respondendo, todavia, por perdas e danos se incorrer em culpa; o artigo 393, que afasta a responsabilidade do devedor pelos danos provenientes de caso fortuito ou força maior; o artigo 399, que atribui ao devedor em mora a responsabilidade pelos prejuízos advindos do caso fortuito ou força maior; o artigo 441, segundo o qual o credor pode enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor; o artigo 442, que confere ao credor a opção de, em vez de rejeitar a coisa, recebê-la com abatimento do preço; o artigo 447, que atribui ao alienante os riscos decorrentes da evicção; e o artigo 478, de acordo com o qual, se acontecimentos extraordinários, imprevisíveis e alheios aos contratantes acarretarem excessiva onerosidade da prestação para uma parte e extrema vantagem para a outra, o contrato poderá ser resolvido pelo devedor; dentre vários outros específicos de certos tipos contratuais.

Todas essas regras visam disciplinar dois tipos de risco contratual, sistematizados por Guido Alpa da seguinte forma: (i) o risco de incumprimento, quando a prestação não é adimplida por culpa do devedor, por fato de terceiro, por fato do príncipe ou por caso fortuito; e (ii) o risco econômico, relacionado à diminuição da satisfação econômica do negócio, pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas, previsíveis ou não previstas e imprevisíveis que, conquanto não conduzam ao inadimplemento em sentido técnico, desorganizam a economia originária do negócio. Apesar da distinção conceitual em abstrato, tais riscos se encontram entrelaçados *in concreto* (ALPA, 1989, p. 1146).¹

Os artigos do Código Civil, acima referidos, voltados à gestão de riscos – repita-se – contemplam regras meramente supletivas: partilham e disciplinam os riscos no silêncio das partes, a fim de colocar um ponto final nos "estados contratuais alterados" (PROENÇA, 2006, p. 64). Por outro lado, os contratantes, no exercício de sua autonomia privada, podem valer-se do contrato, instrumento vocacionado à gestão de riscos nas operações negociais, para distribuir, de forma diversa, os resultados positivos e negativos dele decorrentes, de modo a atender mais eficazmente aos seus interesses. As partes anteveem, no momento da celebração do contrato, os riscos passíveis de atingir o negócio, e os alocam entre si, de sorte que cada um, ao assumi-los, passa a responder por suas consequências econômicas.

Como observa Trimarchi, por meio do contrato, as partes são capazes de se assegurar do empenho da outra para a consecução de resultado útil programado, e distribuir, entre elas, os riscos das dificuldades e dos imprevistos inculpáveis que possam turbar a atuação do programa contratual. De acordo com o autor, esses dois aspectos, empenho e garantia contra riscos inculpáveis, podem se apresentar e se combinar de diversas formas nos variados arranjos contratuais. A determinação do esforço devido e a distribuição dos riscos inimputáveis não podem ser reconduzidas a critério abstrato e objetivo; mister analisar o concreto regulamento de interesses, com o propósito de dar atuação ao programa contratual construído pelas partes a partir de suas próprias avaliações e conveniências (TRIMARCHI, 2008).

¹ No original: “a) il rischio dell’inadempimento, quando una delle prestazioni non viene eseguita per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per factum principis o per caso fortuito; b) il rischio della diminuita soddisfazione economica dell’affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previsti e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico, ma sconvolgimento dell’economia originaria dell’affare. In astratto questi due diversi tipi di rischio, concettualmente distinti, sono agevolmente riconoscibili, In concreto no; essi sono intrecciati sia nella realtà effettuale, sia nella dinamica dello stesso contratto, sia nella dinamica processuale” (ALPA, 1989, p. 1146).

Os contratantes podem, então, alocar de forma diversa os riscos relativos ao inadimplemento, aqueles inerentes à álea normal de certo tipo contratual, ou podem gerir riscos ordinariamente qualificados como extraordinários, ampliando a álea normal do negócio em relação à parte que assume esses riscos, com sua respectiva diminuição para o outro contratante (DELFINI, 1999, p. 92).

Nessa direção, atribui-se ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação, era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, assim, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes. À guisa de exemplo, em contrato de empreitada, pode-se atribuir ao empreiteiro a responsabilidade por determinados riscos geológicos que, uma vez verificados, poderão atrasar a conclusão da obra. Neste caso, os prejuízos econômicos daí decorrentes hão de ser suportados pelo empreiteiro, que se responsabiliza notadamente pelos danos sofridos pelo dono da obra. Ou, ainda, em contratos de compra e venda de energia, a comercializadora, que se compromete a entregar determinada quantidade de energia aos compradores, responde pela sua escassez, devendo comprar a energia no mercado para atender aos compromissos assumidos.

A alocação dos riscos econômicos deve ser identificada no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses. Deste modo, mostra-se possível alargar a responsabilidade dos contratantes, imputando-lhes risco maior do que aquele comumente assumido em determinado tipo contratual. No mencionado exemplo do contrato de empreitada, as partes podem atribuir ao empreiteiro a responsabilidade pelas chuvas abundantes que atrasem o cronograma da obra, ainda, que, normalmente, as chuvas configurem fortuito ou força maior, que afastaria a responsabilização do contratante.

A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes.²

² A ideia de equilíbrio contratual se aproxima da noção de sinalagma funcional a que a doutrina faz, didaticamente, referência. Como explica BIANCA a respeito do conceito de sinalagma funcional: “A correspectividade entre as prestações significa que a prestação de uma parte encontra remuneração na prestação da outra. (...) A correspectividade comporta normalmente a interdependência entre as prestações. A interdependência exprime, em geral, o condicionamento de uma prestação a outra. Ao propósito, é feita uma

Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (BESSONE, 1969, p. 2 e ss). Ao se perquirir a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para o tipo contratual escolhido e para a causa concreta do negócio. Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa repartição de riscos específica e incomum a certa espécie negocial.

Ao lado do tipo contratual, o intérprete, para fins de identificação da alocação de riscos e das respectivas responsabilidades, há de considerar a qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes. A título de ilustração, considera-se justo imputar maior risco ao empresário do que a indivíduo que não seja *expert* em determinado setor (BESSONE, 1969, p. 39). Ou, ainda, imputar a responsabilidade ao contratante pelo risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida. Deve-se, também, observar se há cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, bem como o sistema de responsabilidades que decorrem da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais (ALPA, 1989, p. 1158).³

Em relações paritárias, em que não há assimetria de informações, a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual. Afinal, a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos.

A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes e mediante o qual os contratantes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua *função*

distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional. (...) O sinalagma funcional indica a interdependência entre as prestações na execução do contrato, no sentido de que uma parte pode se recusar a cumprir a prestação se a outra parte não cumpre a sua própria (exceção de contrato não cumprido: art. 1460 cc) e pode ser liberada se a contraprestação se torna impossível por causa não imputável às partes (1453, cc)” (BIANCA, 1987, p. 488; tradução livre).

³ Sobre o tema, o autor passa em revista critérios que devem orientar o juiz na repartição dos riscos, dentre os quais o exame da qualidade das partes; da prestação (fungível, infungível etc.); e da função econômica do negócio.

econômico-individual ou *função prático-social*, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos *in concreto*, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível. Como observou Francesco Camilletti, o equilíbrio contratual se expressa não em termos objetivos de valores, mas corresponde à finalidade almejada pelos contratantes ou ao interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou à correspectividade entre as prestações (CAMILLETTI, 2004, p. 44).⁴

Deve-se, portanto, averiguar a finalidade do sinalagma ou da correspectividade *in concreto*, que tem por escopo satisfazer aos interesses dos contratantes. A alocação de riscos – insista-se – insere-se na causa do negócio, isto é, nos efeitos essenciais perseguidos pelos contratantes com vistas ao atendimento de suas pretensões. Em definitivo, há de se prestigiar a repartição dos riscos estabelecida pela vontade negocial, que traduz o equilíbrio do negócio, impedindo-se que o intérprete refaça a valoração do risco já efetuada pela autonomia privada.

1 A GESTÃO POSITIVA E NEGATIVA DOS RISCOS NO CONTRATO

98

Os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares hão de ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação. Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato.

A álea normal, por traduzir, na linguagem vulgar, o *risco do negócio*, de natureza previsível, será necessariamente objeto de gestão pelos particulares nas contratações. Vale dizer: a autonomia privada, diante de determinada operação econômica que se protraí no tempo e se caracteriza pela incerteza dos resultados econômicos, irá celebrar contrato que discipline tal operação, de modo a alocar os riscos econômicos entre os contratantes.

A alocação dos riscos econômicos previsíveis equivale à distribuição dos ganhos e das perdas econômicas entre as partes, que irá se operar por ocasião da verificação do evento (*rectius*, implemento do risco). De fato, os riscos econômicos atingem as prestações

⁴ Elucida o autor: “em linha teórica e geral, pode-se continuar a sustentar a subsistência, em nosso ordenamento, de um princípio que tende a se desinteressar pelo equilíbrio contratual compreendido como correspondência de valores (objetivos) entre as prestações trocadas, tal sendo a consequência lógica do reconhecimento da autonomia privada como instrumento para a atuação da liberdade de iniciativa econômica. (...) o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da correspectividade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses” (CAMILLETTI, 2004, p. 44; tradução livre).

contratuais, desequilibrando a equação econômica do contrato, sendo, caso previsíveis, objeto de gestão pelos contratantes.

Por outras palavras, as partes, ao celebrarem contratos de longa duração, que disciplinam complexas operações econômicas, desconhecem o resultado econômico final do negócio e não têm certeza quanto às superveniências ou riscos econômicos que poderão se verificar no decorrer da sua execução, os quais, uma vez implementados, acarretarão ganhos econômicos para um contratante e perdas para o outro.

Nesse cenário, os particulares, no momento da assinatura do contrato, anteveem os possíveis riscos econômicos relacionados à contratação e alocam esses riscos entre os contratantes, de modo que cada parte assume determinado risco e responde pelas suas consequências. As perdas e ganhos econômicos decorrentes do implemento do risco previsível (i.e., álea normal) encontram-se, nessa direção, distribuídos entre os contratantes no próprio regulamento contratual (GALLO, 1992, p. 210).⁵

Aludida álea normal, objeto de gestão pelos particulares, há de ser compreendida, do ponto de vista técnico, como o risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela *relação de pertinência*, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual. A definição da álea normal irá se operar no concreto regulamento de interesses, mostrando-se possível que determinado evento previsível não se insira na álea normal e, portanto, não figure como fato previsto, objeto de gestão pelas partes. Por outro lado, as partes poderão alargar a álea normal, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados à determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

Assim sendo, embora a álea normal consista em risco externo à causa dos contratos, a sua gestão pelos particulares constitui efeito essencial que os contratantes objetivam realizar. Por outras palavras, a gestão da álea normal integra a causa dos contratos. Essa gestão ou alocação de riscos econômicos previsíveis (*rectius*, álea normal) poderá se revestir de duas formas: (i) positiva; ou (ii) negativa.

⁵ Sublinha, ao propósito, Paolo Gallo: “se, de fato, o evento é previsível, é lícito considerar que as partes o levaram em conta na elaboração do contrato, na calibração dos respectivos direitos e ônus; é, portanto, possível pensar que esse tenha feito parte da economia geral do negócio. (...) Bem diversa, ao revés, é a questão se o risco não é previsível. A imprevisibilidade da superveniência implica, com efeito, que as partes não possam tê-la levado em conta na calibração dos respectivos direitos e ônus”, GALLO, 1992, p. 210; tradução livre).

A *gestão positiva* dos riscos econômicos previsíveis – álea normal dos contratos – se configura mediante a distribuição dos riscos entre os contratantes nas cláusulas contratuais, determinando-se, no concreto regulamento contratual, a quem cabem os ganhos econômicos e as perdas resultantes da verificação do risco.

Deste modo, as partes, ao distribuírem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, procedem à *gestão positiva da álea normal*. Aludida alocação de riscos, que será identificada com base na vontade declarada⁶ pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações, deve ser observada no curso da relação contratual, em atenção aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis. Surge, então, a figura do contrato incompleto, consistente, em linhas gerais, em *negócio jurídico que adota a técnica de gestão negativa da álea normal*. Com efeito, no contrato incompleto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão do risco econômico superveniente, que serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.

Cuida-se de não alocação voluntária do risco econômico, em que as partes deixam em branco determinado elemento do negócio jurídico (lacuna voluntária), o qual seria diretamente afetado pelo implemento do risco. Após a concretização do risco, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas, por meio da integração das lacunas, segundo o procedimento previsto originariamente no contrato.⁷ O modo de alocação de riscos empregado pelos contratantes será identificado a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática das cláusulas contratuais.

⁶ Sobre a teoria da declaração, originada no séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala Roppo: “no contrato, é importante não apenas a *efetiva vontade individual*, em como esta se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a *sua projeção social externa*, e, em particular, o modo pelo qual a vontade das partes é percebida pela contraparte. Esta percepção é determinada essencialmente pelo modo como a vontade, objetivamente, vem manifestada externamente; por isso o teor objetivo da declaração de vontade” (ROPPO, 2001, pp. 38-39; tradução livre).

⁷ Sobre o tema, seja consentido remeter a BANDEIRA, 2015.

Nessa direção, o contrato incompleto, por permitir a gestão *ex post* dos riscos de superveniências, atende aos imperativos da segurança jurídica e da flexibilidade, podendo figurar, no caso concreto, como opção que melhor realiza o interesse das partes.

Por outro lado, os riscos que fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes no caso concreto consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco). Nessa hipótese, presentes os demais pressupostos, aplicar-se-á a teoria da excessiva onerosidade prevista nos arts. 478 e ss. do Código Civil. Em consequência, o risco previsível, que se insere na álea normal do contrato, terá sido, necessariamente, gerido pelos contratantes, por meio de gestão positiva ou negativa, o que será identificado a partir do exame das cláusulas contratuais e da causa *in concreto*.

Assim sendo, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: (i) a *gestão positiva*, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais; e (ii) a *gestão negativa*, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam *ex ante* o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos, portanto, posteriormente, diante da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos *ex ante*.

101

2 A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO MECANISMO DE GESTÃO POSITIVA DOS RISCOS

Produto da autonomia privada, a cláusula resolutiva expressa permite que o credor, diante da verificação do evento nela contemplado, opte entre exigir a execução do contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente, desvinculando-se de relação jurídica incapaz de promover sua função econômico-individual (FERRI, 1966, p. 371-372).⁸ Com efeito, a finalidade precípua da cláusula reside em viabilizar que o credor resolva de pleno

⁸ De acordo com Ferri, a função econômico-individual concebida como causa do contrato indica o valor e o alcance que as partes deram à operação econômica globalmente considerada. Conceber a causa como função econômico-individual importa em ressaltar que, se o negócio expressa uma regra privada, a causa é o elemento que conecta a operação econômica objetiva com os sujeitos da relação, a indicar como o concreto regulamento de interesses expressa objetivamente as finalidades subjetivas (FERRI 1966. pp.371-372).

direito, sem intervenção judicial, a relação contratual disfuncionalizada, liberando-se das obrigações assumidas e recuperando o que eventualmente já houver prestado.⁹

Dentre os diversos instrumentos privados de gestão de riscos contratuais, a cláusula resolutiva expressa se firma como instituto privilegiado a desempenhar referida função, concedendo ao contratante não inadimplente "*trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor*" (GARRIDO, 2011, p. 425). Cuida-se de mais uma ferramenta à disposição dos contratantes destinada à alocação e (ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio.

De regra, afirma-se que a cláusula resolutiva expressa se destina apenas a disciplinar o inadimplemento absoluto (PROENÇA, 2006, p. 76). Indiscutivelmente, o instituto permite às partes distribuir as perdas decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais de forma ímpar, facultando-lhes valorar a relevância de cada obrigação e estabelecer as consequências de sua inexecução, conforme o concreto regulamento de interesses.

A rigor, como aponta Guido Alpa, "*anche in queste ipotesi il problema da risolvere è un problema di distribuzione dei rischi*" (ALPA, 2013, p. 540). O inadimplemento absoluto é, por si só, um específico risco contratual, a cuja gestão a cláusula resolutiva expressa serve magistralmente.¹⁰ Restringi-la, contudo, à disciplina desse particular risco, revela inaceitável misoneísmo. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.

Desse modo, faculta-se às partes, valendo-se da cláusula resolutiva expressa, redistribuir os riscos de caso fortuito e força maior, ou de qualquer outro evento que incida diretamente sobre a relação, inviabilizando a atuação do programa contratual; para tanto, esses riscos, quando externos ao negócio, devem ser a ele internalizados. Ou então, podem também os contratantes manter a alocação do risco feita pelo legislador e alterar somente os efeitos de sua superveniência, a exemplo do que ocorre quando se incluem vícios redibitórios no suporte fático da cláusula; nesse caso, o comprador poderá, uma vez constatado o vício

⁹ Para o desenvolvimento do tema, confira-se TERRA, 2013.

¹⁰ Para Ana Prata, "sempre que o incumprimento convencionalmente prefigurado não fosse, por lei, bastante para fundamentar a resolução do contrato, nem para constituir o devedor na obrigação de indenizar, e essas sejam nos termos da cláusula, as suas consequências, estar-se-á perante um agravamento da responsabilidade do devedor" (PRATA, 1985, p.46).

oculto que torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, a despeito do ajuizamento da ação redibitória.

Retirar tais eventos do âmbito da teoria legal do risco desenhada pelo legislador e incluí-los como suporte fático da cláusula resolutiva expressa significa permitir ao credor, diante de sua verificação, optar entre resolver de pleno direito o contrato ou executar a medida que o legislador prevê como alternativa à resolução – de regra, a execução pelo equivalente. A incidência de perdas e danos dependerá, sempre, do caso concreto.

A assunção dos riscos e sua gestão por meio de cláusula resolutiva expressa não altera a qualificação do contrato, transmudando-o de comutativo para aleatório. Há, no máximo, a ampliação da álea normal em relação à parte que assumiu o risco econômico, como destaca Rosario Nicolò:

In tal caso, sino a quando l'autonomia privata non incontra un limite normativo inderogabile che renda senza effetto il patto di assunzione del rischio [...] non è affatto esatto, sul piano concettuale, dire che il contratto da commutativo si trasforma in contratto aleatorio, modificandosi ab intrinseco la sua struttura causale; in verità, le parti si limitano ad estendere convenzionalmente, a carico di una di esse, l'ambito della cosiddetta alea normale, la quale costituisce, in termini generali, il limite preclusivo di ogni protezione che abbia come punto di riferimento una sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione di una delle parti (NICOLÒ, 1958, p. 1027).

103

Em definitivo, a cláusula resolutiva expressa há de ser ampliada, com vistas a incluir em seu suporte fático, para além do inadimplemento absoluto, a gestão de outros riscos, os quais, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.

Tome-se como exemplo a impossibilidade da prestação superveniente e inimputável ao devedor, que acarreta a resolução *ipso iure* da obrigação, independentemente de sentença constitutiva, liberando o devedor da prestação.¹¹ Trata-se, aqui, de impossibilidade provocada por caso fortuito ou força maior,¹² caracterizada, fundamentalmente, como se depreende do

¹¹ A superveniência de caso fortuito não faz surgir para o credor o direito potestativo de resolver a relação obrigacional: a lei incide diretamente sobre o fato, resolvendo o contrato automaticamente, conforme esclarece Judith Martins-Costa: “Nos casos em que a impossibilidade é informada por culpa e o devedor não infringe dever de diligência – mas a prestação, ainda assim, se torna impossível – teremos, então, a impossibilidade não-imputável, que libera o devedor e o desonera do pagamento de perdas e danos, afastando a possibilidade de o credor invocar o direito à resolução, pois há extinção *ipso iure*” (MARTINS-COSTA, 2004, p.271).

¹² Utilizam-se as expressões como sinônimas, na esteira do entendimento predominante na doutrina nacional. Sobre a identidade dos conceitos, confira-se FONSECA, 1958, p.129.

parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, pela *inevitabilidade e necessidade* do acontecimento (LOPES, 1957).¹³

A classificação da superveniência como caso fortuito é feita em concreto, e requer análise dos elementos exteriores ao obrigado e das peculiaridades de sua atividade econômica, tomando como parâmetro a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas.¹⁴ Tudo depende, então, das específicas condições de fato em que se verifica o evento (FONSECA, 1958, p. 151).

Para a resolução do contrato e liberação do devedor requer-se, ainda, que o evento inevitável e necessário conduza à impossibilidade objetiva da prestação.¹⁵ A exigência deve, contudo, ser entendida nos seus devidos termos, não se demandando do devedor esforços maiores do que os razoáveis para o adimplemento da obrigação. Insere-se, assim, no conceito técnico-jurídico de impossibilidade, a necessidade de o devedor despender esforço extraordinário para o adimplemento da prestação.¹⁶

A despeito das regras oferecidas pela teoria legal do risco, podem as partes gerir os acontecimentos inevitáveis e necessários, predeterminando, por exemplo, quais eventos consideram caso fortuito capaz de impossibilitar a execução da prestação. Admite-se, outrossim, que uma das partes assumo o risco da impossibilidade causada por caso fortuito. O próprio Código Civil permite, no *caput* do artigo 393, que os contratantes convençionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor mesmo se a inexecução decorrer de evento inevitável, para o qual este não tenha concorrido. Homenageia-se a autonomia privada, reconhecendo-se que a

104

¹³ Adota-se a teoria objetiva, que se contrapõe à subjetiva, a qual equipara o caso fortuito e a força maior à ausência de culpa, pelo que se daria o fortuito sempre que a inexecução não se pudesse imputar ao devedor. Para exposição detalhada de ambas as teorias, consulte-se LOPES, 1957, p. 459.

¹⁴ A esse respeito, Agostinho Alvim destaca que “a necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade de cumprimento da obrigação, e não abstratamente” (ALVIM, 1965, p. 312).

¹⁵ Como destaca Arnaldo Medeiros da Fonseca, o caso fortuito ou força maior podem ter como consequência “a impossibilidade objetiva de executar, permanente ou temporária, total ou parcial, como também uma dificuldade maior, ou onerosidade imprevista, o que normalmente sucede quando acarreta a perda ou deterioração de produtos que iam ser destinados à satisfação de prestações genéricas. Como porém, nesse terreno, a liberação do devedor está também subordinada à *impossibilidade absoluta de executar*, segundo *os princípios tradicionais*, não aludem geralmente os autores à eventualidade de ter o caso fortuito como consequência apenas uma onerosidade maior da prestação, e elevam aquela *impossibilidade de execução* a condição elementar do próprio fortuito. De nossa parte, preferimos evitar tal confusão, embora reconheçamos que, nesse campo, surja também, como requisito essencial à liberação do obrigado, esse novo elemento: *a impossibilidade de prestar*” (FONSECA, 1958, p. 152-153, grifos no original).

¹⁶ “A impossibilidade *definitiva* é a que inviabiliza para sempre a prestação ou que somente pode ser prestada mediante esforço extraordinário. (...) A simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade” (AGUIAR JÚNIOR, 1991, p.99-100).

solução adotada como regra pela lei pode não se coadunar com os interesses concretos envolvidos no negócio (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2007, p. 712).

Por se tratar de exceção, a assunção do risco deve ser expressa.¹⁷ Imprescindível, ainda, a indicação, um por um, de todos os fatos inevitáveis pelos quais o contratante assume a responsabilidade.¹⁸

Comprometendo-se o devedor a prestar mesmo que sobrevenha o risco assumido, a impossibilidade decorrente do caso fortuito indicado na cláusula não o exonera da obrigação, mas configura, em vez disso, inadimplemento absoluto. A gestão da superveniência do evento inevitável e necessário transforma um risco econômico extraordinário (embora previsível) em um risco de inadimplemento no âmbito do concreto regulamento de interesses (fato previsto). O inadimplemento, nesse caso, não decorre de inexecução culposa, mas da assunção contratual do risco: embora o caso fortuito exclua o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a inexecução da prestação, a assunção expressa do risco estabelece um nexo de imputação entre o evento inevitável e o devedor, a atribuir-lhe a responsabilidade pela inexecução.

De todo modo, o que releva para esta exposição são os efeitos do deslocamento convencional dos riscos: enquanto, pela teoria legal do risco, a impossibilidade da prestação causada por caso fortuito resolve automaticamente o contrato e afasta qualquer responsabilidade do devedor pelos prejuízos sofridos pelo credor, havendo assunção expressa do risco, sua concretização conduz ao inadimplemento absoluto, e abre para o credor a possibilidade de optar entre resolver a relação obrigacional, ou manter o contrato e exigir o equivalente pecuniário, sem prejuízo, em ambos os casos, das perdas e danos.

Nesse cenário, a cláusula resolutiva expressa participa decisivamente da gestão do risco da superveniência do caso fortuito, disciplinando os efeitos dele decorrentes: apenas mediante sua aposição no contrato, a relação obrigacional poderá ser resolvida

¹⁷ Não se admite a assunção tácita do risco relativo à superveniência de caso fortuito e força maior, conforme destaca FONSECA, 1958, p.180, nota de rodapé n.º 8. Daí a ressalva de Agostinho Alvim, para quem, na dúvida se houve ou não a assunção do risco, “resolve-se em sentido negativo; se se questiona acerca da sua extensão, corta-se a dúvida a favor do devedor” (ALVIM, 1965, p. 320).

¹⁸ Agostinho Alvim observa que “para que se entenda assumido o risco do caso fortuito extraordinário, é necessário referência expressa” (ALVIM, 1965, p. 320). Em sentido contrário, Arnaldo Medeiros da Fonseca não exige a indicação de cada um dos riscos assumidos pelo contratante: “Só os riscos decorrentes de casos fortuitos que *foram ou podiam ser previstos* na data da obrigação consideram-se assumidos pelo devedor, no caso de dúvida, pois as exceções devem ser interpretadas restritivamente” (FONSECA, 1958, p.181, grifos no original).

extrajudicialmente, não de forma automática, mas mediante declaração do credor.¹⁹ Indispensável, para tanto, a concomitância da assunção do risco e da atribuição, ao credor, do direito potestativo de proceder à resolução extrajudicial da relação obrigacional. Essas duas declarações podem mesmo constar da cláusula resolutiva; impreterível, contudo, que constem, de fato, expressas do contrato.

Por outro lado, de acordo com a disciplina legal do risco, quando a impossibilidade é parcial ou temporária, a tornar inútil para o credor a prestação por circunstâncias inimputáveis ao devedor – em decorrência de caso fortuito, ato de terceiro, ou até ato do devedor sem culpa –, não se processa a resolução automática do vínculo obrigacional, nascendo para o lesado o direito formativo de resolver a relação.

Isso porque, quando a impossibilidade é temporária, a configuração do inadimplemento absoluto dependerá da demonstração de que o cumprimento posterior conduz à perda de utilidade da prestação para o credor. O mesmo se passa em relação à impossibilidade parcial, em que só parte da obrigação é afetada pela superveniência, aplicando-se o artigo 235 do Código Civil. Em ambos os casos, portanto, ao credor caberá pleitear a resolução em face da inutilidade da prestação, que se processará judicialmente, caso não conste do contrato cláusula resolutiva expressa, tendo em vista a necessidade de o juiz aferir se a prestação já não atende, efetivamente, ao interesse do credor.

A gestão legal do risco de impossibilidade temporária ou parcial inimputável permite, então, que o credor pleiteie a resolução judicial da relação obrigacional, se a prestação se tornou inútil, ou a receba no estado em que se encontra – na impossibilidade parcial –, se lhe conservar alguma utilidade. No entanto, aqui também podem as partes, regulando seus interesses de acordo com o programa contratual, determinar, *ex ante* e de comum acordo, que eventos passíveis de conduzir à impossibilidade temporária ou parcial e, conseqüentemente, à inutilidade da prestação, autorizam a resolução de pleno direito, em alteração, assim, aos efeitos legais da superveniência.

Para tanto, basta a previsão do referido evento necessário e irresistível no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, não se exigindo, ao contrário do que se passa quando a

¹⁹ Aurora Martínez Flórez admite a possibilidade no âmbito do ordenamento jurídico espanhol: “Desde nuestro punto de vista, sin embargo, y sin perjuicio de que las consecuencias sean distintas en una y otra hipótesis, no existe obstáculo en nuestro ordenamiento para que por la vía de la cláusula resolutoria las partes estén distribuyendo o transmitiendo el riesgo a la medida de sus intereses” (FLÓREZ, 1999, p.23, nota de rodapé n.º 9).

impossibilidade decorrente do fortuito é total, a assunção do risco pelo devedor. Isso porque as partes não alteram a partilha legal dos riscos, limitando-se a modificar os efeitos de sua verificação. Por outro lado, se o devedor assumir o risco de forma expressa, há alteração da alocação legal, e a ocorrência do evento configurará inadimplemento absoluto, a permitir ao credor pleitear, também, indenização por perdas e danos.

Imprescindível à resolução, ademais, que a impossibilidade parcial ou temporária decorrente do evento fortuito conduza, inequivocamente, à inutilidade da prestação para o credor. A cláusula resolutiva expressa não se presta à promoção de caprichos, de modo que apenas os atrasos ou as imperfeições que ofendam substancialmente a obrigação, e comprometam a consecução do programa negocial, podem integrar seu suporte fático. Não é suficiente que a prestação se torne menos valiosa, sem repercussões na sua utilidade; indispensável que se torne incapaz de promover o interesse perseguido pelas partes.

Ao lado do caso fortuito, outro risco cuja gestão positiva pode ser realizada por meio da cláusula resolutiva expressa é aquele relativo ao vício redibitório, entendido como o defeito oculto que torna a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminui o valor de tal modo que, se o credor soubesse da sua existência, não realizaria o negócio pelo mesmo preço (art. 441, CC).

Tais defeitos são designados *redibitórios* justamente porque, quando descobertos, conferem ao credor a possibilidade de redibir a coisa, resolvendo a relação obrigacional, a tornar ineficaz o negócio com a restituição da coisa defeituosa ao antigo dono.²⁰ Para tanto, deverá o adquirente recorrer ao Judiciário, ajuizando a ação redibitória, cujo efeito é exatamente aquele da ação de resolução: a extinção do vínculo obrigacional.²¹

A disciplina dos vícios redibitórios se fundamenta, conforme destaca Caio Mário da Silva Pereira, no "*princípio da garantia* sem a intromissão de fatores exógenos, de ordem psicológica ou moral" (PEREIRA, 2015, p. 107), e se insere no âmbito da teoria legal do risco.²² Tal garantia visa assegurar a posse útil da coisa ao credor e, por ser consequência da

²⁰ É o que também observa Arnoldo Wald: "A própria etimologia do adjetivo 'redibitório' explica a finalidade do instituto, que assegura a devolução do objeto ao seu titular anterior" (WALD, 2009, p.321).

²¹ "Os vícios redibitórios são inerentes à coisa vendida; são chamados redibitórios porque podem dar lugar à resolução do contrato" (CARVALHO SANTOS, 1958, p.335).

²² Para Orlando Gomes, trata-se de garantia de natureza especial, pelo que não se aplicam as regras da teoria geral dos riscos (GOMES, 2001, p.95).

própria natureza jurídica do contrato comutativo,²³ que pressupõe relativa equivalência entre as prestações, independe da culpa ou má-fé do alienante (BEVILÁQUA, 1958, p. 215) – a relevância do conhecimento, ou não, do vício oculto pelo alienante se restringe à imposição, ou não, do dever de indenizar.

Serpa Lopes pondera, baseando-se nas lições de Gino Gorla, que a teoria dos vícios redibitórios se encontra num campo duvidoso, "situada entre a teoria do inadimplemento e a do erro, com o risco de perder a sua autonomia, para se converter ou em teoria do erro ou em teoria do inadimplemento" (LOPES, 1961, p. 169). Se, por exemplo, alguém compra café de um tipo e recebe de outro, configura-se, de acordo com Silvio Rodrigues, inadimplemento contratual. Por outro lado, se no café entregue ao comprador houvesse alguma espécie de fungo, que o tornasse impróprio para o consumo, tratar-se-ia de vício redibitório. No primeiro caso, ao contrário do segundo, não existe defeito, e sim divergência de qualidade entre o produto adquirido e aquele efetivamente entregue.²⁴ Na mesma direção, Serpa Lopes, após apontar a relevância da distinção no que tange ao prazo de prescrição – que, a rigor, em relação às ações edilícias, é de natureza decadencial –, explica que configura inadimplemento, não já vício redibitório, a entrega de coisa que, "posto pertencente a uma espécie ou categoria não objetivamente diversa da vendida, esteja carente de qualidades essenciais, quer por sua natureza ou por assim haver sido considerada pelas partes" (1988, p. 74).²⁵

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva, os vícios redibitórios se reconduzem à categoria dicotômica do inadimplemento, qualificando-se os casos de redibição como inadimplemento absoluto. De acordo com o autor, as regras sobre vícios comungam do mesmo fundamento de proteção das regras relativas ao inadimplemento absoluto e à mora. Por essa razão, em vez de incluir os vícios redibitórios em uma terceira categoria de inadimplemento, "mais correto

²³ Embora tradicionalmente associada aos contratos comutativos, a garantia por vícios redibitórios há de incidir também nos contratos aleatórios, ainda que de forma diferenciada, reconhecendo-se aos negócios aleatórios o equilíbrio entre as prestações. V., sobre o tema, BANDEIRA, 2009, p. 190-193.

²⁴ Afirma o autor que o vício redibitório se configura quando o "defeito, além de oculto, é excepcional em mercadorias semelhantes, não podendo a adquirente, ordinariamente, contar com a presença de tal defeito". E conclui afirmando que, quanto ao exemplo formulado, "não se trata de imperfeição na coisa comprada, mas de entrega de uma coisa por outra" (RODRIGUES, 2006, p.105).

²⁵ Na mesma direção, manifesta-se Orlando Gomes: "Os vícios redibitórios não se confundem com o cumprimento imperfeito por defeito de qualidade. São defeitos irreconhecíveis pelo comprador no momento do contrato, sejam, ou não, conhecidos do vendedor. O defeito de qualidade essencial não pressupõe a inidoneidade da coisa em consequência de vício oculto, mas a desconformidade entre a coisa vendida e a coisa entregue, por não ter esta as qualidades essenciais ao uso a que é destinada" (GOMES, 1988a. p.74). O mesmo autor, em outro parecer, discorre mais profundamente sobre as diferenças entre a redibição e a resolução: GOMES, 1988b, p.347 et seq.

seria reagrupar as regras sobre vícios na classificação dicotômica: mora e inadimplemento absoluto. Os casos de redibição seriam regulados como inadimplemento absoluto, os de redução proporcional do valor (*quanti minoris*), como impossibilidade parcial [...]” (SILVA, 2007, p. 199-201).²⁶

De toda sorte, qualquer que seja o entendimento adotado acerca da natureza jurídica do vício redibitório, não se pode deixar de reconhecer que, tanto no inadimplemento absoluto quanto no vício redibitório que retira a utilidade do bem para o adquirente, há um incumprimento da prestação; e, em ambos os casos, a consequência para o credor é a mesma: frustração do escopo econômico perseguido. Não é por outra razão que, nas duas situações, o ordenamento jurídico oferece ao credor instrumentos de tutela que, embora diversos, produzem igual resultado: a extinção da relação obrigacional.

Posto isso, afigura-se lícito e legítimo aos contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuar, de antemão, na cláusula resolutiva expressa, quais vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

A exigência de que a redibição se processe judicialmente decorre da necessidade de o juiz verificar se a alegação de perda de utilidade da prestação pelo credor é, de fato, procedente. Dessa forma, é imprescindível que os contratantes indiquem, de antemão e de comum acordo, em que circunstâncias a prestação não terá mais a utilidade necessária à promoção da função econômico-individual do contrato,²⁷ não bastando a simples referência a vícios redibitórios na cláusula resolutiva. Do contrário, considerar-se-á a previsão contratual mera cláusula de estilo, remetendo o credor à via judicial.

Por fim, importa destacar que a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de evento ordinariamente disciplinado pela teoria legal do risco requer a observância da proporcionalidade, que se traduz, de regra, na manutenção do equilíbrio das posições contratuais.

²⁶ Na mesma direção, Raquel Salles, partindo da compreensão do inadimplemento como o não cumprimento imputável, subjetiva ou objetivamente, da prestação devida, entende plenamente possível a configuração dos vícios redibitórios como inadimplemento por imputação objetiva. Por essa razão, a autora admite a inclusão de defeitos ocultos no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a autorizar a resolução extrajudicial da relação obrigacional, dispensando o ajuizamento da ação redibitória (SALLES, 2011, p.198-199).

²⁷ Não é necessário, portanto, que a prestação já não tenha qualquer utilidade em abstrato, mas apenas que o defeito lhe retire a idoneidade de promover o concreto escopo econômico do contrato. Nesse sentido, confira-se GAROFALO, 2001, p. 249.

A imputação de certo risco a uma das partes não pode tornar o contrato economicamente desequilibrado. Se isso ocorrer, é indispensável que a assunção excepcional de riscos – além, portanto, daqueles hodiernamente atribuídos ao devedor –, corresponda à atribuição de alguma vantagem econômica, normalmente refletida na cláusula do preço, ou normativa.

De toda sorte, há que se atentar para o fato de que a análise do merecimento de tutela da redistribuição de riscos contratuais por meio da cláusula resolutiva expressa está condicionada e limitada pela função econômico-individual do negócio, bem como pela análise global da relação contratual.

Observados os parâmetros suprarreferidos, a gestão dos riscos pela cláusula resolutiva expressa afasta a incidência das regras legalmente previstas, e a disciplina aplicável deverá ser aquela ditada pela autonomia privada, em consonância com a fisiologia do contrato.

CONCLUSÃO

110

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: a *gestão positiva* e a *gestão negativa*, que se opera por meio do contrato incompleto.

Pela gestão positiva, as partes alocam os riscos econômicos previsíveis não raro de forma diversa daquela prevista em lei. Dentre os vários instrumentos postos à disposição das partes, a cláusula resolutiva expressa se destaca pela diversidade de opções que oferece aos contratantes.

A cláusula resolutiva expressa concede ao credor transferir ao devedor o risco de sua insatisfação, ou apenas disciplinar os efeitos decorrentes da concretização de riscos já imputados, pela lei, à contraparte. De regra, utiliza-se o instituto como mecanismo de gestão de específico risco contratual: o inadimplemento absoluto. No entanto, a autonomia privada faculta às partes valer-se da cláusula também para (a) redistribuir as perdas da superveniência de caso fortuito e força maior, bem como (b) para alterar os efeitos de alocação anteriormente feita pelo legislador.

No primeiro caso, os riscos passíveis de figurar na cláusula são aqueles que, uma vez concretizados, conduzem à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para o

qual foi concebido. Podem os contratantes gerir acontecimentos inevitáveis e necessários, atribuindo a um deles, expressa e especificamente, as consequências de sua concretização. Assumindo o devedor a obrigação de prestar, a despeito da verificação do evento pré-determinado, a impossibilidade da prestação que dele resulte configura inadimplemento absoluto, e autoriza o credor a executar o contrato pelo equivalente ou a resolver a relação extrajudicialmente, sem prejuízo, em ambos os casos, da indenização por perdas e danos.

No segundo caso, incluem-se no suporte fático da cláusula os vícios redibitórios. Os contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuam, de antemão, que tipos de vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

Trata-se, portanto, a cláusula resolutiva expressa, de instituto alicerçado sobre a autonomia privada, e que confere às partes a possibilidade de gerir os riscos a que seu negócio está exposto de forma mais eficaz e consentânea com as peculiaridades do negócio concreto, a fim de melhor promover a consecução dos interesses perseguidos.

111

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2013.

ALPA, Guido. Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

_____. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARENGHI, Andrea. Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in genere*. v.3, t. 2. Milano: Giuffrè, 2009. p.296-325.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed., v. 4. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1987.

CAMILLETTI, Francesco. Profili del problema dell'equilibrio contrattuale. *Collana diritto privato*. v. 1. Università Degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico: sezione di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2004.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed., v.15. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Prima Facie - Direito, História e Política*. v.12, n.22, p.64-85, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

FLÓREZ, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GALLO, Paolo. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio*. Milano: Giuffrè, 1992.

GAROFALO, Luigi. Garanzia per vizi e azione redibitória nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Civile*. v. 47. Padova, p.243-294, jan./fev. 2001.

GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, María Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.423-447.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Resolução de venda por defeito de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.73-79.

GOMES, Orlando. *Vício redibitório e falta de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.347-351.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. rev. e aum., v.3. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v.5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NICOLÒ, Rosario. Alea. *Enciclopedia del diritto*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1958. p.1024-1031.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. e atual., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. atual., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROPPO, Vincenzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (orgs.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2001.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual., v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). *Direito Civil*. 1. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 183-200.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TRIMARCHI, Pietro. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*. v.54, n.3. Padova. p.341-359, maio/jun. 2008.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. ref., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.



PIRATARIA MARÍTIMA: DA SEGURANÇA DA NAVEGAÇÃO À RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

PIRACY: FROM NAVIGATION SAFETY TO THE INTERNATIONAL CARRIER'S RESPONSIBILITY

Ivo Teixeira Gico Júnior *

Joedson de Souza Delgado **

RESUMO: A pirataria no cenário contemporâneo tem aumentando significativamente e representa um gravame para o comércio marítimo, à estabilidade dos governos, ao meio ambiente e a integridade física/psíquica da tripulação. Neste contexto, a pretensão do artigo é analisar o contexto internacional dessa ação sob o aspecto da segurança marítima e da responsabilidade do transportador de mercadorias estabelecendo, assim, uma discussão a partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e da Convenção de Bruxelas como possibilidade para a sua prevenção e repressão. A partir da pesquisa qualitativa algumas mudanças e inovações no âmbito da noção clássica de pirataria serão debatidas, a fim de enfrentar com mais eficácia este fenômeno delitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Pirataria. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Convenção de Bruxelas. Segurança marítima. Responsabilidade do transportador.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aportes teóricos sobre a pirataria. 2 Implicações contemporâneas do crime de pirataria. 3 Necessidade de reformulação dos critérios conceituais de pirataria. 4 Questões sistêmicas da pirataria no transporte marítimo internacional de mercadorias. Conclusão. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: Piracy in the contemporary scenario has grown significantly and represents a nuisance for maritime negotiation, for government stability, for the environment and the crew's physic and psychological integrity. Therefore, the objective of this paper is to analyze the international context of such events under the scope of maritime safety and the carrier's responsibility, establishing a discussion based on the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Brussels Convention on the possibility of prevention and repression. Through a qualitative research, some changes and innovations on the classic understanding of piracy were discussed in order to fight, in a more efficient manner, such criminal act.

KEYWORDS: Piracy. United Nations Convention on the Law of the Sea. Brussels Convention. Maritime Safety. Carrier's responsibility.

116

INTRODUÇÃO

A fim de que possa formar um conceito satisfatório da “pirataria”, é mister recorrer-se a uma série de considerações em torno do que ela tem sido e do que se propõe a ser. Para a consecução desse objetivo, os mais autorizados tratadistas vem procurando situar a posição

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e doutor em Economia pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre com honra máxima (James Kent Scholar) pela Columbia Law School, Nova York, EUA. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogado.

**Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Administração pela Universidade de Brasília (UnB) e graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Servidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

que a “pirataria” tem desfrutado através do tempo e do espaço. A começar pelo significado de sua denominação.

A palavra pirataria, originariamente significando do grego “peiratēs” que denomina aquele que ataca; do latim “pirata” que exprime ladrão do mar; do italiano “corsaro” que adveio “corsário” entendido como navio de um país adversário que assaltava embarcações à obtenção de lucros; do francês “boucanier” que originou o termo “bucaneiro” do dialeto dos indígenas das ilhas do Caribe que assavam carnes e peixes na treliça de madeira; por fim, do inglês “freebooter” emprestado do holandês “vrijbuit” designado por aquele que ameaça o comércio marítimo (SALMORAL, 1992).

Em sua longa evolução, a pirataria adquiriu outra acepção, a de cópia, venda ou disseminação de materiais ou obras resguardadas por direitos autorais, de marca/imagem e propriedade intelectual/industrial, a exemplo, CDs, DVDs, roupas e diversos outros produtos.

Esta revisão bibliográfica terá, portanto, como objeto de pesquisa verificar e analisar os pressupostos teóricos da fragilidade do regime jurídico, internacional e doméstico, face a um modo de vida que evoluiu ao longo dos séculos que tem-se manifestado em muitas formas e não confinado a uma área geográfica. Obtém, assim, os esforços das Organizações das Nações Unidas (ONU), da Organização Marítima Internacional (OMI ou IMO – *International Maritime Organization*, em inglês), das forças militares e policiais destes países costeiros quanto a prevenção e combate desse ilícito.

Vê-se, assim, que o crime de pirataria encontra-se presente em mares e oceanos desde a história da humanidade – não podendo precisar uma data certa da sua aparição –, mas que existe relato desta atividade presente na civilização romana, antes de Cristo.¹

Salmoral (1992, p. 27) apontou os motivos precípuos que vinculam a tripulação:

Foi dito que os piratas adotaram esta atividade por variadíssimas razões, tais como a busca de liberdade, a luta por ideais religiosos, a busca por aventura, etc. Tudo isso pode ser verdade em uma escala menor, e valorizamos esses motivos, mas não pode ser mascarado com a realidade fundamental, que a pirataria foi alimentada por deserdados, miseráveis.²

¹ “La configurazione del pirata come ‘nemico del genere umano’ (*hostis humani generis*) da combattere è antica; già i Romani avevano attribuito poteri straordinari a Pompeo Magno nel 67 A.C. per debellare radicalmente i pirati della Sicilia che infestavano il Mediterraneo orientale”. A figura do pirata como o “inimigo da humanidade” (inimigo da raça humana) é antiga; os romanos tinham dado poderes extraordinários para Pompeu, o Grande, em 67 a.C. para erradicar significativamente os piratas que infestavam da Sicília ao Mediterrâneo Oriental. (CAFFIO, 2013, p. 91, tradução nossa).

² Se há dicho que los piratas tomaron este oficio por razones variadíssimas, como buscar la libertad, combatir por sus ideas religiosas, encontrar aventuras, etc. Todo esto puede ser verdad en una escala menor, y vamos valorar

Pestana Ramos (2006, p. 258) descreveu a representação social dos piratas difundida por mitos e lendas³ “[...] que atuavam no Caribe foi forjada a partir de 1678, com a publicação, em Amsterdã, da obra *Piratas da América*; reforçada em 1724, quando em Londres se publicou *História dos roubos e assassinios dos mais notórios piratas*.”

A partir destas obras literárias amoldou-se a cultura popular do século XVIII – estendido nos tempos atuais pelos entretenimentos da *Walt Disney Company* – sobre o estereótipo e rótulo historicamente construído do pirata impiedoso, em busca de tesouro.

Da divulgação pela Sexta Arte à perpetuação das imagens formadas por filmes e narrativas televisivas formou-se a credence e ilusão que não infalivelmente possa ser verdadeiro, mas indissociou aos piratas a violência às comunidades costeiras quando, na realidade, “Para os contemporâneos aos séculos XVI e XVII, a pirataria era um tipo de negócio, financiado por comerciantes que procuravam obter lucro com o investimento.” (PESTANA RAMOS, 2006, p. 258).

Invisível ao cotidiano da maioria das pessoas nos dias de hoje, a pirataria é uma grande preocupação dos armadores, seguradoras, tripulações e proprietários da carga que poderá afetar o preço das *commodities* agrícolas, ambientais e minerais e outros produtos primários e manufaturados.

O problema da pesquisa, portanto, consiste em indagar se os possíveis modelos de dissuasão e de segurança promovidos pela governança regional e/ou global antipirataria são elementos mitigadores da responsabilidade contratual do armador sobre o transporte de mercadorias.

A estrutura do trabalho foi organizada em quatro momentos. No primeiro, analisar-se-á a trajetória histórica desse delito e seus elementos de forma ampla para, *pari passu*, aprofundar a gênese, sua expansão e sua situação global. Após, procurar-se-á reformular sua concepção para, em seguida, aportar as implicações contemporâneas da pirataria no ambiente marítimo. Por fim, aborda a responsabilidade civil do transportador marítimo cujo tema é puramente econômico impactando na arena empresarial e política.

tales razones, pero no puede enmascarse con ello la realidade fundamental, que es que la piratería se nutrió de desheredados, de miserables. (SALMORAL, 1992, p. 27).

³ Segundo Costa Lima (1981, p. 219), representação social é quando cada membro de uma sociedade aloca significados ao mundo das coisas e dos seres.

1 APORTES TEÓRICOS SOBRE A PIRATARIA

A Convenção sobre o Alto-Mar de 1958, em seu artigo 15, define os ataques de pirataria como aqueles que contemplam violência, assalto, manutenção de reféns com pedido de resgate cometidos contra qualquer membro da tripulação ou dos passageiros de um navio ou aeronave privados, e guiados para o mar aberto, ou em águas sem jurisdição governamental, contra outro navio/aeronave, pessoas ou bens a bordo (ONU, 1958).

Martin-Nieto (1968, p. 17) ressalta particularidade da história da pirataria desde a época do desenvolvimento da navegação e do estabelecimento de novas rotas:

Curiosamente, o poderio da Inglaterra uniu-se com os piratas, com os quais esta nação fez seus primeiros ensaios no mundo americano. Monarcas ingleses, assim como, os franceses – inimigos irreconciliáveis da Monarquia de Habsburgo – aproveitaram-se da pirataria em sua luta contra estes, mas não diretamente organizado. Lhes deram títulos nobres e fingiu desautoriza-los quando os espanhóis fizeram as principais reivindicações. Na primeira, os piratas agiram principalmente no Caribe, mas a partir da última metade do século XVI também devastou a costa do Pacífico, saqueando navios e portos.⁴

119

Para compreender a pirataria na dimensão político-econômica, Gall e Gall (1957, p. 14) assevera que “[...] quando sabemos as causas, descobrimos que, em todas as épocas, a pirataria tem passado por ciclos definidos e intervalos.”⁵

Para tanto, a forma de conquistar a embarcação ocorre quando:

A primeira fase é a “concentração” em um determinado período de tempo. As tentativas tímidas dos grupos isolados utilizam pequenas embarcações. Sua técnica é sempre a mesma: uma emboscada no porto; conhece o trabalho de um determinado navio ou inimigo particular; abordagem calmamente, como pescadores e, de repente, sobem a bordo com cordas e corre ao longo do convés, atacando aleatoriamente (...). Sua única chance de sucesso reside em surpreender. (GALL; GALL, 1957, p. 14).⁶

⁴ “Es interesante observar que el poderio de Inglaterra se unió en la piratería, con la que esa nación realizó sus primeros ensayos en el mundo americano. Los monarcas ingleses, lo mismo que los franceses, enemigos irreconciliables de los Habsburgo, se aprovecharon de la piratería en su lucha contra estos, aunque no la organizaron directamente. Daban títulos nobiliarios a sus principales jefes y fingían desautorizarlos cuando se producían las reclamaciones españolas. Al principio, los piratas actuaron principalmente en el Caribe, pero a partir del último tercio del siglo XVI asolaron también la costa del Pacífico, saqueando naves y puertos”. (MARTIN-NIETO, 1968, p. 17).

⁵ “[...] cuando ya conocemos sus causas, descubrimos que, en todas sus épocas, la piratería ha pasado por ciclos definidos, ciclos compuestos de períodos”. (GALL; GALL, 1957, p. 14).

⁶ “El primer período es el de “concentración” y due un prolongado espacio de tiempo. Corresponde a los intentos tímidos de grupos aislados que utilizan pequeñas embarcaciones. Su técnica es siempre la misma: emboscados en una ensenada, esperan; conocen la ruta de un determinado navío o de un enemigo; lo acechan, se acercan tranquilamente, como pescadores y, de improviso, suben a bordo encaramándose por betas y jarcias y se precipitan sobre el puente, agrediendo al azar... Su única posibilidad de éxito descansa en la sorpresa”. (GALL; GALL, 1957, p. 14).

O assunto, decerto, comporta nuances diversos de investigação. Explorar-se-á na perspectiva normativa do termo pirataria incluindo suas consequências jurídicas descritas nos artigos 100 a 107 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM ou UNCLOS – *United Nations Convention on the Law of the Sea*, em inglês) firmado em Montego Bay, Jamaica em 1982 e sancionado no Brasil pelo Decreto nº 1.530 em 1995 (ONU, 1982; BRASIL, 1995).

Nota-se que a pirataria é qualquer ato de cooperação voluntária no emprego de um navio ou de uma aeronave, por aquele que o pratica, ciente que tais bens móveis *sui generis* são piratas. Observa-se, ainda, que pirataria é todo ato que desafia ou facilite o seu cometimento.

Segunda tal visão a pirataria cometida por um navio de guerra ou por um navio/aeronave de Estado cuja tripulação se amotinou e tomou o seu controle são iguados a ataques cometidos por aeronaves ou barcos privados.

Nessa mesma parte, um navio ou aeronave é considerado pirata se a pessoa em cujo poder realmente se pretendeu utilizar para o consentimento do ilícito. O mesmo se aplica quando o navio ou aeronave utilizada para esse crime encontra-se sob a titularidade das pessoas culpadas pelo ato.

Consolidou-se um costume internacional de que qualquer Estado pode – em zona marítima que não pertence ao domínio de outrem fixado acima de duzentas milhas náuticas da faixa litorânea – conservar a nacionalidade de um navio/avião pirata ora objeto de captura, prender os delinquentes e apreender suas mercadorias. Essa forma de jurisdição universal de aplicabilidade extraterritorial permite que a justiça do Estado do navio ou da aeronave confiscados escolha como que irá despojar os bens, resguardados os direitos de terceiros de boa-fé.

Os veículos de transporte marítimo piratas somente podem ser perseguidos, capturados e guiados a um porto do seu Estado pelos submarinos, fragatas, contratorpedeiros embarcações-patrolha e seus caças embarcados, entre outros, a serviço do governo que estejam autorizados e visivelmente identificados. Especificamente para esses casos, os ataques de piratas têm como consequência a perda da proteção da autoridade competente, que é o Estado de bandeira, mas mantém a sua jurisdição sobre a aeronave/barco, salvo se a lei do Estado que tem dividido a nacionalidade da pirataria seja a base para sua perda.

Destarte, considerando que os piratas visam riquezas das aeronaves/navios e, nesse intento, agem sós ou em bando, verifica-se que não é necessária à intenção de pilhar (*animus furandi*) bastando a intenção de prejudicar (*animus nocendi*) por ódio ou vingança.

A pirataria é um crime sujeita as normas internacionais que ocorre no Alto-Mar, na Zona Econômica Exclusiva e na Zona Contígua. É dirigido contra um navio ou uma aeronave em alto-mar (ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos) ou contra um navio, aeronave, pessoas ou bens em lugar que esteja fora dos limites da jurisdição de um país. Todavia, se um ato ilícito for cometido no Mar Territorial, nas Águas Arquipelágicas, nos Portos e nas Águas Interiores estão sujeitos ao direito penal do Estado costeiro sendo classificada pelo OMI como Assalto À Mão Armada Contra Navios (AMACN).⁷

É nos *Codex* de cada Estado-nação que podem ser encontrados conceitos diferentes de pirataria que, em certas ocasiões, correspondem ao conceito internacional das condições vertidas no artigo 101 da CNUDM. Um exemplo típico é o artigo 1.135 do Código de Navegação italiano que se atenta para o benefício econômico da pirataria, condição não exigida pela CNUDM (ITALIA, 1942).

Na verdade, a pirataria iniciou-se com a violência no mar sob a autoridade de um Estado. Os piratas ou navios piratas foram autorizados a agirem nas operações navais conjunta contra os países rivais pela chancela de determinado poder soberano através de uma “carta de corso” (CASELLA, 2015, p. 602). Em troca, os bens capturados eram rateados entre o país combatente e o corsário que, até então, tentava controlar os ataques não autorizados, a violência e os saques. É possível constatar que os piratas agiam em interesse próprio, todavia a serviço de um país ou de um governo em particular para afirmar relações de poder.

Desde essa época, a pirataria nunca desapareceu, mesmo após sua proibição formal em 16 de abril de 1856 pela Declaração Naval de Paris (COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, CICR, 2016). De ocorrência esporádica, a pirataria sobreviveu em termos

⁷ “Armed robbery against ships” means any of the following acts: .1 any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a State’s internal waters, archipelagic waters and territorial sea; .2 any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above”. “Roubo à Mão Armada contra Navios” é qualificado por quaisquer dos seguintes atos: 1. Qualquer ato ilegal de violência ou detenção, depredação ou ameaça além dos atos de pirataria, cometidos para fins pessoais e direcionados à navios ou pessoas ou propriedades a bordo, como um navio em águas do Estado, águas arquipelágicas e mar territorial e; 2. Quaisquer atos de facilitação ou incitação dos atos ilegais referidos acima”. (INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, IMO, 2014, tradução nossa).

aceitáveis, conquanto, sempre trouxe prejuízos as transações mercantis, via marítima, acobertado pelo exponencial aumento dessa modalidade ao longo do tempo.

2 IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO CRIME DE PIRATARIA

Nos últimos anos, particularmente desde 2006, tem aumentando drasticamente o número de embarcações pirateadas, sendo que, em outubro de 2013 a outubro de 2015, os ataques reduziram abruptamente dados a presença da força naval e/ou de segurança pública em zonas de maior suscetibilidade.

Segundo o relatório do *Reporting Piracy Center* da *Internacional Maritime Bureau* (IMB), em 2010, houve 445 ataques (10% a mais que em 2009), 1.181 reféns, 8 tripulantes assassinados (atribuídos a piratas somalis), 53 embarcações capturadas, das quais, 49 ao longo da costa da Somália (MARITIME INJURY LAWYER BLOG, 2015).

Nas contas da Organização Não-Governamental Ecoterra Internacional houve um ligeiro declínio no número de ataques piratas no vasto mar do Golfo de Áden, no mar sul-coreano e nas águas de Bangladesh, Indonésia, Nigéria devido o patrulhamento dos navios de guerra estrangeiros, assim, mudando-se para outras águas do Oceano Índico e canal de Moçambique (ECOTERRA INTERNACIONAL, 2015). Tal recrudescimento deve-se ao apoio dos países-membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), na qual o governo chinês negocia atualmente com o governo de Djibouti a instalação de um centro naval para ajudar nos esforços de combate à pirataria da vizinha Somália (SPUTNIK BRASIL, 2015).⁸

Todo e qualquer Estado de um navio ou aeronaves apreendidas contempla o direito de resgate (*droit de rescousse*, em francês) que pode devolver o navio ao seu proprietário, muitas vezes, mediante recompensa pelos custos da operação naval.

A esse contexto, figura-se no artigo 105 da CNUDM uma excepcionalidade no Direito Internacional, o fato de os piratas submeterem aos tribunais dos Estados que apresarem o navio pirata ou do exercício de jurisdição no local do cometimento do crime (ONU, 1982). Goodwin (2006, p. 1010) crê ser mais eficiente que cada nação decida sobre a perda do

⁸ Djibouti é um país situado no Chifre do continente africano que faz fronteira com Somália, Etiópia, Eritreia e Iêmen cuja população total é estimada em 811 mil. É membro das Nações Unidas e já hospeda unidades navais alemãs, americanas, japonesas, francesas e, a partir de 2017, chinesas.

caráter nacional de um objeto, bem como da extradição dos piratas aos seus países de origem para que desempenhem a própria jurisdição.

Em virtude disso, o direito penal americano fornece penalidades severas para os atos de pirataria. A esse propósito, sobreleva-se o caso do navio de cargas norte-americano "Maersk Alabama" que, em 8 de abril de 2009, teve seu capitão sequestrado por piratas somalis por cinco dias. A força naval pátria eliminou três piratas, restando um que foi julgado e condenado pelo tribunal em Nova York a 405 meses (33 anos e 9 meses) de prisão, nos termos da lei local (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, FBI, 2016).

Percebe-se, então, que a CNUDM fornece parâmetros de persecução e sanção aos piratas estrangeiros advindas do *jus gentium*, cabendo aos tribunais pátrios à competência para julgar a conduta criminosa, onde quer que se encontre.⁹

No entanto, alguns países por temor a ataques terroristas ou por fatores político-econômicos evitam/adiam a imposição de sanções adequadas aos atos de pirataria ferindo, assim, a CNUDM que adotou a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima e o Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental, ambos assinados em 10 de março de 1988, em Roma (ONU, 1994). No Brasil, tal tratado foi promulgado com reservas pelo Decreto nº 6.136 de 26 de junho de 2007 (BRASIL, 2007).

Wermuth e Correa (2015, p. 290) advertem o drama político e a instabilidade jurídica acerca da temática na seara do Direito Internacional:

O fato é que, devido à compreensão de que a pirataria em alto-mar constitui "crime do passado", muitos ordenamentos jurídicos nacionais a exemplo do brasileiro não possuem uma tipificação penal adequada da conduta. Assim, em que se pese tratar a pirataria de um dos poucos crimes que se submetem à chamada "jurisdição universal" o que significa dizer que qualquer país pode capturar piratas em alto-mar, a ausência de tipificação da conduta nos ordenamentos jurídicos internos dificulta a sua persecução.

Ademais, a persecução à pirataria esbarra em importantes questões jurídicas no campo do Direito Internacional, uma vez que o próprio Tribunal Internacional do Direito do Mar não tem competência, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, para julgar piratas ou qualquer outra pessoa, mesmo sendo o órgão responsável pela garantia da efetividade do Direito no âmbito marítimo.

Além disso, a segurança marítima também é gerenciada pela *International Maritime Bureau* (IMB), uma organização internacional criada em 1981, sem fins lucrativos, com sede

⁹ Segundo Betioli (2015, p. 189), *Jus Gentium* ou Direito das gentes implica noção de valor universal cuja aceitação de leis e costumes é comum a todas as nações civilizadas.

em Kuala Lumpur, capital da Malásia, cuja divisão pertence à *International Chamber of Commerce* (ICC) ou Câmara de Comércio Internacional (CCI) que serve para proteger a integridade do comércio internacional referente aos ilícitos no mar.

Hallwood (2013, p. 119) pugna pelo dever de cooperação de várias nações na luta contra a pirataria, dentro de suas limitações, a fim de otimizar a dissuasão, uma vez que “[...] a convenção não cria quaisquer obrigações vinculativas, uma vez que nem “cooperar” nem “o máximo” não estão definidos nos artigos de 100 a 107, que qualificam pirataria marítima.”¹⁰.

Em prol da segurança marítima, crucial responder ao crime organizado por meio da cooperação internacional como forma de dividir responsabilidades e custos da operação naval com os estados costeiros que já detêm jurisdição de julgamento desse crime.

Como resultado, a IMB encontra autorizada a partilhar informações com os órgãos nacionais de inteligência e de segurança que pode solicitar assistência às autoridades marítimas de segurança com vistas à dissuasão ou prisão dos criminosos.

3 NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS CRITÉRIOS CONCEITUAIS DE PIRATARIA

A pirataria no mar é um flagelo moderno que amiúde obtém sucesso pelo banditismo. Casos de ações ineficientes movidas por forças de segurança são atribuídos às normas antiquadas e rígidas na definição internacional de pirataria.

No intuito de ser tão bem sucedido quanto possível deve-se reacender o debate sobre a reforma conceitual que, na prática, dificulta a supressão do ato e o encarceramento dos piratas.

Desde a conclusão da CNUDM, em 1982, persiste a definição universal de pirataria do artigo 101:

- a) todo ato ilícito de violência ou de detenção, ou todo ato de depredação, cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:
 - i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
 - ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado;

¹⁰ “[...] the convention does not create any enforceable obligations, as neither “cooperate” nor “fullest possible extent” are defined in Articles 100 to 107, which pertain to maritime piracy.” (HALLWOOD, 2013, p. 119).

- b) todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que deem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata;
- c) toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b).

O artigo 105 da CNUDM não determina que os tribunais do Estado do navio/avião apreendidos ou dos tripulantes/passageiros sequestrados decidam medidas coercitivas contra tais atos.

Disto decorre que o tratamento normativo da pirataria é variado no Direito Penal Internacional. Há países que tipificam o crime, outros não; há quem estabelece como dever estatal sua caracterização e há aqueles que estipulam mecanismos de cooperação jurídica internacional. De qualquer forma, a repressão à pirataria detém caráter *erga omnes partes*, i.e., independe que o ato de pirataria tenha ou não ocorrido em sua costa litorânea ou em suas águas jurisdicionais.

De forma não-vinculativa, a CNUDM deveria especificar as punições, uniformizar os procedimentos processuais de julgamento e incluir os crimes correlatos de financiamento, de organização de atos de pirataria e de AMACN. A circunstância excepcional também poderá justificar a criação de um tribunal internacional penal *ad hoc*.

Enquanto isso, Dubner e Henn (2011, p. 589) trazem uma solução de curto prazo a ser utilizada até que os tribunais de algumas nações se estabeleçam:

Após analisar os problemas em potencial envolvendo custos, problemas evidências, entre outros, parece-nos que o tribunal a ser estabelecido deve ter mobilidade. Um navio seria fretado ou comprado; ele hastearia a bandeira da ONU e faria um circuito.¹¹

Dutton (2012, p. 1123), por sua vez, argumenta que a CSNU deve empreender esforços para assegurar a primazia do *jus puniendi*. Por acreditar que a pirataria é um crime contra a comunidade internacional sugere a aplicabilidade do Estatuto de Roma referente ao Tribunal Penal Internacional – concebido originalmente para processar casos de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, etc.

Nessa acepção, a OMI discute a necessidade de autodefesa dos navios comerciais contra o repentino ataque de piratas que inclui o uso de guardas armados e armas de fogo pelos tripulantes em áreas de alto risco e perigo. A situação é complexa e delicada posto que, em

¹¹ “After looking at the potential problems involving costs and evidentiary problems among others, it seems to us that the type of tribunal that should be established is one where the tribunal will have mobility. A ship could be chartered or bought; it would fly a UN flag; and, it would go out on circuit”. (DUBNER; HENN, 2011, p. 589).

geral, os ordenamentos jurídicos pátrios não permitem sob o pretexto de manter a ordem e a segurança a bordo do navio.

Devido à importância e a urgência da questão, a OMI revisou sua orientação – que não usufrui de natureza normativa internacional vinculante – quanto à contratação de empresas privadas de segurança marítima para prevenir e reprimir a pirataria e os AMACN (IMO, 2012).

Mudrić (2011, p. 242) retrata essa mudança de posicionamento devido os casos da crescente atividade pirata em áreas distantes da proteção naval e de agressão contra os tripulantes: “A opinião da OMI acerca de guardas armados vem se modificando lentamente, de uma moderada discordância, para o reconhecimento da prática de contratação de agentes armados para segurança.”¹²

Acredita-se que tal ilícito não ecoa na sociedade por ocorrer em ponto distante e isolado, bem como por se relacionar ao traslado de cargas e não de pessoas. Explicam Beirão e Piñon (2015, p. 267) que

A ausência de repercussão pública é característica específica dos ilícitos praticados no mar. O fato de ocorrerem distantes das vistas e da percepção da grande maioria da população faz com que os delitos contra as pessoas e o patrimônio cometidos no mar raramente criem comoção no meio social. Pressões políticas por providências ou manifestações públicas de repúdio só surgem quando as consequências de determinados delitos começam a ser percebidas em terra, gerando efeitos nocivos e de grande vulto para a economia e para o bem-estar das pessoas no meio social. Este é o caso do roubo armado contra navios.

De outro modo, também, é importante uma proposta para alargar o direito de perseguição que “pode ser empreendida quando as autoridades competentes do Estado costeiro tiverem motivos fundados para acreditar que o navio infringiu as suas leis e regulamentos.” (ONU, 1982; BRASIL, 1995).

Daí a razão da CNUDM em permitir que aos Estados-nações possam intervir contra qualquer embarcação – independentemente do pavilhão nacional e da nacionalidade de seus tripulantes – que se torne responsável por este crime em águas internacionais, embora continue proibido de adentrar no mar territorial de outro Estado no momento da perseguição, a menos que tenha expressado consentimento.

¹² “The IMO’s standpoint towards the employment of armed guards has gradually shifted from a strong opposition to moderate disagreement, but at the same time, recognition of the de facto practice of employment of the PCASPs”. (MUDRIĆ, 2011, p. 242).

Nesse caso específico, o CSNU tem uma proposta *lege ferenda* de resolução que modifica o status quo de acobertamento permitindo, incomumente, a busca e apreensão no mar territorial dos seus países-membros ou não membros dado que eventualmente as autoridades possam ser ineficientes.

De modo diverso, a CSNU tem resolução autorizativa que permite reprimir a pirataria cujo governo solicitante aceite as condições da cooperação assegurando a soberania, a integridade territorial, a independência e a unidade política do país. A propósito, em resposta a numerosos ataques de bandidos armados em navios, a pedido do Governo Federal de Transição (GFT) da Somália, o CSNU votou pela Resolução 1816/2008, a fim de entrar nas águas costeiras e utilizar “todos os meios necessários” para combater a pirataria e os assaltos à mão armada ao longo de sua costa marítima (CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, UNRIC, 2008).

Schneider (2015, p. 308) relata que

Essas resoluções do CSNU deixaram os Estados com histórico de pirataria, como a Indonésia, por exemplo, apreensivos, o que levou a redação das citadas resoluções a destacar que estas seriam aplicáveis tão-somente à situação da Somália e não criariam precedentes para o direito internacional.

A esse respeito, Mahmoud (2010, p. 32) compartilha a deferência à justiça universal pela mitigação da impenetrabilidade estrangeira no território pelo estabelecimento da “cooperação internacional em relação ao controle da pirataria, da destruição de cabos submarinos e do tráfico internacional de entorpecentes e de mulheres”.

Implica em dizer que quando o assunto é soberania do mar territorial torna-se necessário uma ratificação do conceito de competência genérica ao consentir que outros Estados com suas flotilhas abrenhem no espaço aéreo e marítimo para impedir a rapina, a exemplo do pedido somali e a sua aprovação pela comunidade internacional.

4 QUESTÕES SISTÊMICAS DA PIRATARIA NO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

No âmbito interno, o Código Civil brasileiro disciplina os casos de dano a coisas em que o transportador não é responsável, a menos que o destinatário prove a culpa de outrem pelos atos e omissões. Permanece regida pelo artigo 566 do decrépito estatuto comercial, a

parte referente a contrato de viagem, contudo, sem referir sobre os demais modais do transporte – locação e afretamento comercial (BRASIL, 1850; 2002).

Por certo, cuida-se de instituto vital para que o transporte e o comércio marítimo se realizem cuja categoria pertence ao risco do negócio. Para Perri (2015, p. 378),

Fato é que esse setor da economia que movimenta mais de 900 milhões de toneladas ao ano, sendo que 90% das cargas que são transportadas pelo comércio exterior brasileiro é feito em navios de bandeira estrangeira, o que, indubitavelmente, esbarra em questões jurídicas, especialmente contratuais, extremamente delicadas, na medida em que, no âmbito nacional, não há codificação da matéria, e, no âmbito internacional, o Brasil não é signatário das principais convenções internacionais que regulam o transporte de cargas, as mesmas não foram ratificadas e, portanto, não têm força de lei, sendo mister resolver eventuais conflitos de norma por meio do diálogo entre as fontes.

No âmbito internacional, a Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimentos de 1924 (igualmente denominada de Convenção de Bruxelas ou Regras de Haia) surge como marco regulatório do transporte de mercadorias em águas internacionais visando equilibrar a responsabilidade civil entre remetentes/embarcadores e armadores/transportadores quando do incidente de danos.

Em todo o caso, o embarcador era obrigado a provar a culpa individual do transportador ou de seus empregados em caso de perdas, avarias, faltas de conteúdo ou outras consequências. Essa regra, na prática, tornou o ônus da prova favorável ao transportador que não tinha responsabilidade pelo pagamento integral da quantia consignada da carga descrito no Conhecimento de Embarque.¹³

Por este sistema, o transportador somente desobrigava por prejuízos sucedidos “pelos inimigos públicos do Rei” que incluíam os ataques às naus por ato de guerra; motins ou perturbações populares; riscos, perigos e acidentes no mar ou em outras águas navegáveis (termo que inclui as perdas e danos a carga provocados pelos “bandidos de mar aberto”) e demais hipóteses exoneratórias.

A isso se adiciona o surgimento de convenções internacionais que impunham uma responsabilidade mínima aos armadores no transporte de cargas, a saber: Regras de Haia em 1925; Protocolo de Visby em 1968, originando as chamadas Regras de Haia-Visby (e alterados pelo Protocolo do Banco Mundial, os Direitos Especiais de Saque – Des em 1979);

¹³ Conhecimento de Embarque (*Bill of Lading – B/L*, em inglês) é o documento que demonstra o domínio da carga nos embarques de produtos em navios de linha comum, bem como demonstra a realidade de um contrato de transporte. Também é habitual a denominação de Conhecimento de Carga, Conhecimento de Frete, Conhecimento Marítimo e Conhecimento de Transporte.

Regras de Hamburgo em 1978 e Regras de Roterdã em 2009 (OCTAVIANO MARTINS, 2013). Objetivavam-se, portanto, a abolição das cláusulas limitativas de responsabilidade.

Diante desses fragmentados tratados, Gomes (2013) lembra que

(...) não se deve confundir a limitação de responsabilidade prevista na *Convenção sobre a Limitação da Responsabilidade em Sinistros Marítimos (LLMC)* com a limitação indenizatória relativa a danos sofridos a mercadorias (*package and kilo limitation*), prevista nas Regras de Haia, Haia-Visby, Hamburgo e Roterdã.

Castro Júnior (2013), por sua vez, diferencia a limitação da responsabilidade civil do transportador em relação ao usuário do serviço (LLMC) com as convenções que normatizam a limitação global do proprietário do navio em desfavor de terceiros, como:

A Convenção de Bruxelas de 1957, embora tenha entrado em vigor em 1968, foi substituída pela *Convenção LLMC*, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 1986, emendada pelo *Protocolo de 1996*, que altera a *Convenção LLMC* e aumenta os valores da responsabilidade, que passou a ter vigência a partir de 13 de maio de 2004 e a se chamar *LLMC 1996*.

A *LLMC 1976* estipula limites especificados para dois tipos de reclamações (*claims*): a) as que tratam da perda de vidas ou aos danos pessoais; e b) as relativas à propriedade, tais como danos a navios, instalações ou propriedade portuária.

129

A par disso, as Regras de Roterdã (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para o Transporte Internacional de Cargas Integral ou Parcialmente por Mar) mantiveram as Regras de Hamburgo (Convenção das Nações Unidas sobre Transporte Marítimo de Cargas). Hamburgo foi a primeira convenção a distinguir o transportador de fato do transportador contratual, “Contudo, um olhar mais atento revela que muitas de suas disposições são simples codificações do que já fora estabelecido pelos casos julgados sob Haia-Visby e, em alguns aspectos, até mais desfavoráveis para o transportador.” (TOZAJ; XHELILAJ, 2010, p. 32).¹⁴

É sob essa perspectiva que o transportador de fato (o exportador ou importador) denomina-se *maritime performing party*¹⁵ e o transportador contratual se passa como um transportador da carga, todavia subcontratam os armadores em nome e conta própria.

¹⁴ “However, a closer look reveals that many of its provisions are simply a codification of what has already been established by the cases decided under the Hague Visby and in some respects even less favourable to the shipper.” (TOZAJ; XHELILAJ, 2010, p. 32).

¹⁵ “*Maritime performing party* means [a] ‘[i] a person other than the carrier [ii] that performs or undertakes to perform [iii] any of the carrier’s obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, care, unloading or delivery of the goods, [iv] to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier’s request or under the carrier’s supervision or control’ [b] to the extent that it performs or undertakes to perform [c] any of the carrier’s obligations [d] during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship”.

O transportador contratual é a pessoa jurídica que se obriga a desembarcar a carga de um porto a outro perante o embarcante e, nestes termos, assume obrigações e responsabilidades ao subcontratar transportadores marítimos de fato (armadores) para realizar o serviço contratado. O resultado do transporte contratual é a de que

Embora não exista uma relação jurídica contratual direta entre o transportador de fato subcontratado pelo transportador contratual e o embarcante original, o transportador de fato pode ser responsabilizado perante o embarcante original por perdas e avarias da carga, em solidariedade com o transportador contratual. (BAYEUX NETO, 2015, p. 424).

Nos termos da legislação brasileira vigente, o regime de responsabilidade do armador permite a sub-rogação legal do embarcante original nos direitos indenizatórios do transportador contratual em face do transportador de fato, independentemente de qualquer relação jurídica contratual.

É no Conhecimento Marítimo que se transfere o risco de perda ou deterioração do vendedor ao comprador no momento em que a mercadoria adentra a embarcação no porto de embarque, ficando o vendedor isento de arcar com os custos relativos ao frete e seguro, a menos que o comprador prove que o sinistro ocorreu antes do embarque. Evidencia-se, ademais, a transferência do risco nas operações de compra e venda internacional que gerem perda ou deterioração deve ser acidental e inesperada, sem a contribuição da sua ocorrência pelas partes.

Reitera-se, todavia, que a transferência do risco ou seus ajustes prévios nos contratos são acordados entre as partes. Destarte, se o transporte internacional é multimodal tendo a mercadoria acondicionado em contêiner e parte do percurso realizado pelo mar permite-se a derrogação ou a modificação, no todo ou em parte, de suas regras à luz do artigo 6º da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, acrônimo em inglês), aderido pelo Brasil, em 2013, sob a égide do Decreto nº 8.327/2014.

Maritime performing party significa [a] "[i] uma pessoa distinta da transportadora [ii] que opera ou compromete-se a executar a função [iii] qualquer uma das obrigações do transportador ao abrigo de um contrato de transporte com respeito ao recebimento, carregamento, manuseamento, armazenagem, transporte, cuidados, descarga ou a entrega dos bens, [iv] na medida em que tal pessoa atua, direta ou indiretamente, a pedido do transportador ou sob a supervisão ou controlo da transportadora "[b] na medida em que executa ou se compromete a executar [c] qualquer das obrigações da ordem [d] durante o período entre a chegada das mercadorias no porto de carregamento de um navio e sua partida do porto de descarga de um navio. (ATAMER, Kerim, 2010, tradução nossa).

Foglar (2012, p. 215-217) comenta que, também, pode ser acordado as situações de isenção e limites de responsabilidade pelo atraso na entrega da carga pela transportadora que, segundo as Regras de Roterdã, devem constar do contrato de fretamento marítimo e o transportador obriga-se a fazer a viagem dentro do prazo estipulado.

A autonomia da vontade nas obrigações do vendedor e do comprador se associam pelos usos e costumes e pelas práticas comerciais de maior utilização como os termos internacionais dos Incoterms (*International Rules for Interpretation of Trade Terms*, ou, em português, Regras Internacionais para a Interpretação de Termos Comerciais) da ICC, podendo, se assim desejarem, deslocar para as normas da CISG. Na falta de acordo entre os signatários rege-se pela consequência, momento e definição da passagem do risco dispostos nos artigos 66 a 70 da CISG (HUBER; MULLIS, 2007, p. 375-376).

Neves (2015, p. 407) entende que a alocação desses riscos entre as partes deve ser respeitada em nome das regras do jogo negocial, momento em que

(...) o vendedor ficará isento de risco assim que cumprir sua obrigação de entregar as mercadorias e remeter os documentos relativos a elas. No entanto, nas hipóteses de venda em trânsito, a Convenção aplica a teoria da passagem do risco no momento da conclusão do contrato.

Portanto, os casos de deterioração do produto embarcado por falhas na logística e armazenagem podem trazer consequências jurídicas na transferência desse risco tanto para o importador quanto para o exportador.

Diante da problemática, a legislação brasileira através do Decreto-lei nº 116/1967 (BRASIL, 1967) preconiza a vistoria mediante entrega de recibo a ser realizada no mesmo dia da descarga da mercadoria. Tenciona assegurar direitos e impor deveres de modo que “Começa a responsabilidade da entidade portuária com a entrada da mercadoria em seus armazéns, pátios ou locais destinados para o depósito, estendendo-se até a efetiva entrega aos consignatários.” (RIZZARDO, 2013, p. 484).

No instante em que recebe as mercadorias, o transportador marítimo assemelha-se a natureza de um depositário que, ao levar o produto ao destinatário, assume a obrigação de conservar, guardar e restituir. Há, portanto, responsabilidade contratual e objetiva na custódia da coisa que se aperfeiçoa com a entrega em perfeita e efetiva condição. A presunção legal de culpa pode ser eximida por riscos inevitáveis como vício de origem, fortuna do mar, culpa exclusiva da outra parte, atos realizados no exercício regular de um direito ou, ainda, a

deterioração ou destruição da coisa alheia para remoção de perigo iminente (com base nos artigos 763 e 764 do Código Comercial e Regras de York-Antuérpia).

Uma leitura ao artigo 621 do aludido Código (BRASIL, 1850) apercebe-se que os riscos do transporte marítimo à época eram outros¹⁶. Atualmente, o gerenciamento do risco e os custos de transação estão maiores e complexos ao envolver externalidades negativas de armazenagem extra e *demurrage*; equipamentos de navegação mais sofisticados; manutenção da própria embarcação; legislações trabalhistas; piratas; carga tributária, multas diversas e tarifas portuárias, etc.¹⁷

Frente a este cenário, a imposição ditada pelo transportador marítimo no Conhecimento de Embarque à parte que foi obrigada a aderir deve ser mitigada por parâmetros da teoria geral dos contratos que preconiza a livre manifestação de vontades entre os contratantes em consonância com o artigo 12 do Decreto nº 2.681/1912 (BRASIL, 1912).¹⁸

Outrossim, a jurisprudência vem entendendo que é válida a cláusula limitativa da responsabilidade no contrato de transporte marítimo:

(...) não há que se falar em cláusula estabelecida unilateralmente pelo fornecedor do serviço, na medida em que, como de costume, é oferecida ao embarcador a opção de pagar o frete correspondente ao valor declarado da mercadoria ou um frete reduzido, sem menção ao valor da carga a ser transportada, sendo certo que, na última hipótese, fica a parte vinculada à disposição limitativa da obrigação de indenizar [...] (Recurso Especial nº 1076465/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/11/2013, Diário da Justiça Eletrônico em 25/11/2013).

Na seara dos transportes de carga, a indenização do embarcante em desfavor do transportador de fato é disciplinado pelo contrato entre o transportador contratual e o transportador de fato com cláusula de limitação desta responsabilidade, que abrange os contratos de afretamento (a casco nu, por período, de quantidades/tonelagem e por viagem) e

¹⁶ BRASIL. Código Comercial. Art. 621. *Pagam frete por inteiro as fazendas que se deteriorarem por avaria, ou diminuírem, por mau acondicionamento das vasilhas, caixas, capas ou outra qualquer cobertura em que forem carregadas, provando o capitão que o dano não procedeu de falta de arrumação ou de estiva (artigo nº. 624). Pagam igualmente frete por inteiro as fazendas que o capitão é obrigado a vender nas circunstâncias previstas no artigo nº. 515.*

O frete das fazendas alijadas para salvação comum do navio e da carga abona-se por inteiro como avaria grossa (artigo nº. 764).

¹⁷ Segundo Octaviano Martins (2013, p. 417), *demurrage* significa uma multa contratual estipulada na base dia ou *pro rata* pela sobre-estadia da carga no contêiner nos portos de embarque ou de descarga, a ser paga pelo afretador de uma embarcação ao armador-fretador

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 2.681/1912. Art. 12. *A cláusula da não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei.*

de transporte (passageiros e mercadorias). Geralmente, a seguradora não paga a indenização caso as avarias não atinjam certo percentual ou valor fixado na apólice; se a quantia ultrapassar, a indenização será paga por completo; atingida a franquia, a indenização será compensada pela totalidade do sinistro.

Fala-se aqui, na uniformização das regras internacionais de transporte mercantil, via marítima, que permite retirar a chance de fraudes contra seguro, mas que boa parte dos ordenamentos jurídicos não tem cobertura nas situações de mercadoria sinistrada divergente da retratada na apólice.

Apesar da natureza facultativa, os Incoterms, além de ferramenta de harmonização nos contratos de venda com o estrangeiro, trazem segurança jurídica e previsibilidade ao definir os direitos, obrigações, responsabilidades e isenções dos armadores/transportadores. Os Incoterms, por seu turno, denominam “cláusulas de preços” porque cada termo indica as partes que compõem os preços da mercadoria e por definir

(...) não só os direitos e obrigações mínimas do vendedor/exportador e comprador/importador quanto a fretes, seguros, movimentação de cargas em terminais, liberações em alfândegas, como também a obtenção de documentos de um contrato internacional de compra e venda de mercadorias e produtos. (RODRIGUES, 2012, p. 277).

Cassettari (2015, p. 249) arremata que

(...) as responsabilidades de vendedores e compradores, levando-se em conta o local onde o vendedor torna o bem disponível para o comprador, quem arcará com o pagamento do transporte principal e como se procederá a transferência de riscos de perda ou dano ao bem.

Justamente por isso que o comércio mundial tem sua interpretação facilitada por termos usuais entre exportadores e importadores. De todo modo, os Incoterms são alterados periodicamente e objetivam a formação de diretrizes para gerenciar conflitos advindos da interpretação de contratos internacionais.

Há que se observar que cada Incoterm está exibido em uma única sigla de três letras padronizadas em inglês e divididos em quatro grupos segundo o local da entrega dos bens (grupo E, F, C e D). Assim, v.g.: Mercadoria entregue livre junto ao costado do navio (...porto de embarque designado), sabe-se que é FAS ou *Free Alongside Ship*.

Diante desses novos *leges maritimo*, a ação de piratas não pode desonerar, integral ou parcialmente, a responsabilidade civil dos armadores/transportadores quanto a entrega do produto no local indicado pelo remetente/embarcador.

Pacheco (2014) critica o majoritário posicionamento dos Tribunais brasileiros, visto que

Em suma: o fato de a criminalidade ser frequente em um certo local, sendo previsível a ocorrência de roubos na forma de pirataria, não tem, por si só, a prerrogativa de afastar a excludente de responsabilidade força maior.

(...) É nosso dever informar que esse não é o entendimento predominante na jurisprudência brasileira, o qual, salvo algumas poucas e brilhantes decisões em contrário, firma posição no sentido de o roubo elidir a responsabilidade dos transportadores em geral.

Como se viu a regulação do sistema Bruxelas/Haia-Visby que, por eventos casuais, *i.e.*, infortúnios do mar, guerra, greve, arresto, pirataria, etc. podem livrar o armador/transportador por danos que excedam o valor das mercadorias declaradas pelo remetente/embarcador. Assim, sujeita-se as regras de cobertura mínima de seguro pagas pelo transportador ou deve contratar seguro de carga suplementar.

Um importante referencial pode ser encontrado no Código de Navegação italiano que enumera os riscos isentos (*pericoli eccettuati*) de responsabilização contratual ao desafiar a força maior não atribuível à vontade do transportador incluindo os ataques de piratas, desde que prove que o transportador pôs em prática salvaguardas específicas antes da viagem. Antonini (2008, p. 255) aponta que

A transportadora também não é responsável se o dano resultou de um fator, exceto os que acabamos de mencionar, em que há determinação de culpa do mesmo ou de seus funcionários e administradores (riscos atípicos isentos: art. IV, n. 1, Conv. cit.).

Em caso de danos à navegabilidade do navio ocorrendo sua completa imobilidade, a transportadora não será responsável se provar ter usado com o devido cuidado em colocar o navio em condições de navegar.¹⁹

Diante dos incidentes de pirataria que afetam algumas áreas endêmicas na costa e em alto mar africano demonstra sua propagação a outros mares abertos e oceanos. Assim, destaca-se a necessidade de adotar medidas adequadas e urgentes para garantir a liberdade da navegação e a segurança das rotas marítimas, ainda hoje, tão valioso para a economia mundial.

¹⁹ “Il vettore del pari non risponde se il danno deriva da un fattore, diverso da quelli appena indicati, nella cui determinazione non sussiste copla dello stesso o dei suoi dipendenti e preposti (pericoli eccettuati atipici: art. IV, n. 1, Conv. cit.). Nel caso di danno da innavigabilità della nave, infinite, il vettore non risponde se prova di avere usato ragionevole diligenza nel metter la nave in stato di navigabilità”. (ANTONINI, 2008, p. 255).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa investigou os possíveis modelos de dissuasão e de segurança promovidos pela governança antipirataria regional e/ou global, no seu valor econômico, político e jurídico, como um elemento mitigador da responsabilidade contratual do armador sobre o transporte de mercadorias. Essa investigação permitiu melhor compreender a relação necessária de políticas de segurança do comércio marítimo e oceânico com a incidência dos regimes de responsabilidade do transportador internacional de mercadorias a partir de normativos específicos brasileiros e internacionais.

A promoção da segurança das rotas marítimas, navios e tripulações é fundamental para a sustentabilidade do crescimento contínuo e universal, o que exige uma permanente rede de parcerias e de trocas de dados/informações no mar e em terra com vistas a garantir níveis de segurança, confiança e estabilidade do domínio marítimo para o benefício de todos. Com efeito, a cooperação multidimensional tem por base os acordos formais e informais entre Estados, organizações não-governamentais, cortes de justiça, setor privado e sociedade civil decorrente da alta vulnerabilidade da segurança nos oceanos e mares abertos, especialmente dentro das áreas delimitadas por países com frágeis sistemas políticos.

Este tipo de assistência mútua trouxe novos modelos de governança de segurança que expandem a abordagem tradicional baseada na soberania nacional para a cooperação regional ou mesmo uma parceria mais global visando erradicar ou, pelo menos, diminuir o impacto desse delito no transporte global marítimo.

Nessa linha de pensamento, sabe-se que a pirataria tem um enorme custo para a comunidade internacional não só porque envolve bens saqueados ou resgates a serem pagos, mas também porque envolve aparato militar naval e policial.

Nesse viés, a evolução dos tratados internacionais e as disposições normativas brasileiras visam delimitar e harmonizar as responsabilidades das partes contratantes nas relações comerciais domésticas e internacionais ao protegê-los de atos de pirataria e demais eventos especiais.

Ao enfrentar o tema da segurança da navegação à responsabilidade do transportador internacional de mercadorias, resta evidente que inúmeros são os desafios de ordem econômica, geográfica e política para o efetivo combate à pirataria já que a propensão humana para mercar, trocar e negociar pode ser adicionada a tendência para roubar, furtar e extorquir.

Todavia, diante do progresso e da sobrevivência da humanidade proporcionada pelo transporte marítimo, notadamente a necessidade por *commodities*, deve-se garantir a liberdade do comércio exterior pela navegação que sempre esteve aberto as embarcações de diversas nações do mundo.

REFERÊNCIAS

ANTONINI, Alfredo. *Corso di diritto dei trasporti*. 2. ed. Italia: Giuffrè Editores, 2008.

ATAMER, Kerim. Construction Problems in the Rotterdam Rules regarding the Performing and Maritime Performing Parties. *Journal of Maritime Law & Commerce*. v. 41, n. 4, pp. 472-473, October, 2010.

BAYEUX NETO, José Luiz. O transportador contratual no direito marítimo. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*. v. 7. Falência e recuperação de empresa e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei nº 116, de 25 de janeiro de 1967*. Dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias. Rio de Janeiro: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 25 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0116.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014*. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 17 out. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 6.136, de 26 de junho de 2007*. Promulga a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima e o Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental, ambos de 10 de março de 1988, com reservas ao item 2 do artigo 6º, ao artigo 8º e ao item 1 do artigo 16 da Convenção, bem como ao item 2 do artigo 3º do Protocolo. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6136.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995*. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 23 jun. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912*. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 7 out. 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

BEIRÃO, André Panno; PIÑON, Charles Pacheco. A IMO e a repressão ao roubo armado contra navios: da retórica internacional à cooperação regional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília. v. 12, n. 1, 2015 p. 264-287. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3359>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

CAFFIO, Fabio. Gli Strumenti internazionali per la lotta ai pirati e la protezione del traffico marittimo. In: URICCHIO, Antonio (ed.) *Azione di contrasto della pirateria: dal controllo dei mari a quello dei flussi finanziari*. Università Degli Studi Di Bari Aldo Moro. Bari: Cacuci Editore, 2013.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves Notas sobre a Limitação da Responsabilidade Civil no Transporte Marítimo de Mercadorias. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*. n. 17, nov./dez. 2013. São Paulo: IOB, 2013.

CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, UNRIC. *Somália: Conselho de Segurança prorroga por um ano autorização para lutar contra piratas*. Centro de Notícias da ONU, 2/12/2008. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/21033>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE, CICR. *Déclaration réglant divers points de droit maritime*. Paris, 16 avril 1856. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=52C3B93E8698E114C12563BD002B802F>>. Acessado em: 1º maio 2016.

LIMA, Luiz Costa. *Dispersa demanda: ensaios sobre literatura e teoria*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981.

138

DUBNER, Barry Hart; HENN, Joseph P. On Selecting A Judicial System(s) To Try Sea Pirates – An Interesting/Necessary Exercise But Is It Enough To Deter The Attacks/Hijackings? *Journal of Maritime Law & Commerce*. v. 42, n. 4, october, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2165498>. Acesso em: 21 dez. 2015.

DUTTON, Yvonne M. Maritime Piracy and the Impunity Gap: Insufficient National Laws or a Lack of Political Will? *Tulane Law Review*. v. 86, Issue 5, p. 1111–1159, 2012. Disponível em: <<http://www.tulanelawreview.org/maritime-piracy-and-the-impunity-gap-insufficient-national-laws-or-a-lack-of-political-will/>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

ECOTERRA INTERNACIONAL. *Latest action*. Disponível em: <<http://www.ecoterra.net/index-x.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, FBI. *Somalian Pirate Sentenced in Manhattan Federal Court to 405 Months in Prison for Hijacking Three Ships and for Hostage Taking*. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/newyork/new-york>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

FOGLAR, Vesna Polić. Odgovornost za zakašnjenje u prijevozu robe u sadašnjoj pomorskoj praksi i prema Rotterdamskim pravilima/ Responsibility for the delay in the carriage of goods

in the current maritime practice and according to the Rotterdam Rules. *Comparative Maritime Law, Poredbeno Pomorsko Pravo*. v. 51, issue 166, p. 203-225, 2012. Disponível em: <<http://hrcak.srce.hr/file/143251>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

GALL, Jacques; GALL, François. *El filibusterismo*. Traducción de Álvaro Custodio. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

GOMES, Saulo Machado. Limitação de Responsabilidade do Transportador Marítimo de Cargas nas Regras de Haia, Haia-Visby, Hamburgo e Roterdã. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*. v. 3, n. 13, mar./abr. 2013. São Paulo: IOB, 2013.

GOODWIN, Joshua Michael. Universal Jurisdiction and the Pirate: Time for an Old Couple to Part. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 39, p. 973-1111, 2006. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srqid=3B15&doctype=cite&docid=39+Vand.+J.+Transnat%27+L.+973&key=3f766cf37a71bb55acf443e70b59407d>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

HALLWOOD, Paul. Piracy and the Law of the Sea: An Empty Vessel? *SAIS Review of International Affairs*. V. 33, n. 2, p. 117-126, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1353/sais.2013.0017>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. p. xxiii, 408, ISBN-13: 978-3866530201. Munich: Sellier European Law Publishers: 2007.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, IMO. *Resolution A.1025(26)*. Code of practice for the investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships. 2 December 2009 – 18 January 2010. Londres, 2014. Disponível em: <<http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Guidance/Documents/A.1025.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, IMO. *MSC.1/Circ. 1405/Rev.2*. Revised interim guidance to shipowners, ship operators and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high risk area. 25 May 2012. Disponível em: <http://psm.du.edu/media/documents/international_regulation/united_nations/imo/imo_msc-1-circ-1405-rev-2.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ITALIA. *Codice della Navigazione, approvato com r.d. 30marzo 1942, n. 327* (com succ. mod. e integr. sino al 2002. Disponível em: <http://www.regione.sicilia.it/lavoripubblici/geniociviletp/genioTP/UO/18/codice_della_navigazione.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Direito penal marítimo: zona econômica exclusiva, soberania e extraterritorialidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTIN-NIETO, Antonio. *Piratas del pacifico*. Bilbao. España: Ediciones Moretón, 1968.

MARITIME INJURY LAWYER BLOG. *Record Pirate Attacks in 2010*. Disponível em: <<http://www.maritimeinjury.com/2011/01/record-pirate-attacks-in-2010.html>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

MUDRIĆ, Mišo. Armed guards on vessels: insurance and liability. *Comparative Maritime Law/Poredbeno Pomorsko Pravo*. v. 50, issue 165, p.217-268, 1 chart, 1 graph, 1 map., 2011. Disponível em: <http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=114368&lang=en>. Acesso em: 24 abr. 2016.

NEVES, Flávia Bittar. A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2015.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo*. 2. ed. atual. e ampl., v. II. Vendas marítimas. Barueri: Manole, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. *Decreto-Lei n° 44490*. Convenção sobre o alto mar. Aprovada na primeira conferência do mar realizada em Genebra em 1958. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dl44490B.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. *Decreto n° 1530*. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Concluída na Jamaica em 1982. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. *Resolução n° 51/1994*. Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima e o Protocolo para a



Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar51-1994.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. Do Direito Marítimo e da Responsabilidade Civil do Transportador Marítimo - Aspectos Jurídicos Que Interessam ao Seguro de Transporte de Cargas. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*. n. 22, set./out. 2014. São Paulo: IOB, 2014.

PERRI, Cláudia Haidamus. Transporte marítimo de carga. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial*. v. 7. Falência e recuperação de empresa e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015.

PESTANA RAMOS, Fábio. *No tempo das especiarias: o império da pimenta e do açúcar*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

141

RODRIGUES, Waldemar. Condições internacionais de exportação e importação – Incoterms. In: DIAS, Reinaldo; RODRIGUES, Waldemar (organizadores). *Comércio exterior: teoria e gestão*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SALMORAL, Manuel Lucena. *Piratas, bucaneros, filibusteros y corsários em América*. Madrid: Editorial Mapfre: 1992.

SCHNEIDER, Eduardo Augusto Souto da Costa. Pirataria marítima: a experiência Somália. *Revista de Direito Internacional*. v. 12, n. 1. Brasília, 2015, p. 301-320. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3351>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

SPUTNIK BRASIL. *Chega ao fim à guerra civil no Sudão do Sul*. Ago/2015. Disponível em: <<http://br.sputniknews.com/mundo/20151127/2900669/china-base-baval-ultramarina-eua-djibouti.html>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

TOZAJ, Dorian; XHELILAJ, Ermal. Hamburg rules v hague visby rules an english perspective. *Constanta Maritime University Annals*. 2010. Year XI, Vol.13. Disponível em: <<http://www2.cmu-edu.eu/RePEc/cmc/annals/30-v13.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2015.



WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CORREA, Rafaela. O direito internacional em face da pirataria em alto-mar: uma perspectiva crítica. *Revista de Direito Internacional*, Brasília. v. 12, n. 1, 2015, p. 288-300. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3262>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

Submissão: 17/01/2016
Aceito para Publicação: 31/05/2016



A LICITUDE DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PRESTADOS PELO APLICATIVO UBER

THE LAWFULNESS OF TRANSPORT SERVICES PROVIDED BY UBER APP

Cláudia Mara de Almeida Viegas*

Luís Henrique Vasconcelos da Silva Letra**

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a legalidade dos serviços de transporte contratados através do aplicativo UBER, pelo qual são conectados motoristas autônomos e pessoas em busca de transporte de passageiros. Pretende-se, no primeiro momento, investigar e conceituar o mecanismo que envolve o aplicativo, analisando os aspectos juridicamente relevantes ao sistema de contratação do serviço. Em seguida, pelo método dedutivo, verifica-se o enquadramento da prestação de serviço em questão como um negócio jurídico - contrato de transporte de pessoas -, preconizado pelos arts. 734 e seguintes do Código Civil. Posteriormente, investiga-se o transporte público de pessoas, com análise normativa federal e exemplos de normas municipais editadas em Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro, que objetivaram restringir as atividades prestadas pelo UBER. Por fim, pelo método indutivo, faz-se a análise jurisprudencial de casos pontuais impugnando a legislação municipal citada, a fim de expor os argumentos jurídicos favoráveis e contrários à licitude do sistema de transporte privado titularizado como UBER no aspecto da prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: UBER. Contrato de transporte de pessoas. Transporte público. Transporte Privado.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O contrato de transporte de pessoas. 2 O transporte público de pessoas. 3 Análise jurisprudencial. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: This paper aims to examine the legality of the transport services contracted by UBER app, through which self-employed drivers and people searching transport are connected. It was intended, at first, to investigate and conceptualize the mechanism that involves the app, analyzing important legal aspects of the hiring of the service. Then, through deductive reasoning, it was verified the framework of this service as a legal business - passenger transport contract - expressed in the article 734 and the following articles of the Brazilian Civil Code. Later, the public transport of passengers was investigated, with the analysis of federal norms and examples of municipal rules issued in Belo Horizonte, São Paulo and Rio de Janeiro, which aimed to restrict the services provided by UBER. Finally, through inductive reasoning, case law analysis of individual cases challenging the cited municipal legislation were investigated, in order to expose legal arguments in favor and against the legality of the private transport system provided by UBER.

KEYWORDS: UBER. Passenger transport contract. Public transport. Private Transport.

144

INTRODUÇÃO

O UBER é um aplicativo de celular criado em março de 2009, no Vale do Silício, nos Estados Unidos, o qual tem por função primordial disponibilizar motoristas particulares a clientes interessados em contratar o serviço de transporte em automóvel. Pelo uso do

* Professora dos cursos de Direito da Pontifícia Universidade de Minas Gerais (PUC-Minas) e das Faculdades Del Rey (UNIESP). Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Tutora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Servidora Pública Federal do Tribunal Regional do Trabalho, Minas Gerais.

** Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduado em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC).

aplicativo, a empresa proprietária da ferramenta, *UBER USA, LLC (limited liability company)*, cobra 20% (vinte por cento) do valor que o motorista recebe do cliente pela corrida¹.

Os motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma UBER em sistema de “economia compartilhada” (*sharing economy*), o qual otimiza o acesso e contato entre passageiros e condutores.

Não há como negar que é da natureza humana compartilhar bens e serviços, as pessoas, em algum momento da sua vida, já emprestou livros, CDs, carro, bicicleta, DVDs, etc. Entretanto, tal comportamento individual de compartilhar coisas até então não tinha o condão de alterar a economia, em passado recente. Faltava escala e as transações se restringiam a amigos, vizinhos e familiares.

Todavia, a partir da difusão da internet no mundo, tal contexto sofreu alterações significativas nas últimas décadas. Inicialmente, a rede mundial de computadores não alterou significativamente o hábito dos consumidores e sua cultura de empréstimo.

Inicialmente, poucos se arriscavam a realizar transações por intermédio dessa plataforma e apenas um grupo pequeno de pessoas conseguia vislumbrar formas de ganhar dinheiro com ela. No entanto, a rápida evolução tecnológica possibilitou o meio legítimo de compartilhamento que culminou no surgimento de aplicativos como o Uber – atualmente bastante popular.

O UBER credencia motoristas profissionais, cujas carteiras de habilitação autorizam o exercício de atividade remunerada de condutor de veículos. A manutenção do cadastramento dos motoristas parceiros, por sua vez, depende das avaliações anônimas que estes recebem dos respectivos passageiros ao término de cada viagem, por meio de um sistema de pontuação. A avaliação varia de zero a cinco estrelas e os motoristas que obtêm média inferior a 4,6 estrelas ficam sujeitos ao descredenciamento pelo UBER

O serviço, atualmente, está disponibilizado em 67 (sessenta e sete) países, em diferentes modalidades de transporte, variando com o tipo de carro disponibilizado².

¹ CARDOSO, Ana Luíza. UBER, o aplicativo que enfurece os motoristas: o serviço para chamar motoristas particulares no mundo chega ao Brasil. *Revista Época*. Editora Globo. publicado em 22 de Julho de 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/vida-util/tecnologia/noticia/2014/07/buber-o-aplicativob-que-enfurece-os-taxistas.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

² Informação que consta no site da empresa UBER, disponível em: <<https://www.uber.com/pt/cities>> e <<https://www.uber.com/legal/usa/terms>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

No Brasil, sabe-se da existência do serviço em duas modalidades: o UberBLACK (transporte que utiliza sedans na cor preta), e o UberX (transporte que utiliza carros de menor categoria, sem padronização das cores do veículo), este último com tarifa menor.

O valor das viagens é computado com base na distância a ser percorrida e tempo de viagem, sendo as informações repassadas previamente a cada cliente. O UBER fornece uma estimativa prévia do preço ao passageiro e os pagamentos são realizados por meio de cartão de crédito, por meio do próprio aplicativo.

A simplicidade, a comodidade, a segurança e a eficiência do aplicativo levaram que os serviços prestados através do UBER caíssem no gosto dos usuários.

Todavia, muito em razão desse sucesso, as atividades do UBER vêm sofrendo contestações judiciais e extrajudiciais provenientes, sobretudo, de pessoas, entidades ou forças políticas ligadas aos taxistas e aos proprietários de frotas de táxi.

Uma justificativa é que o serviço ofertado pelo UBER, aparentemente, concorreria e prejudicaria os serviços oferecidos pelos taxistas (motoristas e carros autorizados e credenciados pelo Estado para prestar os serviços de transporte individual de passageiros), o que teria resultado na diminuição da procura de taxis em diversos países.

Outro argumento dos opositores ao aplicativo é que as referidas atividades seriam ilegais, por serem voltadas à prestação de um serviço de transporte público individual de passageiros, que, além de dependente de autorização municipal, seria legalmente monopolizado pelos taxistas.

Seguindo tal perspectiva, os motoristas parceiros da UBER têm sido acusados de prestadores de serviço de “táxi clandestino”, por não seguirem a legislação disciplinadora da atividade dos taxistas, e, por isso, praticariam uma pretensa concorrência desleal, prejudicando também os consumidores.

Portanto, várias são as ocorrências de brigas entre taxistas e motoristas do UBER e como tentativa de solucionar o conflito, diversos Municípios buscam regulamentar o serviço dentro de seu território, por legislação municipal, proibindo ou restringindo o exercício da atividade de motoristas de UBER. Em resposta, diversas decisões judiciais são prolatadas, versando sobre a legalidade dos serviços de transporte contratados via UBER no Brasil.

Diante desse contexto, é com a finalidade de contribuir para a paz social que o presente artigo, por meio de técnica bibliográfica e jurisprudencial, pretende demonstrar a legalidade

dos serviços prestados pelo Uber, tendo como enquadramento um contrato de transporte individual de pessoas, mero negócio jurídico autorizado pelo Código Civil Brasileiro.

1 O CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS

Várias são as controvérsias que envolvem o tema central deste artigo – a legalidade do Uber – sendo certo que se relacionam com os seguintes questionamentos: as atividades desempenhadas pelos motoristas parceiros do UBER podem se enquadrar como uma modalidade de contrato de transporte de pessoas, conforme previsto no Código Civil Brasileiro? Enquadram-se no conceito de “transporte público individual de passageiros”, prevista no art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.587/2012? Constituem hipótese de “transporte individual privado de passageiros”, contemplada no art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c inciso II, “b” e inciso III, “b”, da referida lei?

Analisa-se a possibilidade de enquadramento no contrato de transporte de pessoas, previsto no Código Civil Brasileiro, pelo qual uma das partes, o transportador, ou condutor, se obriga a deslocar de um lugar para outro, a outra parte (passageiro). Nas lições de Orlando Gomes:

Pelo contrato de transporte, obriga-se uma das partes a deslocar pessoas ou coisas. Quem ocupa, na relação jurídica, essa posição, chama-se condutor ou transportador. Tanto pode ser pessoa física como jurídica. De regra, porém, a atividade transportadora é exercida por empresas organizadas sob a forma de sociedade. Empresas públicas ou privadas. No transporte de pessoas, denomina-se passageiro a outra parte.³

Classificando o contrato, GOMES (2001) tem o contrato de transporte como bilateral, consensual, e oneroso. É bilateral por possuir duas partes com obrigações interdependentes, tanto do transportador (em transportar) quanto do passageiro (em pagar a passagem). É oneroso, pois é sempre prestado com o intuito de lucro, não admitindo a forma gratuita (se for gratuito, de “cortesia simples”, não será configurado o contrato de transporte)⁴.

O contrato de transporte (geral) está previsto no art. 730 e seguintes do Código Civil, sendo o contrato de transporte de pessoas regulamentado de forma específica nos art. 734 a

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 306-307.

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 307-308.

742. Independente da natureza do transporte (de caráter público ou privado), o Código Civil é aplicável, conforme prescreve o artigo 731:

Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.

O disposto no artigo 731 não possui correspondência com o Código Civil anterior, Lei n. 3.071 de 1916⁵. Comentando o referido artigo, Maria Helena Diniz pontua que “o transporte, nesses casos, obedecerá, prioritariamente, ao que for estabelecido nos atos de autorização, permissão ou concessão — especialmente quanto às obrigações, itinerários, tarifas, prazos – e normas regulamentares”, sem prejuízo do que dispõe o Código Civil⁶.

Pontuando a diferença entre o transporte individual e o coletivo (no que tange ao tipo de veículo), Orlando Gomes cita o exemplo dos táxis, caso em que entende não haver celebração de contrato de transporte:

Quem usa táxi não está a estipular contrato de transporte propriamente dito, visto que o condutor fica sob sua direção ao destino, itinerário e até à marcha do veículo, enquanto o transportador não executa o serviço sob o comando pessoal de quem está a transportar⁷.

Ao afirmar que o transportador (taxista) não executa o serviço sob o comando do passageiro, GOMES (2001) parece sugerir que o negócio jurídico que subsidia a relação entre motorista e usuário é a cessão pública do serviço de transporte, que foi feito do Estado ao condutor (taxista).

Entretanto, o artigo 731 do Código Civil (que considera a celebração do contrato de transporte nos transportes públicos) é posterior ao pensamento de GOMES (2001) acerca da inexistência de contrato de transporte entre taxista e passageiro, o que indica a prevalência daquela ideia no ordenamento jurídico.

Contudo, ainda no caso dos táxis, ao se interpretar conjuntamente ambas as ideias, aparentemente contraditórias por um método indutivo, verifica-se que há um contrato entre

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 311

taxista e passageiro, que em essência é um negócio jurídico coligado⁸ ao ato administrativo que concede (permite ou autoriza) o exercício do serviço público de táxi pelo motorista.

Neste caso, e aplicando as lições de José Abreu Filho ao exemplo dos táxis, constata-se que o serviço de táxis se dá por um negócio jurídico complexo⁹, constituído pelo ato administrativo de permissão, cessão ou concessão, que é coligado ao contrato entre transportador e passageiro, sendo que aquele torna válido (regular) este. É através dos negócios e declarações convergentes e homogêneas que se forma o negócio jurídico que sustenta o serviço de táxis, serviço de transporte individual de caráter público.

Não restam dúvidas acerca da licitude do contrato de transporte de pessoas celebrado entre particulares, vez que prescrito no Código Civil. Ainda que fosse um contrato atípico (sem previsão e regulamentação legal), seria lícito dada a inexistência de vedação legal, conforme assegura o art. 5º, II, da Constituição Federal: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*¹⁰.

Ademais, o direito ao livre exercício da atividade de motorista particular é, também, uma garantia constitucional prevista no art. 5º, XIII *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”* e art. 170, parágrafo único: *“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*¹¹.

Entretanto, no presente caso, para se analisar com a melhor técnica jurídica sobre a legalidade dos serviços de transporte de pessoas ofertados pelo sistema UBER, não basta apenas aferir a constitucionalidade e legalidade do contrato de transporte privado de pessoas. Faz-se necessário, uma breve análise dos serviços de transporte público de pessoas, o que se dará no próximo tópico.

⁸ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99 (Conceito de negócio jurídico coligado).

⁹ ABREU FILHO, José. *op. cit.*, p. 99.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

2 O TRANSPORTE PÚBLICO DE PESSOAS

Conforme já exposto, grande parte da polêmica sobre o UBER se dá por sua suposta invasão à esfera dos serviços de transporte público individual de pessoas. Sendo assim, é de suma importância descrever aspectos legais relevantes da modalidade pública de transportes.

A competência do Estado, mais especificadamente do Município, para regulamentar os serviços de transporte público urbano, está prevista no art. 30, V, da Constituição da República:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial¹².

Dentre os temas de interesse local, há os serviços de transporte público individual (táxis), que já foi brevemente analisado no aspecto contratual. Conquanto a competência exclusiva do Município sobre o tema, os táxis foram conceituados por Lei Federal que versa sobre a atividade de taxista, Lei n. 12.468/2011. De acordo com a referida norma, a utilização de veículo para transporte público individual remunerado de passageiros é privativa de taxistas:

Art. 1º. Fica reconhecida, em todo o território nacional, a profissão de taxista, observados os preceitos desta Lei.

Art. 2º. É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros¹³.

A Lei impôs condições mínimas ao taxista, tal como o dever de atender o cliente com presteza e polidez, usar trajes adequados, manter o veículo em boas condições de funcionamento e higiene, manter a documentação regular, e observar o Código Nacional de Trânsito (art. 5º).

O texto original da Lei, enviado para sanção do Presidente da República na época, regulamentava, de fato, os serviços de táxis, como o ato de cessão do táxi (autorização), possibilidade de locação do veículo e outros, entretanto, tais disposições foram objeto de veto

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

¹³ BRASIL. *Lei 12.468, de 26 de Janeiro de 2011*. Regulamenta a Profissão de taxista e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

presidencial. Em suas razões, a Presidência justificou que tal regulamentação invade a competência dos Municípios em regulamentar o serviço.

No entanto, outra norma federal foi promulgada para conceituar o serviço de táxi, a Lei n. 12.587 de Janeiro de 2012, que aborda a política de mobilidade urbana. Conceituando os “táxis” no inciso VII do artigo 4º, tem-se que:

Art. 4º. Para os fins desta Lei, considera-se:

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas¹⁴.

Dessa forma, tem-se que, pela Lei, o transporte público individual é, necessariamente, aberto ao público. No caso dos veículos do sistema UBER, não se verifica a ampla abertura ao público, vez que é se exige um cadastro prévio do passageiro para que este possa contratar um motorista. Os serviços oferecidos por motoristas no sistema UBER é o de transporte motorizado privado, de acordo com o inciso X, do artigo 4º da mesma Lei:

X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares¹⁵.

Sabe-se que os táxis possuem três seguimentos de mercado: (I) os pontos de táxi; (II) os táxis de rua e (III) o porta-a-porta¹⁶, este último que contempla os serviços de chamada a domicílio, seja por telefone ou aplicativos de celular, tal como o UBER. Entretanto, apenas os dois primeiros seguimentos é que se mostram públicos, em ambiente público e com acesso verdadeiramente universal (não dependendo de um *smartphone* para acesso).

Os dois seguimentos efetivamente públicos continuam sendo de uso privativo dos serviços de táxi. O primeiro seguimento (pontos de táxi) é privativo dos táxis, viabilizado apenas pela ação dos Municípios na criação e regulamentação do uso desses pontos, situados em vias públicas. O segundo seguimento (de rua), pela própria essência da plataforma UBER,

¹⁴ BRASIL. *Lei 12.587, de 3 de Janeiro de 2012*. Institui a política nacional de mobilidade urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

¹⁵ BRASIL. *Lei 12.587, de 3 de Janeiro de 2012*. Institui a política nacional de mobilidade urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

¹⁶ ESTEVES, Luiz Alberto. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), p. 20. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2015.



não é utilizado por seus motoristas, dada a ausência de identificação e padronização dos veículos¹⁷.

Em sendo assim, à luz da conceituação elaborada pela União, por meio da Lei n. 12.587 de Janeiro de 2012, os serviços de transporte ofertados pelo UBER não se caracterizam transporte público individual, dada a inexistência de acesso público (em vias públicas, seja pela rua ou pontos de táxi).

Importa frisar, ainda, que os arts. 12 e 12-A da Lei nº 12.587/2012 evidenciam que o serviço de táxi se configura em serviço de utilidade pública e não um serviço público propriamente dito, que são institutos diversos.

Celso Antônio Bandeira de Mello corrobora a ideia de que não há serviço público prestado pelos táxis, mas sim serviço de utilidade pública, inserido no âmbito da iniciativa privada:

(...) os serviços prestados pelos táxis – e quanto a isto nada importa que o sejam por autônomos ou por empresas – possuem especial relevo para toda a coletividade, tal como se passa, aliás, com inúmeras outras atividades privadas, devendo por isso ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, como de fato ocorre, mas obviamente isto não significa que sejam categorizáveis como serviços públicos.

(...) Nem a Constituição, nem a Lei Orgânica dos Municípios, nem a lei municipal regente da matéria qualificam os serviços de táxi como serviços públicos. Contudo, a Constituição foi expressa em qualificar como serviço público o serviço municipal de transporte coletivo local de passageiros (art. 30, V), não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a ‘coletivo’. Nisso, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público¹⁸.

152

Os serviços prestados pelos taxistas não preenchem os critérios relevantes para a caracterização do serviço público, quais sejam: o regime jurídico e a natureza da atividade.

Quanto ao regime jurídico, não há prévia licitação, seguida de concessão ou permissão aos taxistas, como impõe a Constituição da República para os serviços públicos (art. 175, CR/88).

Além disso, o título autorizador do exercício da atividade pode ser alienado ou transmitido *causa mortis* (art. 12-A, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.587/2012), circunstância absolutamente inconciliável com os ditames do serviço público.

¹⁷ Relembrando que nem mesmo a cor dos veículos é padronizada no serviço denominado “UberX”, conforme já exposto no primeiro tópico.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo. Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 216-217.

Não bastasse isso, deve ser levado a efeito que o taxista não é obrigado a assegurar a continuidade dos serviços, como ocorre no serviço público.

Verifica-se, portanto, que o transporte individual de passageiros se divide em duas modalidades: a “pública”, configura-se em serviço de utilidade pública, prestada de modo privativo pelos táxis, sujeitando-se a regulação estatal; e, a “privada”, prevista em lei, ainda não regulamentada, contudo, pelo princípio da livre empresa (art. 170, parágrafo único) não impede a sua prestação pelos particulares interessados em fazê-lo.

Como se observa, não há impedimento para o exercício da atividade de transporte privado na modalidade UBER. Aliás, obstar o transporte individual de passageiros privado violaria gravemente os princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, CR/88), e da livre concorrência (art. 170, IV, CR/88).

A livre iniciativa se relaciona com a liberdade profissional, garantida no art. 5º, inciso XIII, da CR/88, envolvendo tanto a liberdade de iniciar uma atividade econômica, como de organizá-la, geri-la e conduzi-la, estando intimamente ligada à valorização do trabalho humano, fundamentos da ordem econômica nacional (art. 170, *caput*, da CR/88).

Relacionado à livre iniciativa, o princípio da liberdade de concorrência, previsto no art. 170, inciso IV, da CR/88, garante a proteção da livre competição entre os agentes econômicos no mercado, em prol do consumidor, da eficiência econômica e de outros objetivos socialmente importantes. Paula Forgioni¹⁹ aduz que a livre concorrência consiste na “garantia da disputa” no campo econômico.

Eros Roberto Grau afirma que:

O princípio da livre concorrência tem uma dupla face. Por um lado, ele *limita* o Estado, que não pode instituir restrições excessivas que impeçam os agentes econômicos de ingressar, atuar e competir livremente no mercado. Por outro, o princípio *impõe* que o Poder Público *atue* sobre o mercado, para proteger a sua higidez, prevenindo e coibindo abusos do poder econômico e práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis etc. É que o princípio não pressupõe, romanticamente, a existência de um mercado atomizado, formado por agentes econômicos de igual poder, competindo em condições equânimes pela preferência do consumidor. Pelo contrário, diante da constatação de que, quando livre de todas as amarras, o poder econômico tende a se concentrar patologicamente em detrimento da concorrência, o princípio impõe a atuação comissiva do Estado, em favor da saúde do próprio mercado²⁰.

¹⁹ FORGIONI, Paula. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formação jurídica do mercado brasileiro. *Revista do Advogado*. n. 117, 2012, p. 167.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 205-210.

Vê-se, pois, que a instituição de reservas e privilégios aos taxistas e embarços à competição viola os interesses dos consumidores e de toda a sociedade.

Outro ponto a ser observado é que, no âmbito do transporte privado individual, impera a autonomia privada do motorista do UBER, que tem o direito de aceitar e firmar o contrato com o consumidor de acordo com sua conveniência.

A prestação de serviços do UBER enquadra-se, perfeitamente, no contrato de transporte de pessoas, previsto no Código Civil Brasileiro, pela qual uma das partes, o transportador, ou condutor, se obriga a deslocar de um lugar para outro, a outra parte (passageiro).

Entretanto, alheios à conceituação dada pela referida norma federal, alguns Municípios elaboraram normas sobre o tema.

Em São Paulo, pela Lei n. 16.279 de 8 de Outubro de 2015, o Município buscou proibir os serviços de transporte de pessoas pelo UBER:

Art. 1º Fica proibido no âmbito da Cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

Art. 2º Para efeitos desta lei, fica também proibida a associação entre empresas administradoras desses aplicativos e estabelecimentos comerciais para o transporte remunerado de passageiros em veículos que não atendam às exigências da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, que estabelece normas para execução do serviço na Cidade de São Paulo²¹.

Antes da referida norma, a citada Lei Municipal n. 7.329, de 1969 não versava sobre o tema, e limitava a estabelecer que o transporte individual de passageiros por veículos alugados e com taxímetro seria executado mediante prévia outorga de Termo de Permissão e Alvará de Estacionamento.

No Rio de Janeiro, o Município buscou vedar o exercício da atividade de transporte de passageiros pelo sistema UBER através da Lei Complementar Municipal n. 159, de 29 de Setembro de 2015:

Art. 22 A atividade de carona solidária organizada por aplicação móvel é livre, entretanto, sujeita a prévio cadastramento e controle das informações, sendo de interesse público local, vedada sua operação, a título oneroso, como atividade

²¹ SÃO PAULO. *Lei 16.279, de 08 de Outubro de 2015*. Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2015/1627/16279/lei-ordinaria-n-16279-2015-dispoe-sobre-a-proibicao-do-uso-de-carros-particulares-cadastrados-em-aplicativos-para-o-transporte-remunerado-individual-de-pessoas-no-municipio-de-sao-paulo-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 30 dez. 2015.

econômica ou profissional, salvo se autorizada pelo Poder Público local e realizada com a observância das seguintes condições:

I – realização de apenas dois deslocamentos em regime de carona solidária, por veículo por dia;

II – possibilidade de compartilhamento de custos, vedada, porém, a cobrança via cartão de crédito ou qualquer meio eletrônico;

III – vedação a cobrança por quilômetro, tempo ou qualquer outra forma que não seja o compartilhamento dos custos de combustível e estacionamento, proporcional ao trajeto e ao número de pessoas incluindo o próprio motorista; e

IV – vedada a realização sem a presença do proprietário do veículo.

Parágrafo único. As empresas fomentadoras desta atividade não poderão cobrar percentuais sobre os valores compartilhados ou realizar cobrança por cada carona intermediada, podendo, entretanto, cobrar mensalidade ou por cadastro²².

A referida norma condicionou o UBER a uma autorização a ser expedida pelo Poder Público, da mesma forma que ocorreu em Belo Horizonte, pela Lei Municipal n. 10.900 de 08 de Janeiro de 2015. Na capital mineira, a norma é direta quanto ao aplicativo, que deve ter seu administrador e operadores credenciados junto à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans.

A referida norma belo-horizontina é regulamentada pelo Decreto Municipal n. 16.195 de 07 de Janeiro de 2016, que determina a necessidade de prévia concessão, permissão, autorização ou licenciamento Municipal das atividades econômicas de transporte remunerado de passageiros:

155

Art. 1º No âmbito do Município de Belo Horizonte, o exercício da atividade econômica de transporte remunerado de passageiros, individual ou coletivo, em veículo particular ou de aluguel, promovido por pessoa física ou jurídica, depende de prévia concessão, permissão, autorização ou licença do órgão público competente, sendo vedado o transporte clandestino ou irregular de passageiros, nos termos da Lei nº 10.309, de 21 de novembro de 2011, e deste Regulamento.

Ainda, o referido Decreto determina que é considerado transporte clandestino aquele que não possuir o aval do Município, determinando que em tal situação haverá autuação e penalização:

Art. 2º - Para os fins deste Decreto considera-se:

I - transporte clandestino: o transporte municipal remunerado de passageiros, individual ou coletivo, em veículo particular ou de aluguel, promovido por pessoa

²² RIO DE JANEIRO. *Lei Complementar n. 159, de 29 de Setembro de 2015*. Regulamenta o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor, a profissão de taxista e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/lei-complementar/2015/15/159/lei-complementar-n-159-2015-regulamenta-o-servico-publico-de-transporte-individual-remunerado-de-passageiros-em-veiculo-automotor-a-profissao-de-taxista-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 30 dez. 2015.

física ou jurídica, que não possua concessão, permissão, autorização ou licença do poder competente;

II - transporte irregular: o transporte municipal remunerado de passageiros, individual ou coletivo, em veículo particular ou de aluguel, promovido por pessoa física ou jurídica, que possua irregular concessão, permissão, autorização ou licença do poder competente;

§ 1º - São considerados transportes regulares remunerados de passageiros, o transporte coletivo, o transporte suplementar, o transporte escolar, o transporte individual por táxi e o transporte fretado, desde que delegado ou autorizado pelo órgão público competente.

§ 2º - O transporte clandestino ou irregular independentemente de sua natureza, será fiscalizado, autuado e penalizado nos termos da Lei nº 10.309/2011.

Como se pode observar pelas normas citadas, a título de exemplo, o referido tema é recente e deverá amadurecer com o tempo. O que se conclui, pautado na estrita e mais precisa ciência jurídica, é que o serviço de transporte particular de pessoas é legal e constitucional, e o atual serviço oferecido no sistema UBER por motoristas autônomos não se constitui um serviço de transporte público, portanto, não caberia a regulamentação Municipal.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

156

No que pese ser recente, o tema por diversas vezes foi levado ao Judiciário. As Leis Municipais e demais atos normativos que restringem a atividade dos motoristas particulares que utilizam o sistema UBER já foram impugnados judicialmente.

No Rio de Janeiro, a Lei Municipal citada no tópico anterior (Lei Complementar n. 159 de 2015, foi impugnada judicialmente em sede de Mandado de Segurança impetrado pela Uber do Brasil Tecnologia Ltda., a sociedade brasileira constituída pela UBER USA LLC., empresa operadora e titular do sistema UBER.

Em primeira instância, foi deferido liminarmente o pedido liminar para permitir a execução dos serviços de transporte de pessoas através do aplicativo na cidade do Rio de Janeiro. O Município recorreu, mas a decisão primária fora confirmada pelo Tribunal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. UTILIZAÇÃO DO APLICATIVO "UBER". CONCESSÃO DE LIMINAR PELO JUÍZO A QUO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DE SÚMULA N. 58 DESTE TJ/RJ. 1- A medida liminar em mandado de segurança individual pode ser concedida inaudita altera pars, nos termos do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/09, quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ficando adiado o contraditório em virtude do perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação. 2- As impetrantes são titulares de aplicativo que é comercializado a vasto público alvo de consumidores, com o objetivo de facilitar e assegurar a interação entre motoristas e clientes. Dessa

forma, a ameaça de conduta da Municipalidade, que coíba a utilização do aplicativo por meio da alegada "perseguição e punição" de motoristas que dele fazem uso, acaba por atingir direito líquido e certo das próprias impetrantes, eis que impede a livre utilização de seu produto econômico. Portanto, não estão as agravadas pleiteando direito alheio, mas atuando contra o que reputam ser ameaça de lesão a direito líquido e certo próprio. 3- A constitucionalidade da Lei Municipal n. 159/2015 ainda não foi objeto de apreciação por decisão com eficácia erga omnes nesta E. Corte, sendo, portanto, admissível, que se questione se, em concreto, o referido diploma legal deve manter a presunção de constitucionalidade de que goza somente em abstrato. Na mesma linha, é questionável a frágil construção conceitual da recorrente, com o objetivo de inferir da legislação federal uma autorização para que a Municipalidade possa perseguir e punir todo aquele que pratica atividade de transporte individual sem ser taxista. 4- Em nenhum momento está em discussão aqui a competência e legitimidade da Municipalidade de regular e fiscalizar a atividade de transporte, zelando pela sua qualidade e segurança. O ponto controverso cinge-se a avaliar se exercer essa prerrogativa abrange a possibilidade de proibir todo um setor dessa atividade econômica, isto é, se é compatível com os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade, que o Município possa, em lugar de fiscalizar a presença dos requisitos para realizar o transporte, impedir que os particulares celebrem contratos de transporte individual, com pessoas que não sejam taxistas, com autorização do Poder Público. 5- A complexidade da questão impõe a adequada instrução probatória, mas em sede de juízo de cognição sumária, não parece admissível autorizar que o Poder Público possa, no curso desse feito, ser autorizado a perseguir e punir titulares e usuários de um aplicativo que até então vinha sendo utilizado livremente. Nesse sentido, considerando que a decisão atacada não é teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos, deve ser mantida em sua integralidade, conforme o verbete sumular nº 58 desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

157

Em outras oportunidades, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a legalidade do UBER, reafirmando a segurança liminarmente deferida em Mandados de Segurança individuais:

Ementa: AGRAVO INOMINADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DA RECORRIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. MOTORISTA PROFISSIONAL. APLICATIVO UBER. TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. LIMINAR. ART. 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIVRE INICIATIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. DECISÃO QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO QUE REPRODUZ OS ARGUMENTOS DAS RAZÕES RECURSAIS, CONTRÁRIOS AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTES TRIBUNAL. INCONFORMISMO DA PARTE, QUE PERQUIRE APENAS A APRECIÇÃO DO RECURSO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. RECURSO DESPROVIDO. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. ACÓRDÃO 0048007-96.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Data de julgamento: 09/03/2016. Data de publicação: 14/03/2016.

Ementa: Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança. Administrativo e Constitucional. Insurgência da Edilidade contra Decisão de concessão liminar da Ordem para que a Autoridade Coatora se abstenha de reprimir o exercício da atividade profissional do impetrante. Transporte privado de passageiros com o auxílio do aplicativo UBER. Questões da órbita social, envolvendo inovações

tecnológicas atuais. Óbice posto pelo impetrado que se mostra injustificado. Serviço de transporte individual privado de passageiros que, antes de impedir ou de dificultar o serviço público individual, o complementa, em proveito dos usuários e da municipalidade, que tem à disposição mais uma opção de transporte de qualidade no caótico trânsito do Município. Atos imputados ao agravado que não podem ser potencializados a ponto de impedir que prossiga desenvolvendo sua atividade profissional. Permissivo constitucional para o exercício da atividade. Artigo 5º, inciso XIII. Livre e salutar concorrência. Artigo 170, inciso IV, da Carta Magna. Discussões periféricas acerca da legalidade da atividade profissional exercida pelo recorrido que não afasta seu direito subjetivo de trabalhar. Decisão a quo que, em juízo de prelibação, deferiu a liminar, que não ostenta natureza teratológica. Súmula nº 59 desta Corte. Desprovisamento ao Agravo de Instrumento. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. ACÓRDÃO 0056440-89.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
Data de julgamento: 16/02/2016. Data de publicação: 07/03/2016.

As decisões possuem forte lastro em normas constitucionais, em especial no art. 170, IV, da Constituição Federal, que prescreve a livre iniciativa como um princípio da ordem econômica. A livre iniciativa se sobrepõe as vedações ao UBER impostas pela legislação municipal carioca.

Em São Paulo, em um primeiro momento se verificam arestos reconhecendo que o tema exige um debate profundo:

158

Ação civil pública - Pedido de antecipação de tutela, para que as rés suspendam o funcionamento do aplicativo Uber - Ausência dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil - Agravo não provido, com observação. (Relator(a): Silvia Rocha; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/07/2015; Data de registro: 15/07/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de rito ordinário. Tutela antecipada indeferida. Ilegalidade da atividade disponibilizada pelo aplicativo UBER que deve ser analisada no curso do processamento da ação. Alegação de lesões à atividade econômica e aos direitos dos consumidores que precisam ser melhor demonstradas. Controvérsia que exige um debate aprofundado. Necessidade de se aguardar a resposta do Município. Prevalência do princípio do contraditório. Risco de Dano Reverso. Decisão mantida. Recurso não provido. (Relator(a): Paulo Galizia; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 02/12/2015).

Em ambos os arestos, os pedidos de suspensão liminar do UBER foram negados sob a justificativa de que o tema demanda maior dilação probatória e debate. Ambos os julgados demonstram que não há, em uma análise primária e superficial, ilegalidade nos serviços de transporte oferecidos na plataforma UBER.

Posteriormente, verificou-se a ocorrência de decisões favoráveis e desfavoráveis ao pleito dos motoristas que utilizam a plataforma UBER:

AGRAVO INTERNO. Recurso interposto com o objetivo de reformar decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Inadmissibilidade. RECURSO NÃO CONHECIDO.

PETIÇÃO JUNTADA PELO AGRAVANTE. Ausência de fato superveniente. Desnecessidade de abertura de prazo para contraminuta. Impossibilidade de rediscutir os argumentos já narrados no agravo de instrumento e no agravo regimental exaustivamente. PETIÇÃO NÃO CONHECIDA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE MOTORISTA DA UBER. Liminar indeferida pelo MM. Juízo a quo. Não constatação, nessa estreita seara recursal, de direito líquido e certo, requisitos essenciais para a concessão do mandado de segurança. Art. 1º, caput, da Lei nº 12.016/2009 e art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Impossibilidade de se conceder proteção jurídica preventiva. Inadmissibilidade de se deferir ao impetrante uma imunização generalizada em face do poder de polícia administrativa. Incerteza conceitual e normativa que não permite ao Poder Judiciário interditar a fiscalização administrativa. Jurisprudência deste E. TJSP. RECURSO DESPROVIDO.

(Relator(a): Antonio Celso Faria; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de registro: 05/05/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. Tutela provisional. Uber. Pretensão do Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo à limitação, em caráter liminar, do universo de prestadores cadastrados na empresa a taxistas autorizados. Inadmissibilidade. Controvérsia a respeito da natureza dos serviços prestados que há de ser dirimida após regular contraditório, por constituir questão de alta indagação. Não verificada flagrante ilegalidade ou teratologia na decisão agravada, uma vez reduzida aos limites do pedido. 2. Citação e comparecimento espontâneo. Peticionamento por advogado despido de poderes para recepção de citação. Não caracterização. Precedentes. 3. Recurso não provido. (Relator(a): Coimbra Schmidt; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/05/2016; Data de registro: 02/05/2016)

159

Salienta-se que a decisão desfavorável ao UBER não se baseou em hipotética ilegalidade de tal serviço, mas tão somente na inexistência de direito líquido e certo do motorista em exercer tal atividade. O não reconhecimento de um direito não implica em declarar uma situação ilegal. A ausência de ilegalidade é reforçada pelo segundo aresto colacionado, que nega a pretensão do Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo em limitar os serviços via plataforma UBER.

Em Belo Horizonte, na 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, foi impetrado o Mandado de Segurança n. 5017262-07.2016.8.13.0024, contra um eventual ato coator emanado pelas autoridades de trânsito daquela cidade com fulcro na Lei Municipal n. 10.900/2016 e no Decreto Municipal n. 16.195/2016.

Em decisão liminar, o julgador declarou que a natureza dos serviços oferecidos na plataforma UBER é privada, não se tratando de transporte público; que se trata do contrato de transporte previsto no art. 730 do Código Civil, celebrado entre particulares; e que o referido

serviço não se sujeita ao licenciamento Municipal por não se tratar de transporte público, conforme trecho aqui transcrito:

Trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido liminar impetrado por MARCUS VINICIUS REZENDE SILVA em face do CHEFE DA GUARDA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, DIRETOR-PRESIDENTE DA EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE BELO HORIZONTE S.A. [BHTRANS], COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS e do DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE MINAS GERAIS [DER/MG].

Intimado para regularizar sua representação processual, o impetrante acostou substabelecimento (id 5924656).

É o relatório, em síntese. DECIDO.

Nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei no 12.016/2009, só se autoriza a concessão liminar em mandado de segurança quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, se deferida ao final.

In casu, segundo alega o impetrante, em face do que dispõem a Lei n. 10.900/2016 e o Decreto n. 16.195/2016, ambos do Município de Belo Horizonte, e o art. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, teme ser impedido de exercer livremente sua atividade laboral, estando sujeito a “drásticas sanções” por parte das autoridades de trânsito descritas na inicial.

No presente caso, discute-se a possibilidade de intervenção estatal nos contratos de transporte privado realizados através do aplicativo UBER, ante a crescente fiscalização exercida pelas autoridades de trânsito que culminam em autuações pela prática de “transporte irregular de passageiros”.

Primeiramente, deve-se destacar que a legislação invocada pelo impetrante abarca, tão somente, os serviços de transporte público sujeitos à regulamentação do respectivo órgão concedente, como é o caso dos serviços de táxi urbano, o qual se difere dos serviços prestados pelo impetrante.

Não obstante isso, considerando que o presente mandamus é preventivo, reputo justa a pretensão do impetrante que se vê ameaçado de sofrer lesão ao direito de exercer, livremente, sua atividade econômica.

Neste sentido, impõe-se esclarecer que o transporte ofertado pelo impetrante, intermediado pelo aplicativo UBER, é oferecido de forma privada, ou seja, um particular contrata, com outro particular, um serviço de transporte através do mencionado aplicativo.

Tal modalidade de contrato encontra-se expressamente prevista no Código Civil Brasileiro, conforme dispõe o artigo 730 daquele codex, in verbis: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Da mesma forma, a Lei Federal n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, reconhece a existência de diversos modos de transporte urbano, distinguindo-os, quanto à natureza do serviço, entre público e privado (art. 3º, §2º, III).

A referida legislação federal assim define o denominado “transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares” (art. 4º, X).

Evidente, portanto, que o contrato viabilizado através do aplicativo UBER tem natureza privada, motivo pelo qual não se sujeita ao credenciamento que a lei do Município de Belo Horizonte n. 10.900/2016 passará a exigir a partir de sua regulamentação.

Da mesma forma, o impetrante também não está sujeito às disposições do Decreto Municipal n. 16.195/2016, já que a concessão, permissão, autorização ou licença para exercício da atividade econômica de transporte remunerado de passageiros,

prevista em seu art. 1º, destina-se, exclusivamente, aos serviços de transporte público.(...).

Em outra oportunidade, em decisão interlocutória proferida no Mandado de Segurança Coletivo n. 5014923-75.2016.8.13.0024, impetrado pela Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicações de Minas Gerais (SUCESU-MG) em face de atos coatores das autoridades belo-horizontinas, o Judiciário mineiro, através do juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, novamente se manifestou no mesmo sentido (de que o serviço de transporte ofertado pelo UBER tem natureza privada), e, ainda, baseando-se na livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da Constituição:

Trata-se de “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO C/C COM PEDIDO LIMINAR” (sic) impetrado pela SOCIEDADE DOS USUÁRIOS DE INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES DE MINAS GERAIS – SUCESU - MG em face do COMANDANTE DA GUARDA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, do DIRETOR DA EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE BELO HORIZONTE S.A. - BHTRANS, do COMANDANTE DO BATALHÃO DE POLÍCIA DE TRÂNSITO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS e do DIRETOR GERAL DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE MINAS GERAIS – DETRAN, com pedido de liminar para determinar que as autoridades impetradas “se abstenham de praticar atos que coíbam o uso de aplicativos baseados em dispositivos de tecnologia móvel ou quaisquer outros sistemas georreferenciados destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual de passageiros no Município”.

Passo a decidir a liminar.

Os fundamentos aduzidos na inicial são relevantes ao ponto de autorizar a concessão liminar da segurança, uma vez que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos da República, à luz do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, devendo também ser sobrelevada, de plano, a diferença entre prestação de transporte público e contrato particular de transporte, espécie em que se enquadra o denominado UBER.

Preconiza o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil que:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (sublinhei).

No mesmo sentido é o inciso XIII do artigo 5º do mesmo texto constitucional:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

O artigo 730 do Código Civil Brasileiro, por sua vez, reza que:

“Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Como se vê, o serviço de transporte de pessoas oferecido através de aplicativo de dispositivo móvel (aparelhos celulares, tablets etc), como por exemplo, o UBER, insere-se na modalidade de contrato particular de transporte, não se confundindo com o serviço público de transporte prestado por taxistas, mediante permissão do poder público.

Ademais, a sentença que eventualmente reputar qualquer ato prejudicial a Sociedade autora, no particular, como, de fato, arbitrário ou ilegal, restará ineficaz.

Em outras palavras, significa dizer que, além da relevância dos fundamentos, encontra-se presente também o periculum in mora que se faz necessário para a concessão da liminar em seara de mandado de segurança, considerando sobretudo a ineficácia de decisão posterior.

Isto posto, concedo liminarmente a ordem para determinar que as autoridades impetradas e seus subordinados se abstenham de praticar atos que coíbam o uso de aplicativos baseados em dispositivos de tecnologia móvel ou quaisquer outros sistemas georreferenciados destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual de passageiros neste Município.

Notifiquem-se as autoridades apontadas como coatoras, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/09. Dê-se ciência ao Advogado Geral do Estado e ao Procurador Geral do Município, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016, bem como ao Ministério Público, nos termos do artigo 12 da mesma lei.

Também em Belo Horizonte, pelo Juízo da 1ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, verifica-se sentença desfavorável ao UBER, com o trecho aqui transcrito:

162

(...) Na hipótese dos autos, embora o impetrante tenha demonstrado que exerce atividade profissional usando o aplicativo UBER, não é possível aferir o necessário direito líquido e certo para os fins pretendidos no presente mandamus.

Afirmou o requerente que a demanda foi impetrada "contra a Lei 10.900/2016", de 08/01/2016, sancionada pelo Prefeito de Belo Horizonte.

Verifica-se que a referida lei diz respeito ao "credenciamento de pessoas jurídicas que operam e/ou administram aplicativos destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte; sobre dispositivos de segurança e controle da atividade; sobre penalidades e dá outras providências".

A toda evidência, não se vislumbra direito líquido e certo com base nas alegações do impetrante, mera pessoa física.

Portanto, impõe-se reconhecer que não é caso de mandado de segurança, com aplicação do art. 10 da Lei 12.016/09, que traz em seu bojo uma situação de indeferimento liminar da pretensão pelo motivo acima e pela ausência de requisitos legal.

Diante do exposto, verificando de plano a inexistência de direito líquido e certo amparado por mandado de segurança, com fundamento no art. 10 da Lei nº 12.016/09, c/c o art. 295, V, do CPC, INDEFIRO A INICIAL do presente mandamus, determinando o arquivamento dos autos, com baixa.

Verifica-se, que assim como no julgado de São Paulo, o indeferimento não se deu por ilegalidade dos serviços de transporte prestados pelo aplicativo UBER, mas apenas por não se vislumbrar o direito líquido e certo. No caso de Belo Horizonte, ainda, conforme já citado no

tópico anterior, destaca-se que a Lei Municipal determina a necessidade do credenciamento das empresas, razão pela qual não se verificou o direito líquido e certo do motorista.

Por fim, ressalta-se que todas essas decisões proferidas em Belo Horizonte certamente serão reanalisadas, em sede de recurso, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

CONCLUSÃO

A introdução dos serviços prestados por aplicativos como Uber têm promovido uma espécie de reforma cultural. Por anos, quedou-se imprescindível a aquisição de um carro próprio para se obter conforto e comodidade no transporte pelas grandes cidades.

No entanto, com o advento do modelo da economia compartilhada (*sharing economy*), emergem novos modelos bem sucedidos, principalmente, por serem de boa qualidade, preço moderado e de patente segurança.

Nesse contexto, surgiu o sistema UBER, o qual permite que pessoas contratem motoristas particulares, por meio de um aplicativo. A referida ferramenta inovou os transportes das grandes metrópoles e passou a ser utilizada em larga escala. Para se ter ideia da expansão dos serviços UBER no mundo, Tatiana Nascimento²³ aduz que, atualmente, a cidade de Nova York possui mais carros na plataforma UBER do que taxis (15 mil carros UBER contra 13,5 mil taxis).

Todavia, o sucesso do aplicativo começou a causar transtornos para aqueles que atuam com o serviço de utilidade pública de transporte individual - os taxistas, que passaram apontar a ilegalidade da ferramenta.

O presente estudo diferenciou os serviços prestados pelos taxistas e pelo UBER, demonstrou a possibilidade de existência concomitante das duas vertentes.

Restou demonstrado por meio deste estudo que o transporte individual de passageiros se divide em duas modalidades: a “pública”, um serviço de utilidade pública, prestada de modo privativo pelos táxis, sujeitando-se a regulação estatal; e, a “privada”, autorizada pelos princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, CR/88), e da livre concorrência (art. 170, IV, CR/88).

²³ NASCIMENTO, Tatiana. Entenda a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo UBER. *Fantástico*. Rede Globo de Televisão. Exibido em 26 de Julho de 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

Fazendo uma análise jurídica da questão dos serviços oferecidos no UBER, constata-se que a prestação de serviços do UBER enquadra-se, perfeitamente, no contrato de transporte de pessoas, previsto no Código Civil Brasileiro, pela qual uma das partes, o transportador, ou condutor, se obriga a deslocar de um lugar para outro, a outra parte (passageiro).

O contrato de transporte de pessoas mostra-se lícito, sobretudo, porque se trata de um negócio firmado entre particulares, no qual impera a autonomia privada do motorista do UBER, que tem o direito de aceitar e firmar o contrato com o consumidor de acordo com sua conveniência.

Conclui-se, pois, que a instituição de reservas e privilégios desejados pelos taxistas viola, de forma latente, os interesses dos consumidores e de toda a sociedade.

O tema é recente e carece de amadurecimento normativo e jurisprudencial. Alguns Municípios passaram a regulamentar o serviço (restringindo-o ou vedando-o), mas as referidas normas sequer foram regulamentadas. A jurisprudência aponta pela legalidade do assunto, e as decisões desfavoráveis não reconhecem ou declaração a ilicitude dos serviços, apenas se limitam a declarar a ausência de direito líquido e certo do motorista para exercer tal atividade.

Por fim, em uma análise pela ciência jurídica e pelas normas envolvidas, pode-se afirmar desde já que os serviços de transporte privado de pessoas, disponibilizados pelo aplicativo UBER, são lícitos, legais e não se configuram como um serviço público de transporte de pessoas, que seria de competência municipal.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELO HORIZONTE. *Lei 10.900, de 08 de Janeiro de 2016*. Dispõe sobre o credenciamento de pessoas jurídicas que operam e/ou administram aplicativos destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte; sobre dispositivos de segurança e controle da atividade; sobre penalidades e dá outras providências.. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1156232>> Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. *Decreto 16.195, de 07 de Janeiro de 2016*. Regulamenta a Lei n. 10.900, de 08 de Janeiro de 2016. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1156151>> Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. *Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. *Lei 12.468, de 26 de Janeiro de 2011*. Regulamenta a Profissão de taxista e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. *Lei 12.587, de 3 de Janeiro de 2012*. Institui a política nacional de mobilidade urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

CARDOSO, Ana Luíza. UBER, o aplicativo que enfurece os motoristas: o serviço para chamar motoristas particulares no mundo chega ao Brasil. *Revista Época*. Editora Globo. Publicado em 22 de Julho de 2014. Disponível em <<http://epoca.globo.com/vida/vida-util/tecnologia/noticia/2014/07/buber-o-aplicativob-que-enfurece-os-taxistas.htmlac>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

CORRÊA, Alessandra. UBER: Conheça as polêmicas globais e onde já foi regulamentado. *BBC Brasil*. Publicado em 12 de Agosto de 2015. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_uber_regulamentacao_pai_ac>. Acesso em: 30 dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTEVES, Luiz Alberto. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

FORGIONI, Paula. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formatação jurídica do mercado brasileiro. *Revista do Advogado*. n. 117, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiro, 2011.

MINAS GERAIS. 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte do Tribunal de Justiça. *Sentença no Processo n. 5009081-17.2016.8.13.0024*. Impetrante Gustavo Machado Pires, impetrado Diretor-Presidente da BHTRANS. Juiz Luis Maurício Leitão Linhares . Julgado e publicado em 29 de Janeiro de 2016. Disponível em <<http://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=01e6a9a6910d1c941ca8fa8cc3f9593e97a3daa149729227f1a1b08bef506a2f1973dc99bf446d2c4227e94995eb5adbcd583e32930579a>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte do Tribunal de Justiça. *Decisão Interlocutória no Processo n. 5014923-75.2016.8.13.0024*. Impetrante SUCESU-MG Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicações de Minas Gerais, impetrado Diretor-Presidente da BHTRANS e outros. Juiz Michel Curi e Silva . Julgado e publicado em 10 de Março de 2016. Disponível em <<http://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=2a686b2259eaf2481ca8fa8cc3f9593e97a3daa149729227f1a1b08bef506a2f1973dc99bf446d2c4227e94995eb5adbcd583e32930579a>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte do Tribunal de Justiça. *Decisão Interlocutória no Processo n. 5017262-07.2016.8.13.0024*. Impetrante Marcus Vinicius Rezende Silva, impetrado Diretor-Presidente da BHTRANS e outros. Juiz Luis Fernando de Oliveira Benfatti . Julgado e publicado em 15 de Fevereiro de 2016. Disponível em <<http://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLo>

ginHTML.seam?ca=de3be57926aa5f2c56e1a4e8df6dd5bfb869cb2943453de8e3dabf323fd9db3bb02df0a4d06f5129e92292d577264de8a3b5e1a198807876>. Acesso em: 10 maio 2016.

NASCIMENTO, Tatiana. Entenda a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo UBER. *Fantástico*. Rede Globo de Televisão. Exibido em 26 de Julho de 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

RIO DE JANEIRO. *Lei Complementar n. 159, de 29 de Setembro de 2015*. Regulamenta o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor, a profissão de taxista e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/lei-complementar/2015/15/159/lei-complementar-n-159-2015-regulamenta-o-servico-publico-de-transporte-individual-remunerado-de-passageiros-em-veiculo-automotor-a-profissao-de-taxista-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0061837-32.2015.8.19.0000*. Agravante Município do Rio de Janeiro, agravo Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Desembargadora Relatora Marcia Ferreira Alvarenga. Julgado em 09 de Dezembro de 2015, publicado em 10 de Dezembro de 2015. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C1B13D9428471E59CC6373CE8B1D39E0C5043F641A55&USER>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

167

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0048007-96.2015.8.19.0000*. Agravante Município do Rio de Janeiro, agravado Meire Ferreira Teixeira. Desembargador Relator Elton Martinez Carvalho Leme. Julgado em 09 de Março de 2016, publicado em 14 de Março de 2016. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004261DD6E53F7476D3FA72948FD5C452E1C504575B293C>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0056440-89.2015.8.19.0000*. Desembargador Relator Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes. Julgado em 16 de Fevereiro de 2016, publicado em 07 de Março de 2016. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004261DD6E53F7476D3FA72948FD5C452E1C504575B293C>>. Acesso em 10-Mai-2016.

SÃO PAULO. *Lei 7.329, de 11 de Julho de 1969*. Estabelece normas para a execução de serviço de transporte individual de passageiros em veículo de aluguel taxímetro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/transportes/institucional/index.php?p=6997>> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. *Lei 16.279, de 08 de Outubro de 2015*. Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2015/1627/16279/lei-ordinaria-n-16279-2015-dispoe-sobre-a-proibicao-do-uso-de-carros-particulares-cadastrados-em-aplicativos-para-o-transporte-remunerado-individual-de-pessoas-no-municipio-de-sao-paulo-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0061837-32.2015.8.19.0000*. Agravante Sindicato dos Taxistas Autônomos de Guarulhos, agravado Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Desembargadora Relatora Paula Galizia. Julgado em 30 de Novembro de 2015, publicado em 02 de Dezembro de 2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9040486&cdForo=0&v1Captcha=yhmyv>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 2060523-85.2016.8.26.0000*. Agravante Benedito Edson do Nascimento, agravado Presidente da Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S/A. e outros. Desembargador Relator Antônio Celso Faria. Julgado em 04 de Maio de 2016 e publicado em 05 de Maio de 2016. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9410451&cdForo=0&v1Captcha=zkkxr>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 2128660-56.2015.8.26.0000*. Agravante Sindicato das Empresas de Táxi e Locação de Táxi do Estado de São Paulo e outros, agravado Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Desembargadora Relatora Silvia Rocha. Julgado e publicado em 15 de Julho de 2015. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8623637&cdForo=0>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 2199770-18.2015.8.26.0000*. Agravante Sindicato das Empresas de Táxi e Locação de Táxi do Estado de São Paulo e outros, agravado Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Desembargador Relator Coimbra Schmidt. Julgado e publicado em 02 de Maio de 2016. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9395426&cdForo=0>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Submissão: 29/01/2016
Aceito para Publicação: 31/05/2016



A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NOS PAÍSES EMERGENTES: DESENVOLVIMENTO NACIONAL À LUZ DA ORDEM ECONOMICA CONSTITUCIONAL

THE PERFORMANCE OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN EMERGING COUNTRIES: NATIONAL DEVELOPMENT CONSIDERING THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER

Luis Alexandre Carta Winter*

Rafael Carmezim Nassif**

RESUMO: As Empresas Transnacionais são entidades mercantis que apresentam como principal designio a expansão de suas atividades além das fronteiras dos países em que estão sediadas. Tais entidades destinam grande parte de seus investimentos nos países emergentes, porquanto, considerando os substanciais índices de crescimento nessas localidades, enxergam um mercado ainda não explorado bastante rentável. Ocorre, contudo, que as Transnacionais se apropriam dos recursos naturais e demais benesses concedidas por esses países, transferindo a riqueza obtida para outros locais. Não é incomum, também, que estes países, objetivando a entrada de capital estrangeiro em seus territórios, acabem se sujeitando às exigências das entidades Transnacionais, o que pode limitar o desenvolvimento do Estado na medida em que as empresas ditam as regras visando o crescimento puramente econômico, implicando em prejuízos sociais, ambientais e culturais. Embora esses problemas tenham sido reconhecidos pela comunidade internacional, a implementação de uma norma de observância obrigatória não fora possível, uma vez que inexistia semelhança de interesses entre as nações industrializadas e as emergentes. Logo, cabe ao próprio Estado, lastreado por sua soberania, exigir a prática de atividades empresariais que respeitem suas instituições normativas e culturais. No Estado brasileiro não é diferente, já que o governo conta com um ordenamento constitucional econômico bastante abrangente, o que possibilita a exigência de práticas empresariais razoáveis e condizentes aos seus preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas Transnacionais. Países Emergentes. Ordem Econômica Constitucional. Desenvolvimento.

ABSTRACT: Transnational Corporations are market entities that have as their main purpose the expansion of their activities beyond the borders of countries where they have headquarters. Such entities aimed much of their investments in emerging countries, because, taking in consideration the substantial growth indices in these locations, they are quite profitable markets not yet explored. However the Transnational Corporations take ownership of natural resources and other handouts granted by those countries, transferring the wealth obtained elsewhere. It is not uncommon, too, that these countries, willing to obtain foreign investment in their territories, end up being subjected to the requirements of Transnational entities, which may limit their development, since that companies dictate rules to achieve purely economic growth goals, despite social, environmental and cultural damages. Although these problems have been recognized by the international community, the implementation of a rule of mandatory compliance was not possible since there are different interests and no agreement between the industrialized and the emerging nations. So it is up to the State itself, backed by its sovereignty, to require the performance of business activities to meet the determinations of its regulatory and cultural institutions. In the Brazilian state it is not different, as the legal system comprises a fairly comprehensive constitutional economic order, which enable demands of reasonable business practices, consistent with constitutional provisions.

KEYWORDS: Transnational Corporations. Emerging Countries. Constitutional Economic Order. Development.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Empresas Transnacionais. 2. Os Impactos das Empresas Transnacionais nos Países Emergentes. 3. Intervenção

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor dos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Coordenador do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito Internacional de Curitiba (FACINTER). Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Integração e Conflito de Leis no MERCOSUL, desenvolvido na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

** Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela EMATRA 9ª Região. Professor de Direito do Trabalho na Faculdade Dom Bosco. Integrante do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos Avançados em Direito Econômico e Socioambiental do Trabalho (NEATES), desenvolvido na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

em Escala Global – Código de Conduta. 4. A Atuação das Empresas Transnacionais no Estado Brasileiro – por um desenvolvimento a partir da ordem econômica constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é verificar o impacto das atividades perpetradas pelas Empresas Transnacionais nos países em que atuam. Para tanto, faz-se imperioso definir as características que norteiam tais entidades, aventando, inclusive, sua correta definição.

Posteriormente, verificar-se-á quais são os atrativos oferecidos por alguns Estados para que as Transnacionais se instalem em seus territórios, bem como os efeitos decorrentes da atuação dessas empresas nos países emergentes. Nesse momento serão abordados os reflexos sociais, culturais e econômicos, cotejando-os com a efetiva noção de desenvolvimento.

Ainda, à vista dos reiterados prejuízos provenientes desse segmento do mercado globalizado, os quais foram reconhecidos pela comunidade internacional, ficará demonstrada a tentativa frustrada da ONU em estabelecer regramento de observância obrigatória a nível global.

Ao final, com base na ordem econômica constitucional brasileira, será avaliada a postura a ser adotada pelo Estado frente às atividades exploradas pelas Empresas Transnacionais, e a utilização de possíveis instrumentos com o propósito de lograr efetivo desenvolvimento a partir da atuação de tais entidades.

1 EMPRESAS TRANSNACIONAIS

As Empresas Transnacionais são entidades mercantis que apresentam como principal desígnio a expansão de suas atividades além das fronteiras dos países em que estão sediadas. Evidentemente que o fenômeno da globalização impulsionou a prática de tais empresas, sobretudo em razão da facilidade engendrada pelos avanços tecnológicos.

Sobreleva-se destacar, *a priori*, a divergência doutrinária que paira sobre a correta nomenclatura a ser utilizada, já que há uma expressiva corrente que define tais entidades como Empresas Multinacionais. Esta terminologia fora utilizada, primeiramente, por David E. Lilienthal, em 1960, ganhando fama mundial com a publicação da Revista *Week* sobre as empresas sem pátria que adotavam o planeta Terra como seu mercado (KUCINSKI, p. 4).

Há quem diga, contudo, que o objetivo das Multinacionais era de explorar mercados externos sem identificar a sua origem, porquanto tornaria mais fácil exercer as suas atividades ao largo das leis do país em que estavam se instalando (CARVALHO FILHO, 2011, p. 91).

Celso Albuquerque Mello, lastreado na conotação concedida pela própria Organização das Nações Unidas, conceitua as Empresas Transnacionais como:

empresas que atuam além e através das fronteiras estatais. É mais correto, porque o qualificativo “multinacional” podia conduzir a equívoco se fosse interpretado ao pé da letra, vez que estas empresas não têm muitas nacionalidades. Assim, a matriz é norte-americana, a subsidiária no Brasil é brasileira, a subsidiária na Argentina é argentina (...). (MELLO, 1993, p. 105)

Nesta toada, vale destacar o conceito de Empresas Transnacionais dado pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento em 2010:

(...) a Empresa Transnacional (ETN) é geralmente considerada como uma empresa que compreende as entidades em mais de um país que operam sob um sistema de tomada de decisão que permite políticas coerentes e de uma estratégia comum. As entidades são tão ligadas, por posse ou não, que uma ou mais delas podem ser capazes de exercer uma influência significativa sobre os outros e, em particular, partilhar conhecimentos, recursos e responsabilidades com os outros. (UNCTAD Apud CARVALHO FILHO, 2011, p. 91)

Em que pese as várias definições destacadas, inexistente, na atualidade, o reconhecimento jurídico-legislativo das Empresas Transnacionais, sendo a sua principal característica, portanto, o exercício de uma estratégia global a partir de um controle central unificado (BAPTISTA, 1987, p. 17).

À vista da característica tecnológica que paira sobre as Empresas Transnacionais, estas, em sua grande maioria, apresentam sedes em países ricos e desenvolvidos, os quais ostentam considerável acúmulo de capital, direcionando-os aos mais variados Estados, inclusive aos subdesenvolvidos e aos emergentes.

Por óbvio que a atuação das Empresas Transnacionais logra o avanço industrial nos países menos desenvolvidos, o que implica, conseqüentemente, em progressos econômicos-sociais decorrentes da geração de tributos e de empregos.

Ocorre, contudo, que nem sempre os impactos oriundos da atuação das Empresas Transnacionais são positivos, mesmo porque, o objetivo primordial ao se assentarem em localidades distintas é apenas e tão somente explorar novos mercados com intento de obter lucro. Em verdade, é nessa linha de obtenção máxima de proveito econômico que as

Empresas Transnacionais escolhem seus destinos, ponderando os atrativos de isenções fiscais propiciados pelos países interessados.

Não é incomum, também, que estes países, objetivando a entrada de capital estrangeiro em seus territórios, acabem se sujeitando às exigências das entidades Transnacionais, o que pode limitar o desenvolvimento do Estado na medida em que as empresas ditam as regras visando apenas o seu crescimento puramente econômico.

Portanto, faz-se imperioso analisar os impactos decorrentes da atuação das Empresas Transnacionais além de suas fronteiras.

2 OS IMPACTOS DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NOS PAÍSES EMERGENTES

Impende destacar que as Empresas Transnacionais destinam grande parte de seus investimentos aos países emergentes, porquanto, considerando os substanciais índices de crescimento nessas localidades, tem-se uma conseqüente ascensão das classes inferiores que as possibilita o acesso mais amplo aos produtos de consumo, conformando, portanto, um mercado bastante rentável.

Há, todavia, uma vasta gama de doutrinadores¹ que se opõem a prática das Empresas Transnacionais nos países emergentes, argumentando, dentre os vários fundamentos, que tais entidades se apropriam dos recursos naturais e demais benesses concedidas por esses países e transferem a riqueza obtida para as verdadeiras pátrias das empresas.

Carvalho Filho afirma que nos países em desenvolvimento há um extenso rol de atrativos para instalação das Empresas Transnacionais:

Baixos níveis salariais pagos aos trabalhadores, escassez de legislação trabalhista e fiscal, segurança e garantia de mercados – ainda sem concorrência –, listam um menu de possibilidades para que as empresas avistem, nos mercados periféricos, a formação de plataformas de exportação. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 93.)

Denota-se que os motivos elencados se referem apenas aos benefícios de caráter puramente econômico, os quais, no entanto, não se prestam a consubstanciar o efetivo desenvolvimento dos países emergentes.

¹ Sigmunt Bauman, Henrique Dussel, Anthony Giddens, Vivane Forrester, entre outros doutrinadores citados em: BOZZA, 2012, p. 98.

Neste aspecto, é prudente definir o verdadeiro significado da nomenclatura desenvolvimento, já que costumeiramente é utilizada para legitimar explorações econômicas completamente insustentáveis. Diferentemente do que se acredita, o produto interno bruto (PIB) não se apresenta como instrumento eficaz para avaliar o desenvolvimento de um país, pelo contrário, ele ignora dados bastante importantes, como por exemplo, a deterioração do meio ambiente resultante da atividade econômica necessária para obter tal produto, ou ainda, a desigualdade social gerada pelo crescimento econômico desenfreado (RISTER, 2007, p. 2).

Segundo Carla Rister, o processo de desenvolvimento acarreta num verdadeiro salto social, alternado substancialmente a sua estrutura, acompanhada da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário (*Ibidem*).

Em verdade, dados empíricos demonstram veementemente que os países que apresentam melhores estruturas políticas econômicas são os que atingem renda *per capita* mais alta, o que pode exprimir, para as mais diversas interpretações, num determinado grau de desenvolvimento (*Idem*, p. 06).

Logo, vislumbra-se que só se tem o efetivo desenvolvimento de um país nas hipóteses em que o progresso econômico estiver diretamente associado aos ganhos sociais e a preservação do meio ambiente, caso contrário a nação estará fadada a arcar com os prejuízos decorrentes das externalidades negativas decorrentes de um crescimento meramente econômico.²

De todo modo, o fenômeno da globalização econômica traz, não obstante os inúmeros benefícios, alguns problemas de cunho social, como é o caso da mobilidade do capital, caracterizado pelo fato deste estar desvinculado de uma localidade, o que possibilita o seu deslocamento para os lugares onde as vantagens econômicas forem mais viáveis aos investidores (BOZZA, 2012, p. 99).

Com efeito, à vista da facilidade de as Empresas Transnacionais transferirem um grande volume de capital de uma localidade à outra, não paira dúvida acerca dos prejuízos econômicos e sociais de uma comunidade gerada por uma repentina transferência da entidade. Assim, o fenômeno da mobilidade do capital cria um sentimento de insegurança e de instabilidade nas economias locais, sobretudo naqueles países ainda em desenvolvimento.

² O modelo de desenvolvimento pautado em dimensões ilimitadas do crescimento econômico, ignorando preceitos sociais e ambientais, traz gravames à ideologia do progresso, repercutindo numa verdadeira crise generalizada. Ver: FERREIRA, 2010.

Diferentemente do capital, que além de sua mobilidade apresenta uma incrível capacidade de organizar meios de produção entre fornecedores e compradores em nível global, a força de trabalho se encontra adstrita a determinada localidade.

Portanto, é possível perceber um impacto extremamente negativo com relação ao mercado de trabalho, já que o método pelo qual se operam as Empresas Transnacionais faz por implementar suas próprias condições em detrimento as instituições formais locais, as quais foram conquistadas por determinados povos, muitas vezes, à duras penas.

Nesse sentido, Costa aponta os efeitos da atuação das empresas globalizadas em mercados locais:

(...) verifica-se uma grande mudança no sistema de relações de trabalho no padrão de produção capitalista atual. Se no padrão anterior era possível observar uma certa rigidez no relacionamento entre trabalhadores e empregados, no padrão atual, essa rigidez é substituída pelo que se pode denominar de uma flexibilidade externa. As empresas em rede não mais estão presas a um padrão de relações de trabalho. Uma vez que a produção pode ser orientada em todo o globo, aos marcos regulatórios macro, meso e micro são acrescidos um novo âmbito no relacionamento entre o capital e o trabalho: o supranacional. Sendo que as empresas em redes mundiais de produção passam a ser detentoras de um grande poder de influenciar as relações de produção nacionais, obviamente, no sentido de flexibilizar a rigidez do padrão de produção anterior e permitir uma valorização ampliada do capital. (COSTA, 2005, p. 126)

175

Observa-se que as Empresas Transnacionais se instalam, fecham e se deslocam com a maior facilidade, fazendo-se valer das condições transitórias de lucratividades, inclusive aquelas instituídas pelos próprios países interessados, que na ânsia de atraírem investimentos estrangeiros, acabam relegando o imperativo de suas normas trabalhistas em prol das entidades globalizadas.

Assim, mesmo que haja excessivas regras trabalhistas em determinado país emergente, as Empresas Transnacionais chegam ao extremo de ignorá-las, explorando suas atividades ao largo das normas sociais, e pior, com a anuência do próprio Estado.

Trata-se de um processo de desregulamentação do mercado, pois o próprio Estado passa a consentir com determinadas supressões legais com intento exclusivo de lograr o assentamento das Empresas Transnacionais em seu território. Denota-se, portanto, que o país se curva às vontades do capital, que, por sua vez, ignora qualquer preceito de cunho ético social.

Isto posto, faz-se pertinente a observação de Bozza:

A lógica do capital não recua seu poder em prol de uma ética social. As grandes empresas que comandam o processo de globalização econômica atuam negativamente nos países em desenvolvimento, pois retiram deles seus recursos naturais e mão-de-obra barata, e, quando se deslocam para outros países, deixam para a população local apenas a poluição e o lixo gerado ao longo de sua estadia. (BOZZA, 2012, p. 102-103)

Constata-se, então, que os problemas decorrentes da exploração do capital globalizado emergem em dois principais âmbitos, quais sejam, social e ambiental. Nesta linha, Fritjof Capra assevera que:

Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em meados da década de 1990, a globalização econômica, caracterizada pelo "livre comércio", foi exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem que viria beneficiar todas as nações, gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas, até às mais pobres. Entretanto, um número cada vez maior de ambientalistas e ativistas de movimentos sociais logo percebeu que as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de consequências téticas, todas elas ligadas entre si - desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores. (CAPRA, 2006, p. 129)

176

Notadamente que os efeitos prejudiciais das atuações das Empresas Transnacionais não eram esperados quando da criação dos institutos internacionais, como a OMC, criada na rodada do Uruguai, em 1994. Acontece, contudo, que com a imposição de um mercado ainda mais liberal, tais barbáries são inevitáveis.

Neste cenário, o modelo keynesiano de economia capitalista se tornou obsoleto, porquanto tratava a economia interna dos países à margem dos tratados internacionais. A solução sobreveio com a reestruturação do capitalismo a partir de uma concepção globalizada, promovendo a anulação do contrato social entre capital e trabalho, bem como a desregulamentação e liberalização do mercado financeiro e outras mudanças empresariais para incentivar a flexibilidade de adaptação (*Idem*, p. 135).

Sendo assim, nota-se que o próprio capital protagoniza alterações nas mais diversas instâncias, adaptando-se a toda e qualquer situação, nem que para tanto seja necessário promover a remoção de supostos obstáculos de ordem social e ambiental.

Outra grande problemática derivada da atuação das Empresas Transnacionais é a padronização cultural. Ora, as atividades perpetradas por tais entidades em nações menos favorecidas engendra o fenômeno da monocultura, até porque, como visto anteriormente, as conquistas sociais de determinados povos – leia-se instituições formais (leis derivadas das

instituições informais) - são comumente relegadas a segundo plano e, com elas, sua identidade cultural.

Manifestando intensa revolta aos potenciais efeitos culturais das Empresas Transnacionais em sua sociedade é que um grupo de fazendeiros, na França, em 1999, destruiu um McDonald's ainda em construção, celebrando um fictício funeral de seus destroços. O argumento desse grupo fora pautado na defesa da culinária francesa, seu triunfo cultural, da invasão do *fast food*, símbolo da globalização (BHAGWATI, 2004, p. 119).

Conquanto haja certa resistência as imposições culturais perpetradas pelas atuação das Empresas Transnacionais, isto se dá de maneira bastante ínfima, em locais dispersos e com um número muito pouco expressivo de opositores.

Há um verdadeiro paradoxo que assola o exercício das entidades Transnacionais, porquanto, ao passo que a legitimidade de sua atuação deriva da facilidade em expandir a economia a nível global, beneficiando a todos, de outro lado ignora a diversidades cultural que limita o acesso à todas as civilizações.

Nesta senda é que se destaca o posicionamento de Edgar Morin e Anne Brigitte Kern:

E verdade que a multiplicidade das culturas, maravilhosas adaptações às condições e problemas locais, impede hoje o acesso ao nível planetário. Mas será que não se pode extrair de cada uma e generalizar o que ela produziu de mais rico? Como não integrar os valores e tesouros culturais das culturas que se desintegram? Não será demasiado tarde. Precisamos portanto enfrentar as duas injunções contraditórias: salvar a extraordinária diversidade cultural que a diáspora da humanidade criou e, ao mesmo tempo, alimentar uma cultura planetária comum a todos. Por outro lado, vemos que, paralelamente ao processo de homogeneização civilizacional comandado pela expansão tecno-industrial, há também um processo de encontros e sincretismo culturais: a todo instante, diversidade cultural se recria nos Estados Unidos, na América Latina e na África. Mesmo assim, o desenvolvimento tecno-industrial ameaça culturalmente o mundo. (MORIN, KERN, 2003, p. 83)

Nota-se, portanto, a magnitude da incidência dos efeitos decorrentes da econômica industrial globalizada, pois a própria Empresa Transnacional subsiste numa circunstância completamente contraditória, pelo que se faz imperioso o estabelecimento de um dever de conduta a ser observado por tais entidades.

3 INTERVENÇÃO EM ESCALA GLOBAL – CÓDIGO DE CONDUTA

Considerando o cenário acima delineado, mormente o poder de influência que as Empresas Transnacionais regem nos países emergentes, houve, na década de 70, uma massiva

conscientização da população com relação às práticas empresariais que constantemente violavam os direitos humanos. Em resposta, a Organização das Nações Unidas busca estabelecer medidas para solidificar a responsabilidade dos agentes econômicos que operam internacionalmente.

A doutrina aponta, como estopim para o pronunciamento da ONU quanto à formalização de propostas para regulação internacional das empresas, a sucessão de alguns relevantes incidentes. O primeiro fora a participação da Transnacional ITT (International Telephone and Telegraph), juntamente com outras empresas, no golpe militar no Chile, ocorrido em 1972, ocasião em que o então presidente, Salvador Allende, fora deposto (BOZZA, 2012, p. 109). A segunda situação fora o suborno praticado pela Transnacional Lockheed Martin aos oficiais japoneses em troca de contratos militares (FEENEY, 2009).

No que tange os fatos que antecederam o golpe militar de 1972, no Chile, registra-se que a ITT e o governo norte-americano tentaram, sem sucesso, impedir a posse de Salvador Allende, porquanto este representava perigo na sua forma de governo, caracterizada pela inclinação social em disciplinar e dirigir os meios de produção e a preocupação com a preservação de recursos naturais (KUCINSKI, p. 7).

Percebe-se que os motivos ensejadores do referido golpe militar foram estritamente de ordem econômica, pois uma vez impetrada a política socialista de Allende, as Empresas Transnacionais poderiam sofrer consideráveis limitações no que concerne os meios e a extensão de suas atuações.

A segunda circunstância acima indicada ficou caracterizada como o “escândalo Lockheed”, brevemente elucidada por Anderson Freitas da Fonseca:

O escândalo Lockheed ocorrido no Japão no início dos anos 70 envolveu de um lado representantes da empresa de aviação americana Lockheed Martin e de outro membros de alta patente do governo Japonês, inclusive o primeiro-ministro à época Kakuei Tanaka. Com o intuito de vencer uma concorrência realizada para o fornecimento de aviões ao governo japonês, diretores da subsidiária americana ofereceram propina de 500 milhões de Ienes ao Sr. Primeiro-ministro, após o que os contratos foram fechados. (FONSECA, 2011, p. 40)

Essas situações foram peremptórias em demonstrar os abusos do capital no mercado internacional, sendo decisivas em levar a ONU a criar, em 1973, uma Comissão destinada a tratar das Empresas Transnacionais que, por sua vez, elaborou o Código de Conduta destinado a estabelecer diretrizes sociais e ambientais a serem observadas quando da atuação das entidades Transnacionais (FEENEY, 2009).

Bozza elenca alguns direitos e deveres que conformaram aludido projeto do Código de Conduta:

As empresas transnacionais não devem: interferir nos assuntos internos do país onde exercem suas atividades; não devem influenciar nem participar das relações entre os governos. Em contrapartida, as empresas transnacionais devem: respeitar a soberania e as leis do país no qual desempenham suas atividades; respeitar os direitos fundamentais, sociais e culturais, agindo de acordo com os interesses da localidade; respeitar as políticas econômicas, os planos, metas econômicas e os objetivos do Estado em matéria de desenvolvimento; aceitar que o Estado fiscalize e regule a sua atuação; contribuir para o desenvolvimento econômico e social dos países em que operam suas atividades. (BOZZA, 2012, p. 110)

Vislumbra-se irrefutável pertinência da aplicação das premissas elaboradas no Código de Conduta. O texto é extremamente razoável, de possível observância, pois, reitera em seu teor, o principal escopo das regulamentações de comércio internacional, qual seja, a promoção do efetivo desenvolvimento³ global.

Acontece, todavia, que o estabelecimento do importante Código de Conduta não lograra viger, porquanto, à vista da extrema distinção que paira sobre os interesses dos países industrializados e dos países emergentes, o projeto não fora aprovado.

Ademais, a imposição de possíveis obstáculos que possam restringir a atuação das Empresas Transnacionais, independentemente de sua formação instrumental, dificilmente serão anuídas pelos detentores do capital, já que foge da lógica relativa à maximização ilimitada do lucro.

De todo modo, José Crettela Neto adverte que mesmo se referido Código de Conduta viesse a ser aprovado e ratificado pela Assembleia Geral da ONU, sua natureza ostentaria semelhança às Recomendações previstas pela organização, isto é, de observância não obrigatória (CRETTELA NETO, 2006, p. 99).

Também nessa vertente de mera orientação é que versam as Diretrizes para Empresas Multinacionais, formalizadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), em 1976. Posteriormente, em 2000, houve inclusão de orientações de cunho ambiental e, no ano subsequente, 2011, inserção de diretrizes relativas aos direitos humanos e trabalhistas (BOZZA, 2012, p. 112).

³ Desenvolvimento tal como definido no tópico anterior, caracterizado através de crescimento quantitativo e qualitativo, concomitantemente.



É possível denotar que a totalidade das problemáticas que decorrem da atuação das Empresas Transnacionais é de ampla constatação pelas entidades internacionais, inclusive há várias décadas. Acontece, no entanto, que o mero reconhecimento não é suficiente para ensejar a observância de um dever de conduta a nível global por parte das Transnacionais.

Em não havendo uma regulamentação de cumprimento obrigatório limitando a atuação das Empresas Transnacionais, cabe ao próprio Estado, portanto, exigir a prática de atividades empresariais que respeitem as instituições normativas e culturais do Estado. Ou seja, permitir apenas o exercício econômico condizentes com os princípios basilares de sua sociedade, fazendo-se valer de sua soberania.

4 A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO ESTADO BRASILEIRO – POR UM DESENVOLVIMENTO A PARTIR DA ORDEM ECONOMICA CONSTITUCIONAL

Há que se reiterar, inicialmente, o verdadeiro significado de desenvolvimento, o qual se consubstancia na medida em que se tem crescimento econômico associado a ganhos sociais e a preservação dos recursos ambientais.

Isto colocado, tem-se como pertinente elucidar as características e a natureza do ordenamento econômico vigente no Brasil, pois necessário entendê-lo para poder exigir determinada postura empreendedora das Empresas Transnacionais de maneira harmônica aos preceitos constitucionais.

Embora inexista dúvida acerca da efetiva roupagem capitalista das Constituições Brasileiras promulgadas no século passado, há que se afirmar que aludido modelo econômico sofreu sensível flexibilização de cunho social.

Nesta linha, Eros Grau assevera que a sistemática econômica do capitalismo fora rompida, sendo que a Constituição de Weimar, de 1919, contribuiu substancialmente para tanto. Com efeito, vejamos a consecução histórica:

(...) a referência a uma “ordem econômica e social”, nas Constituições de 1934 até a de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969 – salvo a de 1937, que apenas menciona a “ordem econômica” – e a duas ordens, uma “econômica”, outra “social”, na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão. O que se extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, *social*. (GRAU, 2008, p. 67)

Apenas a título informativo, suscita-se que, embora a intervenção do Estado fosse necessária no regime econômico já no século XIX, fora tão somente no século subsequente que o intervencionismo cresceu de maneira mais acentuada. O modelo capitalista desenfreado, o qual fatalmente ignora as externalidades, passa a ser substituído por um dirigismo privado, dotado de anseios sociais, repercutindo ao surgimento do Estado Providência (GABARDO, 2003, p.119).

Nesta senda segue a observação de Capra quando aduz que a economia capitalista logrou êxito em levar países à prosperidade econômica e estabilidade social. Todavia, dito modelo passou a se tornar obsoleto, porquanto ignorava os custos ambientais e sociais das atividades econômicas. A solução sobreveio com a reestruturação do capitalismo (CAPRA, 2006, p. 147).

Com intento elucidativo, há que se dizer que a ordem econômica ostenta diferentes sentidos, podendo ser um conceito de fato, referindo-se à relação entre fatores econômicos concretos. Num segundo sentido a ordem econômica é tida como um conjunto de normas. E numa terceira vertente, pode significar a ordem jurídica da economia (MOREIRA, 1978, p. 67-69).

Com base nesse raciocínio, suscita-se a redação insculpida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988: “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 (...)” Ao cotejar os diferentes sentidos concernentes à ordem econômica com o texto em excerto, vislumbra-se que a regra constitucional, até pelo simples fato de estar positivada, se enquadra no sentido normativo. No entanto, sob uma interpretação mais extensiva e reflexiva do regramento em apreço, sobretudo no que se infere o próprio título VII da Constituição (“Da Ordem Econômica e Financeira”), há uma conotação acerca de como a ordem jurídica deve ser, precipuamente a economia brasileira (GRAU, 2008, p. 67).

Com efeito, a partir de um mero exercício de reflexão, nota-se que o artigo 170 e seguintes, da Constituição de 1988, dispõem da ordem econômica não só no sentido normativo singular, mas também do dever ser, porquanto conformam, através de suas diretrizes jurídicas propostas, um ambiente institucional econômico.

Assim, faz-se pertinente salientar a reflexão aventada por Carla Abrantkoski Rister, pois suscita que, anteriormente, até a Primeira Guerra Mundial, a visão adotada em relação à realidade social e ao direito era puramente retrospectiva. Todavia, a partir de então, o direito passou a assumir uma visão mais prospectiva, já que se preocupou com a propagação de novos modelos de configuração dos fatos sociais. Logo, Rister assinala:

As normas jurídicas estão sempre voltadas ao futuro, definindo antecedentes que, em ocorrendo, darão origem à aplicação de uma certa disposição. Tais antecedentes, que impõem a conduta normada, no entanto, seriam sempre determinados, porque construídos sob uma visão retrospectiva. O objeto da norma seria sempre certo. No entanto, ao examinar as normas construídas sob uma visão prospectiva, apareceria seu objeto como incerto, como fim a ser perseguido. (RISTER, 2007, p. 9)

Portanto, ao contrapor estas ideias com a definição dos sentidos da ordem econômica proposta por Vital Moreira, vislumbra-se que o efeito normativo do regramento positivado assume, irrefragavelmente, o desígnio de traçar princípios a serem perseguidos, isto é, máximas que devem ser sopesadas quando da interpretação dos dispositivos constitucionais, os quais regulamentam determinada circunstância.

Figueiredo e Lelis assinalam que os princípios aludidos na Constituição são os comandos normativos máximos, correspondendo, evidentemente, com o postulado ideológico e determinando de que modo a legislação será absorvida, interpretada e aplicada (FIGUEIREDO, 2014, p. 184).

Corroborando harmonicamente com referido escopo que paira sobre as regras constitucionais é que segue o conceito para Eros Grau da expressão “ordem econômica”, enquanto termo inserido na Constituição, obviamente:

(...) o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, a ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser). (GRAU, 2008, p. 70)

Com efeito, denota-se que a estrutura normativa constitucional preconiza, *a priori*, a persecução contínua de valores que devem necessariamente compor a sociedade. Assim, o modelo econômico vigente acaba sofrendo intervenções com o propósito de ser corrigido, isto é, adaptado a uma pretensa realidade mais social.

Ao contrapor os efeitos decorrentes da atuação das Empresas Transnacionais nos países emergentes - implicações narradas anteriormente - à ordem econômica que vigora no Estado brasileiro, pode-se perceber um total disparate. Ou melhor, as consequências da atuação das

Transnacionais configura um imenso retrocesso ao histórico aprimoramento da atual ordem econômica, que, por sua vez, objetiva o desenvolvimento da nação no correto sentido do termo.

Portanto, resta claro que a solução inicial para que não haja prejuízos decorrentes da atuação das Empresas Transnacionais no Estado brasileiro é a consonância das diretrizes e dos valores perseguidos. Para tanto, cabe a nação adotar métodos de gerenciamento adequado das atividades exploradas, o que pode se dar, inclusive, com auxílio da comunidade internacional, conforme assinala Jagdish Bhagwait:

(...) praticamente todos os elementos do gerenciamento da globalização têm dimensões domésticas e internacionais, vinculadas entre si para prover o apoio institucional dirigido à obtenção de maiores benefícios com a globalização. Por isso, quando os países pobres adotam o livre-comércio, é preciso haver programas domésticos de orientação (...). Como, porém, os países pobres carecem de recursos para financiar tais programas, as instituições internacionais de assistência, como o Banco Mundial, deveriam se mobilizar para disponibilizar o financiamento necessário. Por isso, seria recomendável uma ação institucional doméstica e internacional conjunta de modo a facilitar a integração comercial proveitosa dos países pobres à economia mundial. (BHAGWATI, 2004, p. 251)

183

Em que pese o Estado brasileiro apresentar uma das maiores economias do mundo, ostenta, paralelamente, um dos maiores índices de pobreza e miséria. Numa verdadeira antinomia, o país se destaca negativamente em razão da desigualdade social que o assola, sem falar na dificuldade em proporcionar à população acesso ao mínimo necessário, como por exemplo, saúde e educação básica.

Logo, inobstante a implementação de institutos conjuntos, é recomendável uma participação mais acentuada da sociedade civil, mesmo porque é esta que detém melhor conhecimento dos reflexos sociais, culturais e políticos provenientes da atuação das Empresas Transnacionais em seus territórios.

Neste aspecto, Bhagwait defende a participação das ONGs, justificando que elas apresentam informações necessárias *no nível micro (por atuarem próximo à base) e também um compromisso (decorrente do forte altruísmo focado na causa que defendem)* (Idem, p. 252).

Portanto, considerando a situação econômica e social do país na atualidade, bem como a existência de uma ordem econômica prospectiva e sustentável, a participação da sociedade civil deve se estender até mesmo ao monitoramento e a fiscalização de um efetivo cumprimento institucional por parte das Transnacionais no território brasileiro.

Por derradeiro, a intervenção do Estado nas atividades realizadas pelas Empresas Transnacionais – de maneira conjunta ou não aos institutos internacionais - deverá ocorrer a partir de um gerenciamento calcado nos preceitos constitucionais, sendo interessante a participação da sociedade civil não só no que diz respeito ao reconhecimento das repercussões locais, mas principalmente no que tange ao monitoramento do cumprimento institucional, pois só assim a atuação das Transnacionais repercutirá efetivo desenvolvimento a nação brasileira.

CONCLUSÃO

Ante as considerações discutidas no presente artigo, nota-se que a livre atuação das Empresas Transnacionais – empresas que possuem uma pátria muito bem definida e exercem suas atividades fora de suas fronteiras - no mercado global engendra efeitos devastadores, sobretudo nos países emergentes, pois, como visto, não é incomum o Estado relegar suas instituições normativas duramente conquistadas em prol de uma aprovação daquelas entidades.

Tal como demonstrado, há um processo de desregulamentação do mercado na medida em que o próprio Estado passa a consentir com determinadas supressões legais com intento exclusivo de lograr o assentamento das Empresas Transnacionais em seu território. Denota-se, portanto, que países se curvam às vontades do capital, que, por sua vez, ignora qualquer preceito de cunho ético social.

Conquanto tenha havido constatação dos efeitos prejudiciais decorrentes da atuação das Empresas Transnacionais por parte da comunidade internacional, o estabelecimento de regras sociais e ambientais de observância obrigatória a nível global esbarra na divergência de interesses entre as nações industrializadas e as emergentes.

Assim, é mister que os Estados se prevaleçam de suas soberanias com o fim de intervirem na atuação das Empresas Transnacionais em seus territórios, pois só assim será possível associar o crescimento econômico à ganhos sociais, culturais e ambientais.

No Estado brasileiro não é diferente, já que o governo conta com um ordenamento constitucional econômico bastante abrangente, o que possibilita a exigência de práticas empresariais razoáveis e condizentes aos seus preceitos constitucionais. Ainda, tem-se como pertinente a participação da sociedade civil, pois, além do reconhecimento dos problemas

locais, apresenta melhores condições em monitorar o cumprimento institucional por parte das Transnacionais, circunstância que auxiliará o desenvolvimento da nação.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização. Como a globalização está ajudando ricos e pobres*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BOZZA, Roseli de Fátima Bialeski. *Direito ao desenvolvimento na era da globalização econômica: ordem econômica constitucional e as empresas transnacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador. Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter. PUC/PR: Paraná, 2012.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. *Scientia Iuris*. v. 15, n. 1, Londrina, jun. 2011.

CRETTELA NETO, José. *Empresas transnacional e o direito internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Walber Carrilho. O processo de globalização e as relações de trabalho na econômica capitalista contemporânea. *Revista Estudos de Sociologia*. n. 18-19, São Paulo, 2005, p. 117-134.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidades das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 6, n. 11, São Paulo, 2009.

FERREIRA, Heline Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.



FONSECA, Anderson Freitas da. O combate a corrupção sob a perspectiva internacional. *Textos & Debates*. n. 19, Roraima, 2011.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

KUCINSKI, Bernardo. *O que são multinacionais*. Editoração Digital. Disponível em <http://kucinski.com.br/pdf/livros_multinacionaisPrint.pdf>. Acesso em: 05 agosto 2015.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed., Coimbra: Centelho, 1978.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulinas, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora APEC, 1989.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. São Paulo: Renovar, 2007.

Submissão: 29/09/2015

Aceito para Publicação: 12/07/2016



O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INDIVIDUAL NO MERCADO: UMA ABORDAGEM AO DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS PARA SUA EFETIVAÇÃO

THE RIGHT TO PERSONAL DEVELOPMENT WITHIN THE MARKET: AN APPROACH TO THE PERFORMANCE OF LEGAL INSTITUTIONS FOR ITS EFFECTIVITY

Guilherme Helfenberger Cassi*

Ricardo Serrano Osorio**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o referencial teórico do direito ao desenvolvimento individual, especificamente sobre sua coroação enquanto direito humano amplamente reconhecido em diversos tratados internacionais da matéria. Diferenciando entre crescimento e desenvolvimento, destaca-se, que o direito ao desenvolvimento tem como principal personagem o próprio indivíduo, o qual deve ser o sujeito beneficiado e o promotor das transformações estruturais em prol de uma melhor qualidade de vida e maximização da riqueza conforme ao princípio da dignidade humana. Nessa linha, diante de todos os ferramentais que podem contribuir para um quadro desenvolvimentista, elege-se a teoria das instituições jurídicas para demonstrar a sua contribuição na efetivação do direito ao desenvolvimento individual no mercado em tempos de modernidade. Portanto, o resultado da pesquisa busca ressaltar como as instituições jurídicas contribuem ao fortalecimento do direito ao desenvolvimento individual como consequência da influência das liberdades e do ambiente institucional que permeiam uma maior maximização tanto do bem-estar quanto da riqueza individual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao desenvolvimento. Individualidade. Instituições jurídicas. Efetivação dos direitos. Bem-estar social.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ponto de partida: o que é desenvolvimento? 2 Alcances do direito ao desenvolvimento. 3 O direito ao desenvolvimento individual. 4 A efetivação do direito ao desenvolvimento individual através das instituições jurídicas. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: This study aims to analyze the theoretical framework of the right to individual development, specifically its coronation as a widely recognized human right in several international treaties. By the contrast between growth and development, it was emphasized that the right to development has as main character the individual, which must be the benefited subject and the promoter of structural changes towards a better quality of life and wealth maximization, according to the principle of human dignity. In this sense, giving the existence of many social tools that can contribute to a framework of development, this paper aims to analyze the theory of legal institutions to demonstrate their contribution to actualize the right to individual development within the market in modern times. Therefore, this research seeks to highlight how legal institutions contribute to the strengthening of the right to individual development, as a result of the influence of freedom and favorable institutional environment, which allow a maximization of individual welfare and wealth.

KEYWORDS: Right to development. Individuality. Legal institutions. Enforcement of rights. Social welfare.

188

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em um processo de mobilidade social contínuo e intermitente, podendo levar à elevação do nível econômico e do

* Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor de Direito na Faculdade Dom Bosco.

** Doutorando em Direito, com ênfase em Direito Minerário Ambiental, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor convidado do curso de especialização em Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

nível cultural-intelectual (RISTER, 2007, p. 2). A importância do tema fez com passasse a ser reconhecido como uma prerrogativa a ser incorporada ao patrimônio jurídico do homem, tanto que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) eleva-o à categoria de um “direito humano inalienável”.

Neste contexto, a primeira parte da pesquisa tem por finalidade elucidar o real conceito de desenvolvimento e desfazer ambiguidades que se mostram comuns no seu uso. A partir deste ponto, passa-se a analisar a causa da coroação do desenvolvimento como direito, refletida, sobretudo, na evolução das Declarações proclamadas pelas Nações Unidas.

Os apontamentos então realizados servem de base para o real objetivo do trabalho, que é firmar o indivíduo como principal personagem do direito ao desenvolvimento. Apesar de o termo ser comumente ligado ao contexto comunitário, o próprio indivíduo deve ser o beneficiado pelas transformações realizadas e o agente desta transformação. Admitir de forma diversa autorizaria defender que o desenvolvimento alcançado pelas nações não necessariamente reflita sobre todos os seus cidadãos, permitindo distorções flagrantes como a plenitude de recursos para uma maioria em contraponto com a não efetivação de direitos básicos a alguma pessoa. A complacência com este quadro, permitindo a hipótese de um indivíduo que não seja contemplado com a oportunidade do desenvolvimento, vai contra o princípio moral da dignidade da pessoa humana.

Para impedir essa possível desconexão, um Estado que se preocupe com o bem-estar de seus cidadãos deve criar um ambiente institucional adequado que garanta mecanismos que permitam o desenvolvimento do indivíduo e a melhora de sua qualidade de vida.

Sob esta alcunha concentra-se a última parte do trabalho, voltada à demonstração de como instituições jurídicas contribuem ao desenvolvimento individual. As “regras legais do jogo”, à exemplo da constituição e das leis ordinárias, são essenciais à promoção do desenvolvimento, podendo exercer três principais funções: criar mecanismos de promoção das liberdades individuais; garantir a igualdade de oportunidades ao desenvolvimento, e; manter o ambiente institucional incólume para o alcance do auto desenvolvimento do indivíduo.

Portanto, embora não seja possível exaurir todas as consequências da proposta em um único artigo, o conteúdo aqui tratado é ao menos o início de um raciocínio sobre o desenvolvimento e que pode servir de diretriz para uma nova interpretação sobre o tema.

1 PONTO DE PARTIDA: O QUE É DESENVOLVIMENTO?

O primeiro elemento que carece de análise é o próprio conceito de desenvolvimento, principalmente com o intuito de lhe conferir contornos que bem exemplifiquem o seu verdadeiro conteúdo semântico e afastem ambiguidades.

Para o vernáculo, “desenvolver” é relacionado com crescimento ou expansão gradual, a passagem de um estágio inferior a um estágio mais aperfeiçoado (WEISZFLOG, 2004, p. 50). Não raramente o desenvolvimento é atrelado à ideia de crescimento, notadamente ao pensamento de crescimento econômico. Tanto é assim que a referência clássica para classificar o grau de desenvolvimento das diferentes nações sempre foi a quantificação do seu Produto Interno Bruto (PIB) per capita, o que, de maneira simplificada, corresponde à relação entre a soma de todas as riquezas geradas durante um período de tempo e o número de habitantes.

Partindo deste critério, o aumento do PIB seria imediatamente correlacionado ao ideal de desenvolvimento, o que, não raras vezes, é ouvido como comentário sobre países que experimentaram um exponencial e rápido crescimento econômico. Contudo, apesar de a economia ser verdadeiramente um dos elementos que podem fomentar um quadro desenvolvimentista, atrelar a ocorrência deste último ao simples aumento ou não do PIB pode acarretar em distorções que não correspondem à realidade. Isto porque para o cômputo das riquezas geradas em um país não é levado em consideração se elas são fruto, por exemplo, da devastação dos ambientes naturais, da exploração de mão de obra escrava, ou mesmo como resultado imediato de investimentos especulativos estrangeiros que posteriormente serão retirados da economia local. Todas essas são possibilidades que podem inchar os números do crescimento econômico de um país sem, contudo, trazer qualquer melhoria na qualidade de vida para as pessoas que nele residem. Tal argumento consubstancia a afirmação de que o poderio econômico não necessariamente autoriza a correlação com um alto índice de desenvolvimento. Neste sentido, ao utilizar-se de exemplos de países como o Brasil e a China, verifica-se que apesar de apresentarem em termos absolutos os 7^a e 2^a maiores Produtos Internos Brutos do mundo, são também 84^o e 101^o lugares, respectivamente, na lista com os melhores índices de desenvolvimento humano segundo o PNUD (2011).

Com estas considerações já é possível concluir que crescimento e desenvolvimento são conceitos bastante distintos, pois enquanto o primeiro abarca uma referência meramente quantitativa, o segundo possui um conteúdo diverso, de ordem qualitativa.

Sobre o assunto crescimento e desenvolvimento, Carla Rister afirma que

o crescimento não reflete necessariamente a melhoria das condições de vida da população, podendo ser associado a um mero surto ou como reflexo de alguma influência externa, depois dos quais, cessados, retorna-se ao *status quo ante*. Já o desenvolvimento seria um processo qualitativo e de mudança estrutural da realidade socioeconômica. Pressupõe alterações de fundo na ordem econômica e social, as quais terão um caráter permanente e de continuidade de processo (RISTER, 2007, p. 36)

Desta forma, o desenvolvimento, diferente do que ocorre com o crescimento, teria como característica inata a sustentabilidade das modificações sociais. Em relação à sedimentação dos efeitos do desenvolvimento, complementa Carla Rister:

Para ilustrar tal fenômeno surgiram várias teorias como a de um movimento cíclico de avanços e recuos, a linear otimista, que pressupõe sempre uma caminhada para frente ou um avanço e, por último, a da espiral, em que a ideia de retorno é corrigida com algum avanço real, que, em princípio, nos parece mais adequada para ilustrar o fenômeno desenvolvimentista, considerado o processo histórico num longo período de tempo em que pode haver algum retrocesso momentâneo, porém, não exatamente ao patamar anterior, na medida em que a sociedade também evolui, fazendo com que o processo incorpore algum avanço (RISTER, 2007, p. 36).

A dificuldade em se mensurar o nível de desenvolvimento através da medição do crescimento econômico não é conclusão recente, sendo que há décadas diversos estudos já têm se debruçado sobre o tema com o intuito de não só de apontar os equívocos que isso pode trazer, mas também (a) trazer alternativas de padrões indicativos em substituição ao PIB *per capita*, bem como (b) estabelecer o “caminho para o desenvolvimento”.

O primeiro dos desafios é adoção de um critério que tenha a capacidade de refletir verdadeiramente o nível de qualidade de vida das pessoas, e não somente algo que meça a simples variação de sua renda.

Diante da imprestabilidade do uso do PIB para tal finalidade, modernamente o parâmetro mais difundido é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), cuja consolidação decorre da verificação de indicativos socioeconômicos de três dimensões básicas: renda, educação e saúde de determinada população. O IDH, ao considerar não somente a renda para mensurar o nível de desenvolvimento de uma região, se aproxima de conceitos mais

abrangentes que veem a qualidade de vida como a soma de diversos segmentos interligados – como a qualificação técnica profissional, condições salubres de trabalho e vida, etc.

Segundo metodologia utilizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o cálculo do índice segue indicativos objetivos das três dimensões, os quais são coletados da seguinte forma: (1) para mensuração do nível de saúde, verifica-se a expectativa média de vida de uma região; (2) em relação à educação, computa-se o número médio de anos de ensino escolar recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos, bem como a expectativa de anos de escolaridade para crianças em início da vida escolar; (3) para o cálculo da renda é considerada a Renda Nacional Bruta (RNB) *per capita* expressa em poder de paridade de compra (PPP). A compilação de tais dados resulta em um parâmetro de vai de 0 a 1, sendo que, quanto mais se aproxima de 1, maior o IDH de um local.

Tal critério torna do IDH um indicativo de análise muito mais amplo no que tange à realidade do desenvolvimento, pois, aliada à renda, considera outros aspectos importantes à qualidade da vida humana como a educação e a saúde. Entretanto, apesar da sua importância para análise de um cenário macro, não pode ser considerado como uma representação indelével da existência ou não de desenvolvimento em determinada região, visto que importantes elementos como democracia, equidade e sustentabilidade, que também compõe a realização da vida humana, não são contemplados.

A dificuldade em se estabelecer um modelo com alto grau de generalidade para aferição do grau de desenvolvimento, comenta Carla Rister, reside no fato de que uma sociedade é sempre um sistema singular, próprio, com suas características moldadas pelo seu processo de formação histórica, de modo que, inclusive as soluções, devem ser particulares, sob pena de se tentar encaixar um modelo que diverge do contexto social existente (RISTER, 2007, p. 14).

A singularidade de cada sistema social existente no mundo também dificulta a tentativa de se estabelecer um *standard* desenvolvimentista, o qual conglomeraria os fatores que, se observados por determinada nação, levariam ao aumento de qualidade de vida das pessoas.

Na tentativa de indicar o caminho para o desenvolvimento, vários autores se esmeraram em apresentar hipóteses de mudanças estruturais que, independentemente do contexto social analisado, descreveriam o atingimento de um modo de vida qualitativamente satisfatório.

Com este intuito, Douglas North também parte da constatação de que o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social, sendo que o crescimento econômico não conduz necessariamente a essa transformação (SALAMA, 2011, p. 22). O

desenvolvimento seria resultado de um fenômeno de transição de uma ordem social em que as instituições formais (constituições, leis ordinárias, etc.) e informais (crenças, valores, costumes, etc.) deixem de estar unicamente na mão de elites para outra em que elas sejam acessíveis a toda população. Para North, uma ordem social em que as instituições sejam abertas a todos pressupõe três circunstâncias: (a) acesso indistinto às atividades econômicas, políticas, religiosas e educativas; (b) apoio do Estado às formas organizacionais que estruturam essas atividades; e (c) a proteção dos direitos de propriedade da sociedade civil (*rule of law*) de forma imparcial a todos os cidadãos (SALAMA, 2011, p. 29). Desta forma, para que haja o desenvolvimento, é necessário o surgimento de mecanismos institucionais e organizacionais que facilitem a transferência para o campo político dos ganhos da economia (SALAMA, 2011, p. 22).

Se para North uma melhor qualidade de vida é resultado de arranjos institucionais mais eficientes, Amartya Sen contribui ao tema com a concepção de que o desenvolvimento é alcançado através do aumento de liberdades. Para ele, o crescimento de renda e tecnologia é importante alicerce para a promoção da qualidade de vida, porém não deixa de ser apenas meio para um objetivo maior, que é o aumento das liberdades humanas, como a liberdade de participação em averiguações políticas e discussões públicas:

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como uma expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns meios que, *inter alia*, desempenham um papel importante no processo (SEN, 2010, p. 17).

Em complemento, destaca que diversas liberdades devem funcionar de maneira inter-relacionada. Quando se garante *in concreto* as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, ajuda-se a promover a capacidade geral de uma pessoa, inclusive com cada uma dessas liberdades colaborando para a promoção de outra (à exemplo do acesso a facilidades sociais, como a educação, auxiliando a participação econômica do indivíduo) (SEN, 2010, p. 25).

Este conceito mostra-se bastante provocativo por considerar o indivíduo não somente como um paciente contemplado pelas mudanças estruturais trazidas pelo desenvolvimento, mas também como um agente que é responsável pela construção social e pela promoção das liberdades.

É possível perceber que tais estudos sobre o desenvolvimento redundam em concebê-lo como um fenômeno multifacetado, pois algo desenvolvido é, na verdade, o produto da existência de boas estruturas na ordem econômica, social e cultural dos povos e indivíduos. Logo, a efetivação do desenvolvimento seria em primeiro lugar a efetivação de diversos direitos humanos que foram reconhecidos durante o século XX, sobretudo nas Declarações internacionais elaboradas no segundo pós-guerra.

A partir do momento em que o desenvolvimento congrega a existência de diversas outras garantias (ou liberdades) inatas à figura do homem, passa ele também a ser considerado como um direito em si mesmo. Em que se fundamenta esse direito e quais são os textos normativos que lhe reconhecem são temas cuja investigação ficará à cargo do próximo tópico.

2 ALCANCES DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O direito ao desenvolvimento é o reconhecimento de que o homem, independentemente de sua nacionalidade, sexo, cor ou qualquer outro critério discriminatório, é detentor da prerrogativa de modificar a sua estrutura econômica, política, social e cultural com o objetivo de ter maior qualidade de vida.

Ao mesmo tempo em que é direito subjetivo, também se perfaz em diretriz ao Estado na realização da atividade pública e na interferência na esfera privada.

A formulação do desenvolvimento enquanto direito parte da premissa de que ele é a tanto o uso de diversas liberdades humanas (um fim, na visão de Amartya Sen), quanto o arranjo eficiente de instituições que garante uma boa vida às pessoas (um instrumento, conforme Douglass North). Ele é, portanto, a consecução de diversos direitos que foram reconhecidos ao longo do século XX como inerentes à condição do homem enquanto ser humano.

Nesta senda o desenvolvimento passou a ser intimamente conectado aos direitos humanos de segunda geração, notadamente às garantias ao trabalho, à saúde, à educação, etc. Modernamente novos elementos reconhecidos internacionalmente, como a participação em um sistema político democrático e a convivência em uma sociedade pacífica, também têm sido incorporadas às finalidades do desenvolvimento como situações que garantem uma boa vida e efetivam a dignidade da pessoa humana.

Diante da constatação de que o desenvolvimento se dá com a efetivação de prerrogativas que são naturais ao homem, o *direito de desenvolver* passou a ser um direito passível de incorporação ao patrimônio jurídico, inclusive tomando para si emprestada a envergadura de direito natural à própria existência.

Como a maioria dos direitos humanos, o reconhecimento da existência do direito ao desenvolvimento tem seu gênese em declarações internacionais. Isto se deve em parte ao fato de que, de acordo com a teoria dos direitos naturais, a base moral para um dever para com os outros seres humanos é independente de construções humanas, como fronteiras e nacionalidades. A importância igual de cada vida humana é, nesta perspectiva, uma verdade objetiva e particular de consequências morais (MARKS, 2010, p. 24-25). Diante desta concepção o direito ao desenvolvimento, seja de forma expressa ou através das liberdades que devem ser perseguidas, passou a fazer parte de diversos cadernos normativos internacionais. A partir deste momento, passamos a analisar as principais manifestações sobre o tema no âmbito das Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, firmada em 1945, traz o compromisso dos Estados-Membros em "promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla" e "conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". Tem-se aqui um documento jurídico que, apesar de não trazer a referência do desenvolvimento enquanto direito, merece destaque por reconhecer a necessidade de evolução de uma estrutura internacional bastante precária (também como consequência da 2ª Guerra Mundial) para outra, com melhores condições de vida para todos.

Já a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, contém uma série de elementos que elevaram a compreensão da comunidade internacional sobre o direito ao desenvolvimento. Ela atribui grande relevância para a promoção do progresso social e melhores condições de vida, bem como reconhece o direito à não discriminação, o direito de participar nos assuntos públicos e do direito a um padrão de vida adequado. A Declaração traz também o compromisso com a efetivação das transformações firmadas pelos signatários, sendo um direito de todos que as garantias e as liberdades estabelecidas na Declaração possam ser plenamente realizadas.

Outro passo importante para o reconhecimento do direito ao desenvolvimento foi a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 1161, de 1957, cujo teor expressou a opinião de que "um desenvolvimento econômico e social equilibrado e integrado iria contribuir para a promoção e manutenção da paz e segurança, o progresso social e melhores condições de vida, e a observância e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais". Tratou-se aqui de uma das primeiras referências normativas internacionais quanto à inter-relação entre o desenvolvimento e os direitos humanos, cujo tema seria revisitado alguns anos mais tarde na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, realizada em Teerã.

Em 1968 os países participantes da Conferência Internacional sobre Direitos Humanos manifestaram a convicção corrente à época de dependência entre o desenvolvimento humano frente ao crescimento econômico. O resultado da Conferência firmou que a fruição dos direitos econômicos e sociais está intrinsecamente ligada com a realização dos direitos humanos e do desenvolvimento econômico. Seria responsabilidade coletiva da comunidade internacional garantir a realização do padrão mínimo de vida necessária para a fruição dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas em todo o mundo.

A evolução do reconhecimento jurídico do desenvolvimento continuou em 1969 com a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 2542, da Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social, a qual afirma que "o progresso social e o desenvolvimento devem visar o aumento contínuo dos padrões materiais e espirituais da vida de todos os membros sociedade, com respeito e em conformidade com os direitos humanos e liberdades fundamentais".

Nos anos seguintes diversos estudos foram encomendados pelas Nações Unidas com o intuito de investigar o alcance e a promoção do direito ao desenvolvimento, todos essenciais para a formulação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que mais tarde viria a ser proclamada.

Dentre estes estudos destaca-se a Resolução 4 (XXXIII), de 21 de fevereiro de 1977, através da qual a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos decidiu dar especial atenção aos obstáculos que impedem a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente em países em desenvolvimento. Reconhecendo o direito ao desenvolvimento como um direito humano, a Comissão solicitou ao Secretário-Geral das Nações Unidas a realização de um estudo sobre "as dimensões internacionais do direito ao

desenvolvimento como um direito humano em relação com outros direitos humanos com base na cooperação internacional, incluindo o direito para a paz, tendo em conta as exigências da Nova Ordem Econômica Internacional e as necessidades humanas fundamentais". Na mesma linha, a Comissão sobre Direitos Humanos estabeleceu, posteriormente, em março de 1981, um grupo de trabalho composto por peritos governamentais para estudar o alcance e conteúdo do direito ao desenvolvimento e os meios mais eficazes para garantir a realização.

A soma de todos esses esforços foi o reconhecimento pleno do desenvolvimento enquanto direito através da proclamação pelas Nações Unidas, em 1986, da "Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento".

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é um importante documento jurídico que reconhece a existência de um déficit em diferentes nações no que diz respeito à qualidade de vida de seus cidadãos, devido, sobretudo, à contribuição de diferentes fatores históricos, como a segregação, colonização, violência, entre outros, que criaram um ambiente de atraso que deve ser superado.

O documento reconhece o direito ao desenvolvimento como um direito humano que habilita o homem à participação e ao desfrute do desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Os sujeitos ativos seriam tanto os povos, no uso do direito à autodeterminação e exploração das riquezas naturais em direção a um quadro desenvolvimentista, quanto a pessoa humana como ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Segundo a Declaração, os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos.

Segundo Flavia Piovesan, um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 é lançar o *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento, o qual seria uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais dos direitos humanos. Deste modo, com o *human rights-based*, ambiciona-se integrar normas, standards e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. Esta perspectiva do desenvolvimento enquanto direito endossa o componente da justiça social e realça a proteção dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento (PIOVESAN, 2010, p. 105).

Outro marco histórico foi a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, que tratou extensivamente do direito ao desenvolvimento. Na ocasião adotou-se um Programa de Ação que reconhece que a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e se reforçam mutuamente. A Conferência Mundial reafirmou, por consenso, o direito ao desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, afirmando, ainda, que embora o desenvolvimento facilite a fruição de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a redução de direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A existência de tais Declarações, entretanto, não supre o anseio de diversos países, principalmente aqueles em processo de desenvolvimento, pela realização de um amplo tratado internacional que reconheça o direito das nações ao desenvolvimento, cuja lacuna tem se mostrado como um dos maiores objetos de discussão sobre o tema (PIOVESAN, 2010, p. 109). Diferente de uma declaração, que mais se assemelha a uma carta de valores, um tratado internacional teria força jurídica frente aos signatários para a exigência do cumprimento de obrigações em prol do desenvolvimento. A difusão do ideal de que os países desenvolvidos deveriam retribuir àqueles em desenvolvimento as feridas da exploração colonial é o que afasta o apoio dos primeiros a um tratado desta natureza.

Não obstante, o repetido reconhecimento do desenvolvimento enquanto direito consolidou-o como parte do patrimônio jurídico humano, passando-se inclusive a questionar se se estaria diante de um novo ramo jurídico voltado especialmente a este fim.

Principalmente em face do reconhecimento internacional do tema, houve discussões no sentido da existência de uma nova ramificação do direito internacional público, voltado especialmente às prerrogativas e instrumentos da promoção do desenvolvimento. Tal tentativa, contudo, não se mostrou aceita pela maioria por não se visualizar a criação de um novo corte estrutural no direito tão somente pelo reconhecimento do valor jurídico do desenvolvimento:

Desta feita, sequer é imaginável que consista em um ramo autônomo do direito, haja vista a inexistência de princípios próprios e de um tratamento sistemático à matéria. Reputamos mais razoável a visão que busca descobrir quais normas, contidas em todos os ramos do direito, especialmente do direito econômico, estariam voltados à concessão do ideal do desenvolvimento. Tal qual a ideia do corte transversal da árvore do direito, utilizado para o direito econômico, o direito ao desenvolvimento

pode ser buscado em outros ramos do direito, com vistas à sua concretização e existência autônoma. (RISTER, 2007, p. 83).

Como resultado dessa divergência, o direito ao desenvolvimento se consolida como um objetivo a ser perseguido com a utilização dos ferramentais existentes em todos os ramos do direito, bem como um valor axiológico que direciona a atividade estatal na atividade pública e na elaboração normativa.

Feitas tais considerações, remete-se agora para um ponto um tanto quanto obscuro no que diz respeito ao direito ao desenvolvimento: quem seria o seu principal sujeito, tanto no que diz respeito aos resultados do desenvolvimento, quanto em relação à sua promoção?

Apesar de as Declarações mencionadas se esmerarem em indicar que o indivíduo deve ser o começo e o fim do direito ao desenvolvimento, praticamente todas as medidas que têm sido tomadas em relação ao tema são focadas em outra direção, no direito ao desenvolvimento como uma prerrogativa das nações.

Ilustra essa realidade a divergência existente entre os países para a assinatura de um tratado internacional com força vinculante em relação à matéria. Ao mesmo tempo em que os países em desenvolvimento vislumbram no crescimento econômico o caminho para a melhora da qualidade de vida dos seus cidadãos, também acham eles que o status atual dos países desenvolvidos se deu à custa dos seus recursos naturais. A correção dessa injustiça histórica seria realizada de maneira macro, com a adoção de medidas compensatórias que fariam um país enriquecer mais, enquanto outro enriqueceria menos. Contudo, apesar de essas medidas virem a posteriormente refletir em mais qualidade de vida aos cidadãos nacionais, percebe-se que a discussão se restringe à promoção deste direito às nações, sendo que o indivíduo, enquanto sujeito destinatário e promotor do desenvolvimento, fica absolutamente à margem do debate.

Situação semelhante é verificada nos critérios adotados mundialmente para a mensuração do desenvolvimento. O IDH hoje se mostra como o mais adequado e difundido critério para a classificação do nível de desenvolvimento regional, porém não há que se esquecer que ele se utiliza de valores medianos para cálculo de seus resultados. Desta forma, em um determinado espaço podemos ter duas pessoas distintas, uma com alta expectativa de vida, muitos anos de estudos escolares e um poder de compra altíssimo, outra fadada à morte precoce, analfabeta e em condição de miserabilidade. Neste caso, de forma meramente ilustrativa, poderíamos dizer que o Índice de Desenvolvimento Humano deste espaço tem um

nível médio. Onde se encontra, nesta hipótese, o desenvolvimento enquanto direito humano inalienável e que tem o indivíduo como fim e instrumento de sua promoção?

A seguir o trabalho tentará responder a esta e a outras perguntas ao fundamentar o desenvolvimento como uma prerrogativa inafastável do indivíduo enquanto ser humano.

3 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INDIVIDUAL

A fundamentação do direito ao desenvolvimento enquanto uma prerrogativa individual do homem pode ter início com a ilustração de uma cidade fictícia, chamada “Cidade da Felicidade”¹, um lugar em que as pessoas vivem em plena harmonia e em celebração cívica, um lugar sem reis nem escravos, sem propagandas, consumismo ou violência. A Cidade da Felicidade, concebida em um conto de Ursula Guin, tem, porém, um lugar escuro, um quarto embaixo de um suntuoso prédio público, sem janelas e com uma porta trancada. Dentro deste quarto há uma criança, oligofrênica, mal nutrida e abandonada, a qual passa dias em sofrimento. Todos os cidadãos de Felicidade sabem que aquela criança está lá, mas elas acreditam que a sua permanência no local é o que mantém a beleza da cidade, a ternura das amizades, a qualidade de vida. Acaso a criança seja retirada do local, alimentada e confortada, toda a beleza da Cidade da Felicidade deixará de existir.

Michel Sandel, ao trazer o caso da “Cidade da Felicidade”, critica a moralidade da ideologia utilitarista de Jeremy Bentham ao aceitar o sofrimento da criança no quarto escuro para a manutenção da felicidade do resto das pessoas. Tal situação seria obviamente entendida como insustentável, independentemente das consequências gerais à cidade; e o motivo para isso? O fato de que o ser humano enquanto indivíduo é dotado de uma dignidade que deve ser o critério moral máximo para todas as escolhas de fazemos.

E o que o caso da “Cidade da Felicidade” tem a ver com o direito ao desenvolvimento individual? A resposta, “bastante”. Conceber o direito ao desenvolvimento como uma prerrogativa que deve ser alcançada coletivamente é esquecer que o indivíduo é um fim em si mesmo, dotado de uma dignidade inata à condição humana e que deve ser contemplado com inúmeras liberdades. Promover o desenvolvimento em uma determinada região, com o crescimento econômico, instalações salubres e acesso ao ensino educacional, porém deixar à

200

¹ Exemplo citado em: SANDEL. 2012, p. 50.

margem o incremento das potencialidades individuais, não é efetivar o direito ao desenvolvimento reconhecido internacionalmente.

O próprio conceito de dignidade se transformou no tempo com o intuito de se dirigir ao indivíduo, e não ao coletivo. Neste sentido, apesar de a expressão dignidade da pessoa humana parecer em um primeiro momento ser fruto de redundância, não o é justamente porque o termo “pessoa” refere-se ao singular, em contraposição à ideia de coletivo que poderia advir de “dignidade humana”. Embora o reconhecimento da dignidade humana ser datado de alguns séculos, a complacência jurídica permitiu que atrocidades fossem cometidas a indivíduos que, para algumas doutrinas, não se enquadravam no conceito de “humano”. Para coibir a repetição de tais erros, principalmente após a 2ª Guerra Mundial vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, passaram a expressar a dignidade como um direito individual do homem.

Em idêntico caminho várias Declarações provenientes das Nações Unidas também reconheceram expressamente os direitos humanos, em diversas dimensões, como destinadas ao homem enquanto indivíduo. Como consequência da dignidade da *pessoa* humana, os direitos sociais, políticos, econômicos, culturais, a democracia, a paz, etc., devem ser efetivados a todos, sem que a contemplação da maioria compense a exclusão de uma minoria. Pelo mesmo motivo é que se afirma que o direito ao desenvolvimento se constrói em cima de uma base individualista, sendo absolutamente acertado o teor do artigo 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento ao afirmar que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”.

Nestes termos é que a conceituação de desenvolvimento para Amartya Sen, como um conjunto de liberdades, se mostra tão atraente para a formulação do presente trabalho. Para ele, ver o desenvolvimento como uma expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, de modo que o ato de expandir as liberdades resulta na promoção automática do desenvolvimento.

Sob tal argumento é construído o raciocínio de que a liberdade seria central para o desenvolvimento inclusive por uma razão de *eficácia*, pois a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas (SEN, 2010, p. 18).

Com acerto, Amartya Sen propõe uma estreita ligação entre a liberdade individual e a realização do desenvolvimento social. Ao considerarmos que o indivíduo é começo e fim do

direito ao desenvolvimento, a expansão das liberdades leva a um aumento das próprias potencialidades e à melhora das disposições institucionais:

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdade políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício de liberdade das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades (SEN, 2010, p. 18).

Como dito, o conceito é provocativo por trazer o indivíduo não somente como um paciente contemplado pelas mudanças estruturais do desenvolvimento, mas também como um agente que é responsável pela construção social e pela promoção das liberdades.

Agora, se o direito ao desenvolvimento é uma prerrogativa individual do homem, como ele pode ser um agente da promoção das próprias potencialidades e qual a participação do Estado nessa tarefa? Para responder a essas perguntas temos que entender o homem como um agente racional maximizador do próprio bem-estar, cabendo ao Estado o papel da promoção da *igualdade de oportunidades* aos indivíduos que se encontrem em condições paritárias e da proteção do ambiente institucional.

O próximo capítulo terá por objetivo esclarecer o papel do indivíduo enquanto catalisador do próprio desenvolvimento e o limite da interferência do Estado na vida privada. Tal tarefa poderia ser realizada mediante a análise de qualquer dos instrumentos da ordem social, como a Educação, a Política ou o Direito, porém, dada a necessidade de um recorte para o presente trabalho, voltar-se-á ao papel das instituições jurídicas para a efetivação do direito ao desenvolvimento individual.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INDIVIDUAL ATRAVÉS DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

O conceito de instituições para este trabalho é aquele formulado por Douglass North, para quem as instituições são as normas de interação entre indivíduos e que em geral representam uma restrição para os agentes (NORTH, 1990, p. 304). É o que alguns autores definem como as “regras do jogo”, criadas pelo homem para estabelecer ordem e reduzir a incerteza (SALAMA, 2011, p. 29).

As instituições jurídicas, por sua vez, são aquelas normas de interação impostas pelo Estado, elaboradas através de processo legislativo específico e que compreendem a constituição, leis, regulamentos, etc. Instituições jurídicas são instituições formais, diferentes de outras normas de conduta de caráter informal, como os costumes, a religião e a moral. Se instituições são as “regras do jogo”, instituições jurídicas são as “regras legais do jogo”.

O que se propõe é que as instituições jurídicas exercem um fundamental papel na efetivação do direito ao desenvolvimento, principalmente em três pontos: na criação e garantia das normas legais que promovem as liberdades do indivíduo; a *igualdade de oportunidades* ao desenvolvimento e; na manutenção de um ambiente institucional que resguarde o planejamento individual pelo desenvolvimento.

O primeiro dos apontamentos parte da visão de Amartya Sen sobre o tema e a necessidade de se instrumentalizar o alcance das liberdades. Se o desenvolvimento é alcançado através da promoção das liberdades (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora), o ambiente institucional jurídico deve necessariamente ser permeado de instrumentos legais que visem garanti-las. Como visto, a principal fonte do direito ao desenvolvimento está presente nas Declarações internacionais, cujos textos ameamham diversos valores em respeito ao tema, mas que não possuem força normativa para consubstanciar, por exemplo, uma ação coercitiva pela sua efetivação. Desta forma, diante da dificuldade em se formular um tratado internacional que vincule os potenciais Estados signatários, cumpre às nações utilizarem de seu ambiente jurídico interno para prover mecanismos que visem a garantir a fruição das liberdades objetivadas pelo desenvolvimento. Com a solidificação dos direitos sociais e políticos dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente com a dotação de força normativa plena, a efetivação do direito ao desenvolvimento passa a ser algo factível.

O segundo apontamento diz respeito à criação de uma cultura institucional não discriminatória para com os instrumentos de desenvolvimento individual. Não basta que o Estado elabore leis de incentivo às liberdades, à exemplo de reconhecer o direito de propriedade, o acesso à saúde e à educação básica, é igualmente preciso que tais incentivos sejam acessíveis a todos os indivíduos de forma indistinta, a ponto de que a ninguém seja renegado ao direito ao desenvolvimento. É papel das instituições jurídicas resguardar a *igualdade de oportunidades* a todos os indivíduos, de modo que todos tenham o direito a buscar o desenvolvimento individual.

Conforme Hayek “a igualdade de oportunidades não pode nem deve ser interpretada literalmente. É claro que existem pessoas diferentes e que se se veem em circunstâncias diversas, que facilitam ou dificultam um trajeto para o desenvolvimento, porém, para ele, seu significado real talvez seja melhor traduzido por uma expressão que retroage à Revolução Francesa: “uma carreira de sucesso”. Nenhum obstáculo arbitrário deve impedir as pessoas de chegarem às posições para as quais as capacitam seus talentos e que seus valores levam-nos a buscar” (HAYEK, 2009, p. 138).

Deste modo, partindo de uma posição equânime dos indivíduos, as instituições jurídicas devem ser formuladas não de forma a privilegiar uma elite, mantendo-a em posição mais benéfica em relação aos menos abastados, mas sim deve propiciar que toda e qualquer pessoa tenha acesso às ferramentas para expansão de suas liberdades. Se por parte dos mecanismos jurídicos não há restrição para o desenvolvimento do sujeito, pode ele partir para uma nova etapa: a realização de planejamento individual para o desenvolvimento.

O terceiro ponto de interconexão se firma no fato de que os indivíduos, enquanto promotores e destinatários do desenvolvimento, devem se ver envoltos por instituições jurídicas claras e sólidas que lhes permitam realizar um autoplanejamento em prol do aumento do próprio bem-estar. As normas legais devem ser claras para permitir ao indivíduo traçar *ex ante* um plano de desenvolvimento próprio, e devem ser sólidas para que o planejamento não seja frustrado *ex post* por conta de uma alteração do ambiente institucional legal.

A construção deste raciocínio é realizada sobre a base de que o indivíduo é racionalmente um ser maximizador do próprio bem-estar. Se fizermos uma leitura do homem como agente econômico, todas as escolhas realizadas durante a vida serão feitas através da ponderação entre os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhe traz mais bem-estar (GICO, 2010, p. 17).

Antes de prosseguir, contudo, temos que resolver a definição do que vem a ser bem-estar, assim como se o desenvolvimento, enquanto mudança estrutural que se dá em diversas dimensões, tem por finalidade a promoção daquele.

Conforme demonstra Ronald Dworkin, conceituar o que vem a ser bem-estar para o indivíduo não é algo simples de se realizar. Existem diversas teorias sobre o assunto que podem ser divididas em categorias, sendo que a adoção de qualquer uma delas significa assumir a divergência advinda de preferências subjetivas ou a exclusão de elementos considerados importantes.

Segundo o autor, a primeira das categorias engloba as teorias que condizem com o alcance de metas pelo indivíduo, bem-estar seria o equivalente ao êxito na satisfação de preferências (DWORKIN, 2005, p. 11). Já a segunda categoria englobaria as teorias que discorrem sobre o bem-estar da consciência, especificamente em relação à maximização da satisfação individual e redução da insatisfação (DWORKIN, 2005, p. 13). Para todas as concepções que fazem parte destes grupos o principal problema é que preferências e satisfações dependem de critérios pessoais, o que torna difícil a tarefa de se firmar um conceito uníssono. Em resposta a essa dificuldade existe uma terceira categoria que conceitua o bem-estar de maneira objetiva. Dentro dela há uma teoria que supõe que o bem-estar consiste nos recursos disponíveis para a pessoa, amplamente concebidos, de modo que inclua apenas aqueles recursos que sejam de fato os mais importantes (DWORKIN, 2005, p. 52). Esta última é uma teoria que insiste que o bem-estar é definido pelo menos por certos tipos de recursos básicos a disposição do indivíduo.

Apesar de a teoria objetiva do bem-estar também sofrer suas críticas não levar em consideração as preferências pessoais, ela é a que mais se aproxima da ideia de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Quando tomamos o desenvolvimento como o atingimento das liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e da segurança protetora, percebemos que o desenvolvimento deve ter por finalidade a criação de *recursos* às pessoas para que possuam mais qualidade de vida. Sob esta ótica, a promoção do desenvolvimento enquanto liberdade é também concretização do conceito de bem-estar individual em sua acepção objetiva.

Assim, se o homem é um ser naturalmente voltado à maximização do próprio bem-estar, temos que o indivíduo é instintivamente determinado a desenvolver-se. Neste contexto, o indivíduo pode, para tanto, usar de um planejamento inspirado na estrutura institucional (não só jurídica) na qual está inserido para vislumbrar um plano de auto desenvolvimento.

Conforme defendido por Amartya Sen,

com as oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar o seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam ser vistos sobretudo como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento. Deste modo, completa o autor, existe, de fato, uma sólida base racional para reconhecermos o papel positivo da condição de agente livre e sustentável (SEN, 2010, p. 26).

A partir desta ideia, se ao indivíduo é garantido o direito de auto desenvolver-se, bem como formulará sua vida de modo a maximizar o seu próprio bem-estar, mostra-se importante que o ambiente institucional jurídico no qual ele esteja inserido contribua para a efetivação do desenvolvimento individual. Como as previsões do indivíduo são realizadas frente à ordem jurídica posta – portanto, de maneira *ex ante* - mostra-se essencial que haja a manutenção e a proteção das mesmas instituições jurídicas em um momento *ex post*, sem que haja a frustração do planejamento realizado pelo indivíduo para aumento de seu bem-estar. Como exemplo é possível citar a influência que o direito de propriedade tem para um plano de desenvolvimento. Acaso a propriedade individual, quando atacada, não seja protegida pelo Estado nas hipóteses e circunstâncias previstas *ex ante*, criar-se-á um ambiente institucional inapropriado para o desenvolvimento. Tal circunstância, obviamente, é algo que não deve ser tolerado pelo ambiente institucional.

CONCLUSÃO

206

Crescimento econômico e desenvolvimento são conceitos notadamente distintos. Foi-se o tempo da confusão entre os termos e da utilização da renda como critério máximo para indicação do nível de desenvolvimento comunitário ou mesmo individual. Para este trabalho a teoria sobre o desenvolvimento que mais se aproxima da realidade e de suas necessidades é aquela que preconiza a expansão das liberdades. O conceito é atrativo porque encara o desenvolvimento como a realização de objetivos específicos e que aumentam a qualidade de vida das pessoas. Mais do que isso, reconhece o indivíduo como personagem dotado da capacidade de promover o seu próprio bem-estar, sem necessariamente permanecer à espera de mirabolantes programas governamentais.

As sucessivas Declarações internacionais passaram a reconhecer o desenvolvimento como direito porque ele representa a congregação de diversas outras prerrogativas que já estavam sedimentadas no plano jurídico. Desenvolver é ter acesso aos direitos humanos de segunda geração, direitos políticos, à democracia e à paz. Se desenvolvimento é a expansão das liberdades, se as liberdades são direitos humanos, então o desenvolvimento é um direito, inclusive com o reconhecimento de natural à existência do homem.

Como consequência, se o homem, enquanto agente econômico, é instintivamente voltado à maximização do seu bem-estar, também o é em relação ao processo de

desenvolvimento. Por este motivo não é possível negar ao indivíduo do direito de desenvolver-se, inclusive como resultado da máxima moral existente no princípio da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento do desenvolvimento como direito humano pressupõe que ele é uma prerrogativa inafastável do indivíduo, não podendo ser satisfatória a mera contemplação do desenvolvimento comunitário.

Aqui não se defende a ausência da conotação coletiva do direito ao desenvolvimento, o que se propõe é mais a natureza difusa dessa prerrogativa, a qual pode ser encarada tanto sob a visão macro, quanto em relação ao próprio indivíduo.

Embora a visão aqui apresentada coadune com o conceito de expansão de liberdades de Amartya Sen, também não se afasta a ideia de que o desenvolvimento se atinge com o aumento da eficiência das instituições, tal qual traz Douglass North. Enquanto o primeiro apresenta uma visão teleológica do tema, o segundo é uma ferramenta para alteração de um quadro estrutural que venha a ser dito como desenvolvido. E é justamente na condição de ferramenta ao desenvolvimento que a proposta das instituições ganha relevância.

As instituições, a educação, a saúde, a política, a economia, a tecnologia, a religião, etc., são todos importantes para a promoção do desenvolvimento. O presente trabalho poderia se valer de qualquer um deles para ilustrar a efetivação do direito ao desenvolvimento individual, porém, dada a necessidade de um recorte, elegeu-se as instituições jurídicas para cumprir esta tarefa.

As instituições jurídicas, como normas legais que norteiam a interação dos indivíduos, têm papel fundamental da consecução do direito ao desenvolvimento individual. É através das normas jurídicas que diversos dos outros elementos de fomento ao desenvolvimento são criados, como estruturas educacionais e de assistência de saúde. Uma estrutura desenvolvimentista adequada, portanto, se inicia com instituições jurídicas voltadas a este fim. Igualmente, não basta a existência de amplas estruturas se elas não estão ao acesso ao indivíduo. Nesta toada, sem deixar de ser uma visão liberal sobre o tema, cabe às instituições jurídicas garantir a não discriminação no acesso ao desenvolvimento, resguardando iguais oportunidades a todos que queiram alterar sua estrutura social e melhorar suas condições de vida.

Finalmente, considera-se que se o homem é capaz de planejar o autodesenvolvimento, ele o faz com base no ambiente institucional em que está inserido, cabendo ao Estado a manutenção e a proteção das instituições jurídicas para que as expectativas do indivíduo não

sejam frustradas. Respeitados tais fatores, o direito ao desenvolvimento individual, natural à condição humana, pode ser amplamente incrementado pelas instituições jurídicas.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GICO JUNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. v.1, n. 1, 2010.

HAYEK, Friedrich. *O caminho para a servidão*. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009 [1944].

MARKS, Stephen P. Obligations to implement the right to development: philosophical, political and legal rationales. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ONU. *Relatório do Desenvolvimento Humano – RNH – de 2011*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 30 jul 2013.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALAMA, Bruno M.. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.



SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WEISZFLOG, Walter. *Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

Submissão: 30/09/2015
Aceito para Publicação: 23/12/2015



DESAPROPRIAÇÕES NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

EXPROPRIATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)

Andre Luiz dos Santos Nakamura*

RESUMO: O presente artigo pretende estudar a forma como devem ser realizadas as desapropriações nas Parcerias Público-Privadas. Iremos abordar a questão da distribuição dos riscos, a mudança decorrente da Lei 12.766/2006 que não mais permite a aplicação da disciplina das desapropriações prevista para os contratos normais de concessão possam ser aplicadas aos contratos de PPPs, as causas de fuga do parceiro privado das desapropriações, a questão do precatório, bem como acerca da desapropriação por zona, como instrumento de grande relevância para a realização de grandes obras de infraestrutura.

ABSTRACT: This paper aims to study the expropriation in the public-private partnerships. It discusses the allocation of risks, as well as the changes arising from Law 12.766/2006, which no longer allows the application of rules of expropriation required to general concession agreements to public-private partnerships. It also analyzes the reasons why the private sector lack interest in this partnerships, court order for payment issues and how the expropriation by zone could be an instrument of great importance for the implementation of big infrastructure projects.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Parcerias Público-Privadas (PPP). Bens Públicos. Concessão. Infraestrutura.

KEYWORDS: Expropriation. Public-private Partnerships. Public Property. Government Contracts. Infrastructure.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As Parcerias Público-Privadas (PPP). 2 Desapropriações feitas por concessionários de serviços públicos. 3 O pagamento da indenização pelo Poder Público mediante o repasse de valores na desapropriação judicial executada pelo Parceiro Privado e a compatibilidade com o art. 100 da Constituição Federal (regime dos precatórios). 4 Vantagens da atribuição do custo e da execução das desapropriações ao Parceiro Privado. 5 A execução da desapropriação judicial, na Parceria Público-Privada, deve feita por quem for o responsável pelo pagamento das indenizações. 6 Fatores que podem aumentar os custos das desapropriações de um projeto de infraestrutura. 7 A desapropriação por zona. Conclusão. Referências.

211

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende sistematizar a forma como deve ser realizada a desapropriação no âmbito das Parcerias Público-Privadas (PPP).

É de extrema importância, num projeto de Parcerias Público-Privadas (PPP), que as desapropriações sejam conduzidas de forma adequada e eficiente, sem prejuízos aos cofres públicos, bem como sem ocasionar lesões aos direitos dos expropriados.

Os imóveis necessários aos empreendimentos devem ser entregues aos Parceiro Privado, com a maior brevidade possível, evitando-se atrasos nos cronogramas das obras ou, até mesmo, inviabilização dos projetos. Numa grande obra de infraestrutura se não for obtida a imissão na posse de um único imóvel, todo o projeto pode ser prejudicado, com grandes prejuízos financeiros para o Estado e para a sociedade.

* Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Estado na Universidade Paulista (UNIP). Procurador do Estado de São Paulo.

Contudo, não se pode olvidar a necessidade de garantir o direito dos proprietários expropriados em receberem a justa e prévia indenização, visto que o direito fundamental à propriedade deve ser integralmente respeitado, não podendo sofrer restrições indevidas sob o fundamento do interesse público a ser atendido pela obra.

A execução das desapropriações pode ser atribuída, no âmbito das Parcerias Público-Privadas, para o Parceiro Público ou para o Parceiro Privado. O custo das desapropriações também pode ser atribuído a uma das partes do contrato de PPP. A questão que se coloca como mais problemática seria a atribuição da execução da desapropriação para um dos parceiros e a atribuição do risco (custo) para outro.

Se as desapropriações forem executadas pelo Parceiro Privado, mediante reembolso dos valores das indenizações pelo Parceiro Público, existe o risco daquele não buscar, nos processos judiciais, a justa indenização, permitindo pagamentos acima do valor de mercado do bem.

O reembolso, pelo Parceiro Público, dos valores das indenizações pagas pelo Parceiro Privado, em desapropriações judiciais, não é compatível com o art. 100 da Constituição Federal o qual obriga a Fazenda Pública a realizar todos os pagamentos decorrentes de sentenças transitadas em julgado por meio de precatórios.

A execução e o custo das desapropriações deveriam, preferencialmente, ser de responsabilidade do Parceiro Privado o qual tem melhores condições de viabilizar, com maior rapidez, mediante acordo e por um menor custo, as aquisições dos imóveis necessários aos grandes empreendimentos de infraestrutura.

Atualmente, nos custos estimados para as desapropriações de um grande empreendimento de infraestrutura, devem ser contabilizados não apenas os valores das indenizações devidas aos proprietários dos imóveis expropriados. Os possuidores também têm direito à indenização, bem como, se houver grandes ocupações irregulares, deverá um dos parceiros suportar os custos dos reassentamentos dos moradores.

Nas obras realizadas por meio de Parcerias Público-Privadas, deve-se usar do instrumento da desapropriação por zona para diminuir os custos do expropriante, em proveito de toda a sociedade, evitando-se o enriquecimento sem causa dos proprietários dos imóveis valorizados pelas obras públicas.

1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP)

A Parceria Público-Privada (PPP) não é uma nova espécie de contrato administrativo. Consiste no uso de mecanismos jurídicos, ou seja, regras caracterizando um regime peculiar, que podem ser inseridos em diversas espécies ou gêneros de contratos administrativos¹, em especial nos contratos de Concessão.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) entraram no ordenamento jurídico nacional após a promulgação da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Foram previstas duas modalidades de contrato de Parcerias Público-Privadas na legislação nacional: a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa.

O Estado de São Paulo, anteriormente à lei acima, editou uma lei prevendo as Parcerias Público-Privadas: a Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004. Os Estados têm competência suplementar em matéria de contratos administrativos, podendo legislar sobre questões específicas, sem contrariar a lei federal que tem natureza de norma geral, conforme previsão do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

A Concessão Patrocinada é uma concessão de serviço público, subordinada genericamente às regras da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), na qual o Poder Público se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao Concessionário². Não se trata de uma concessão comum, onde eventualmente ocorre a colaboração do Poder Concedente para a manutenção do empreendimento mediante a recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Trata-se de uma remuneração contínua e permanente do Poder Concedente em benefício do Concessionário durante todo o contrato³.

A Concessão Administrativa se destina à realização de obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. A Lei 11.079/2004, art. 2º, § 2º, prevê serviços prestados *indiretamente* à Administração Pública. Trata-se da prestação de serviços públicos pelo Parceiro Privado em proveito imediato dos usuários, em que a Administração Pública é a beneficiária indireta. Assim, quando se fala na Administração como usuária

¹ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, p. 525.

² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 776

³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 777

indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros usuários de serviços públicos, como os estudantes de uma escola pública ou os pacientes de um hospital público⁴.

Quando, pela natureza do serviço público, for possível a cobrança de tarifa dos usuários, deve-se utilizar a Parceria Público-Privada na modalidade de Concessão Patrocinada. Nos casos em que se afigura impossível tal cobrança, como nos serviços de saúde, educação e administração de presídios, deve-se utilizar a Concessão Administrativa⁵.

As duas modalidades de Parcerias Público-Privadas diferem da Concessão comum. Nesta ocorre a transferência do exercício de determinados serviços públicos para o Concessionário que os exercerá *por sua conta e risco*, fazendo jus, somente, à manutenção da equação econômico-financeira do contrato, bem como ao direito de ser ressarcido em razão de fato imputável ao Concedente que onere o contrato.

Na Parceria Público-Privada ocorre a divisão dos riscos entre o Parceiro Público (Concedente) e o Parceiro Privado (Concessionário), conforme previsão do art. 4º VI da Lei 11.079/2004, “inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária⁶”. Ou seja, o conceito tradicional de Concessão, onde o risco do negócio era do Concessionário, foi abandonado no modelo das Parcerias Público-Privadas, onde o Estado, também, é responsável pelos riscos do negócio.

Os contratos de Parcerias Público-Privadas têm seguido o modelo de *Build-Operate-Transfer* (BOT), onde o Parceiro Privado desenha, financia e constrói uma nova infraestrutura sob as regras de um contrato de concessão, operando durante um período predeterminado de tempo; depois do termo final do contrato, o bem é transferido para o setor público. A modelagem BOT é a mais comum nos contratos de Parcerias Público-Privadas formatados no Brasil. Nesses contratos, o Poder Público tem sido responsável pela desapropriação de terras, pela concessão de licenças, pelo *design* do projeto e pelas medidas regulatórias⁷.

⁴Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 312

⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 312

⁶ FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

⁷ NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. a. 12, n. 45, Belo Horizonte, jan./mar., 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=110795>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

1.1 A mudança promovida pela lei 12.766/2006: possibilidade de aportes iniciais ao Parceiro Privado pelo Parceiro Público

Na redação original da Lei nº 11.079/2004, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria era permitido o ingresso de recursos públicos nos contratos de Parcerias Público-Privadas. Entretanto, a Lei nº 12.766/2006 previu a possibilidade de aporte de recursos do Parceiro Público ao Parceiro Privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis.

A lei nº 12.766/2006 possibilitou o repasse de recursos públicos para a aquisição da infraestrutura necessária à prestação do serviço, que depois será incorporada ao patrimônio público, em razão da sua reversibilidade. Esta afeta um determinado bem à prestação de uma atividade de interesse público que será revertido à propriedade do Estado Concedente após o término do contrato de concessão. Conforme lição da doutrina⁸, “reversão é a passagem para a propriedade do poder concedente dos bens do concessionários aplicados necessariamente ao serviço e considerados indispensáveis”. E é esse vínculo que está na base da possibilidade de haver o aporte nessas hipóteses.

Havendo disponibilidade de recursos para o Poder Público aplicar em bens que serão revertidos, não haveria por que exigir que a iniciativa privada financiasse sua construção ou aquisição para, depois, o Estado remunerar não só o custo, mas também o capital investido pelo particular. É financeiramente vantajoso, havendo recursos disponíveis, que o Poder Concedente os aplique diretamente na aquisição de bens reversíveis os quais, além de serem afetados à prestação dos serviços, serão revertidos ao Estado ao final do contrato⁹. Anoto que, como houve aporte inicial de recursos do Poder Público para a aquisição de bens, mediante desapropriação, não é cabível qualquer previsão contratual de indenização ao Concessionário por referidos bens.

Antes da lei nº 12.766/2006, a contraprestação da Administração Pública somente se dava após a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Entretanto, com a possibilidade de aporte de recursos em favor do parceiro privado para a

⁸ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 554.

⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O aporte nas Parcerias Público-Privadas: algumas reflexões acerca das inovações instituídas na Lei nº 11.079/2004. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. a. 2, n. 2, Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86114>>. Acesso em: 10 set. 2014.

aquisição de bens reversíveis, surgiu o problema da incompatibilidade do Estado pagar a indenização da desapropriação judicial executada pelo Concessionário¹⁰.

Assim, após a lei nº 12.766/2006 tornou-se possível que, nas Parcerias Público-Privadas, o Poder Público faça o aporte de recursos para que o Concessionário faça os pagamentos das indenizações nas desapropriações necessárias às aquisições dos bens reversíveis necessários aos empreendimentos.

2 DESAPROPRIAÇÕES FEITAS POR CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 A competência expropriatória do Concessionário

A desapropriação pode ser realizada pelo Concessionário de serviço público, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 (lei das desapropriações). A Lei nº 8.987/95 (lei das concessões – art. 31) prevê que incumbe ao Poder Concedente declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Assim, pela disciplina normativa hoje existente, a desapropriação somente pode ser outorgada ao Concessionário, se este for o responsável pelo pagamento das indenizações.

O art. 3º, *in fine*, do Decreto-Lei nº 3.365/41 exige que o particular beneficiário do bem expropriado receba uma autorização estatal específica. Referida autorização tanto pode ser dada por lei (como no caso das concessões de serviço público, onde a Lei nº 8.987/95, art. 31, VI, autoriza o concessionário a desapropriar), ou por decisão administrativa, conforme entendimento da doutrina¹¹:

O dispositivo fala expressamente em contrato, guardando paralelo com a forma pela qual as concessões são outorgadas (contrato de concessão), mas há de se admitir que tal autorização também seja dada noutro tipo de instrumento administrativo de

¹⁰ Conforme lição da doutrina, “a seqüência da peculiarização parcial do regime de PPPs exige um plexo pacificador de alterações normativas supervenientes”. (FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.)

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. a. 12, n. 47, Belo Horizonte, jan./mar., 2012, p. 85-106.

delegação de função pública, como autorizações, licenças, etc. ou, até mesmo, no ato de declaração de utilidade pública.

Deve-se fazer uma distinção entre a declaração de utilidade pública e a promoção ou execução da desapropriação. “Só o Estado declara, mas outras entidades, autorizadas pelo Estado, podem promover a desapropriação¹²”. A lei, ao permitir que o Concessionário promova a desapropriação, na verdade está indicando que o Estado pode, fundado em lei ou contrato, indicar quem será o responsável pelo cumprimento de todo o procedimento expropriatório, bem como o beneficiário do bem expropriado. O poder de expropriar, entretanto, sempre é do Estado. Conforme lição da doutrina¹³, “a desapropriação traduz um juízo político fundamental, cujo exercício é reservado aos representantes do povo”. No mesmo sentido¹⁴:

É costume designar comumente como sujeitos ativos do direito de desapropriação, além do Estado, todas as pessoas jurídicas públicas e também particulares, quando são concessionários de uma obra de utilidade pública, mas é oportuno esclarecer que tais sujeitos devem ser entendidos como os beneficiários do bem particular, atingido pela desapropriação, na medida em que lhes é confiada a execução da obra de utilidade pública, em nome da qual o bem expropriado é extraído da esfera patrimonial do antigo proprietário. O *direito de desapropriação*, entretanto, na medida em que envolve o uso do *imperium*, diz respeito e é exercitado pelo Estado e só pelo Estado, seja embora de interesse final de outros sujeitos.

217

A declaração de utilidade pública será editada pelo Poder Público a que se encontrar vinculado o concessionário; este promoverá a desapropriação, em nome próprio; o bem, uma vez expropriado, integrará o patrimônio do concessionário e não do Estado¹⁵, sendo revertido a este no final da concessão.

O fundamento da atribuição do poder expropriatório ao Concessionário é o fato deste ser o responsável pelo pagamento das indenizações. Nota-se que o art. 31 da Lei nº 8.987/95 diz expressamente que “incumbe ao Poder Concedente declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, *caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis*” (grifos nossos). Decorre da disciplina legal que a atribuição do poder expropriatório ocasiona o dever de pagar as indenizações. O poder de

¹² CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado Geral da Desapropriação*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 99.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 605.

¹⁴ D'ALÉSSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 4. ed., v. II. Torino: ed. Torinese, 1949, p. 11

¹⁵ Cf. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 157

expropriar somente é delegado ao Concessionário em razão deste ser o responsável pelo pagamento das indenizações e, por isso, ter interesse em zelar pelo pagamento da justa indenização, já que é dele o risco do negócio e, conseqüentemente, não se sujeitar a pagar indenizações acima do valor de mercado. Assim, concluímos que o fato do concessionário ser o responsável pelo pagamento da indenização é a razão pela qual a lei permitiu a delegação do poder de expropriar sem qualquer fiscalização por parte do Poder Público, decorrendo da disciplina legal ser vedado ao concessionário desapropriar se a indenização for paga Concedente.

Anoto que o Poder Público somente pode delegar ao Concessionário a função de desapropriar os bens necessários ao desempenho das obrigações legais e contratuais decorrentes do contrato¹⁶. É nula qualquer delegação de poder expropriante sobre bens que não integrem o objeto do contrato de concessão.

2.2 A competência expropriatória do Parceiro Privado

218

Não existia uma disciplina diferenciada para as desapropriações nas Parcerias Público-Privadas. Estas eram disciplinadas, de forma subsidiária, pela Lei das Concessões, conforme expressa previsão do art. 3º da Lei 11.079/2004, em especial no que diz respeito às concessões patrocinadas.

A MP 700/2015 alterou a redação do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e previu a desapropriação realizada nos contratos de parcerias público-privadas¹⁷.

A lei 11.688/2004 do Estado de São Paulo reza, em seu art.7º, que as parcerias público-privadas determinam para os agentes do setor privado a incumbência de promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público, quando prevista no contrato; já § 1º do artigo 8º da referida lei estabelece que compete ao Poder Público declarar de utilidade pública os bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato, bem como à implementação

¹⁶ “A entidade política competente concede ao concessionário ou delegado do Poder Público a faculdade de desapropriar os bens necessários ao desempenho de suas obrigações legais e contratuais, isto é, à execução do serviço público”. (HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

¹⁷ Decreto-lei 3.365/41. Art. 3º (com da redação dada pela MP 700/2015): *Poderão promover a desapropriação mediante autorização expressa constante de lei ou contrato: I – os concessionários, inclusive aqueles contratados nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, permissionários, autorizatários e arrendatários.*

de projetos associados, podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado. Percebe-se que a lei paulista das Parcerias Público-Privadas disciplinou as desapropriações da mesma forma como elas ocorrem nos contratos de concessão.

Em relação às desapropriações para urbanização ou reurbanização foi disciplinada, em âmbito federal, uma especificidade nos contratos de PPP. O art. 49 da Lei 12.876 de 24 de outubro de 2013 incluiu um parágrafo único ao art. 4º do Decreto-Lei no 3.365/41 autorizando, na desapropriação destinada à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente, no mínimo, o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade. Entretanto, a MP 700/2015 revogou referida disposição legal, dando nova redação ao Parágrafo único do art. 4º. Este prevê que quando a desapropriação executada pelos autorizados a que se refere o art. 3º destinar-se a planos de urbanização, de renovação urbana ou de parcelamento ou reparcelamento do solo, previstos no Plano Diretor, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou da utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do contratado, garantido ao Poder Público responsável pela contratação, no mínimo, o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade. Apesar de se referir a uma hipótese específica (desapropriação destinada à urbanização ou à reurbanização por meio de concessão e PPP), tal previsão indica um princípio a ser seguido, qual seja, o de que o Poder Público deve ser ressarcido pelo Parceiro Privado dos valores pagos para as aquisições imobiliárias no âmbito das PPPs, quando não houver a reversão dos bens expropriados.

No âmbito de uma PPP, o poder de expropriar pode ser delegado ao Parceiro Privado em lei ou contrato, desde que ele seja o responsável pelo pagamento das indenizações. Entretanto, como na parceria é possível que o Parceiro Público faça aportes ao Parceiro Privado para a aquisição de bens reversíveis, pode ocorrer a situação de o Concessionário ser o expropriante e não ser o responsável pelo pagamento das indenizações, o que não se admite, visto que o fundamento para a delegação da competência de executar as desapropriações ao Concessionário é fato de que este, por ser o responsável pelo pagamento da indenização, zelar pelo pagamento do preço justo.

A lei nº 12.766/2006, ao prever a possibilidade do aporte inicial de recursos pelo Parceiro Público ao Parceiro Privado, deveria ter disciplinado a forma como se dariam as execuções das desapropriações, quando houvesse o referido aporte. Após a promulgação da Lei nº 12.766/2006, ficou sem sentido e sem fundamento, caso haja o aporte para a aquisição de bens mediante desapropriação a ser executada pelo Parceiro Privado, a remissão à disciplina das desapropriações realizadas no âmbito dos contratos de concessão, onde o custo das indenizações é sempre do Concessionário.

Na concessão tradicional, o risco do negócio é do Concessionário, razão pela qual este irá zelar pelo pagamento da indenização justa e combaterá em juízo eventual condenação em valor acima do mercado. Na Parceria Público-Privada, se houver a atribuição do Poder de Expropriar ao Concessionário e o pagamento da indenização ao Parceiro Público, aquele poderá não ter interesse em lutar, perante o Judiciário, pelo pagamento do justo valor, afinal, o valor não será por ele desembolsado. Ademais, tal situação pode abrir oportunidades para fraudes, ensejando acordos entre peritos judiciais, expropriados e Concessionários para sobrevalorizarem os imóveis em prejuízo aos cofres públicos¹⁸.

Assim, após a edição da lei 12.766/2006, a remissão à disciplina da lei nº 8.987/95, no que se refere às desapropriações, restou prejudicada, visto que os custos da aquisição dos imóveis podem ser objeto de aporte inicial pelo Parceiro Público, razão pela qual pode não subsistir o fundamento da delegação da competência expropriatória ao Concessionário.

¹⁸ A existência de fraudes em perícias judiciais em ações de desapropriação visando causar danos aos cofres públicos já ocorreu no Estado de São Paulo: PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. SERRA DO MAR. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA PERICIAL FALSA. FALTA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE O OBJETO PERICIADO E O LAUDO PRODUZIDO. FORTES INDÍCIOS. APURAÇÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO. NOVA PERÍCIA. DEFERIMENTO. 1. É admissível Ação Rescisória fundada no art. 485, VI, do CPC, em que se alega a falsidade da prova pericial em razão da falta de correspondência entre o objeto analisado e o laudo produzido. 2. Hipótese em que os autos estão instruídos com elementos que apontam fortes indícios de falsidade. 3. Precatório de R\$ 372.875.673,00 (valores de fevereiro de 2002), referente à área de 3.300 ha afetados pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar. 4. No âmbito do Direito Público, é técnica e juridicamente descabida a distinção, para fins de aplicação do art. 485, VI, do CPC, entre "falsidade" e "erroria". 5. Desnecessário, na Ação Rescisória, perquirir a atitude ou estado de espírito do perito, se houve simples erro ou deliberada intenção de prejudicar a cognição do Judiciário, importando apenas aferir a correspondência entre o conteúdo do laudo pericial e a realidade que se propôs a apurar e relatar. 6. Indeferir a produção de nova perícia na Ação Rescisória, apesar dos fortes indícios, constantes dos autos, de ilegalidade e de flagrante atentado à realidade do mercado, seria negar ao autor a possibilidade de comprovar suas alegações, como autorizado pelo art. 485, VI, do CPC. 7. Agravo Regimental provido. (STJ – AgRg na AR 3290/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/09/2007, DJe 10/11/2009).

3 O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO MEDIANTE O REPASSE DE VALORES NA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL EXECUTADA PELO PARCEIRO PRIVADO E A COMPATIBILIDADE COM O ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REGIME DOS PRECATÓRIOS)

3.1 O regime constitucional de pagamento de débitos da Fazenda: o precatório

O art. 100 da Constituição Federal determina que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

O termo “precatório” deriva da palavra *precata*, que significa requisitar alguma coisa de alguém. O precatório é uma carta, expedida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as respectivas ordens de pagamento às repartições pagadoras.

Trata-se de um sistema que garante os pagamentos decorrentes de sentença judiciária, de modo a evitar protecionismo. A exigência constitucional de expedição do precatório, com a consequente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação daquele instrumento de requisição judicial de pagamento, tem por finalidade impedir favorecimentos pessoais indevidos e frustrar injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo.

A regra inscrita no art. 100 da CF – cuja gênese reside, em seus aspectos essenciais, na Constituição de 1934 (art. 182) – tem por objetivo precípuo assegurar a submissão incondicional do poder público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispõe de precedência cronológica (*'prior in tempore, potior in jure'*).

O comportamento da pessoa jurídica de direito público, que desrespeita a ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, deve expor-se às graves sanções definidas pelo ordenamento positivo, inclusive ao próprio sequestro de quantias necessárias à satisfação do credor injustamente preterido. Nem mesmo a celebração de transação com o poder público, em ações onde já foram expedidos os precatórios, ainda que em bases vantajosas para o erário teria o condão de autorizar a inobservância da ordem de precedência cronológica dos precatórios, pois semelhante comportamento – por envolver efetivação de despesa não autorizada por lei e por implicar frustração do direito de credores mais antigos,

com evidente prejuízo para eles – enquadra-se no preceito incriminador constante do inciso V do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967¹⁹.

3.2 A incompatibilidade da execução da desapropriação pelo Parceiro Privado custeada pelo Parceiro Público com o art. 100 da Constituição Federal

Várias dificuldades se apresentam na hipótese da desapropriação, custeada pelo Parceiro Público, ser executada pelo Parceiro Privado.

Em relação ao depósito prévio da oferta para fins de imissão provisória na ação de desapropriação, não haveria ofensa à regra do art. 100 da Constituição Federal no repasse do valor pelo Estado ao Parceiro Privado para tal pagamento, visto que, se o Poder Público poderia pagar ao expropriante o valor da oferta sem precatório, poderia repassar ao Parceiro Privado em razão de ajuste contratual, para que fizesse o mesmo²⁰.

Contudo, se o Concessionário fosse condenado, por sentença, a pagar um valor além da oferta da desapropriação, seja em razão da diferença verificada entre o valor apurado pelo Perito Judicial e o Laudo Pericial que fundamentou o valor da oferta, bem como em razão de ação de indenização por perda do ponto comercial ou em razão de determinação judicial para fornecer moradia ou qualquer outro benefício aos ocupantes dos imóveis expropriados, se o Parceiro Público fizesse o repasse dos valores para atender a estas despesas, haveria um pagamento fora da sistemática do art. 100 da Constituição Federal, em clara ofensa à Constituição Federal.

Ora, poder-se-ia argumentar que o pagamento seria feito pelo expropriante Concessionário e não pelo Estado, não incidindo a regra do art. 100 da Constituição Federal. Entretanto, salvo melhor juízo, o argumento não convence. Não pode o Poder Público realizar por meio de pessoa interposta ato que não poderia fazer por si mesmo.

Se a desapropriação feita em nome do Estado deve ser paga por precatório, com exceção do depósito prévio, não faria sentido que a desapropriação paga pelo Estado e executada pelo Concessionário numa PPP possa ser paga de forma diferenciada. Tal fato implicaria num tratamento diferenciado para casos idênticos: se duas pessoas fossem

¹⁹ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AP 503, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2013.

²⁰ Entretanto, conforme demonstraremos à frente, no âmbito judicial, não é possível que o Concessionário represente a Fazenda do Pública se esta for a responsável pelo pagamento da indenização.

expropriadas, ambas com valores pagos pelo Poder Público, uma receberia fora da sistemática dos precatórios, em razão da PPP, enquanto a outra, em razão da desapropriação não se dar numa PPP, receberia por meio de precatório. Conforme lição da doutrina²¹:

As PPPs não devem ser interpretadas em detrimento dos demais credores públicos (os "comuns"), sob pena de conflitos nefastos e juridicamente injustos... Jamais se deve admitir que os credores do Poder Público sejam divididos entre os de primeira categoria e os integrantes da classe dos virtualmente excluídos. A discriminação negativa mostra-se, por inteiro, inaceitável.

Qualquer pagamento determinado por sentença, com exceção do valor do depósito prévio para fins de imissão, não poderia ser repassado para o Parceiro Privado, porque significaria o pagamento de valores decorrentes de condenação judicial fora da sistemática dos precatórios, o que é vedado pela Constituição Federal.

Entendo que o mesmo óbice ocorreria, inclusive, caso fosse previsto no contrato de parceria um repasse de valores pelo Poder Público visando a um reequilíbrio contratual onde fossem inseridos, dentre outros valores a serem objeto da repartição dos riscos prevista na lei (art. 4º VI da Lei 11.079/2004), os valores decorrentes das sentenças nas desapropriações onde houvesse condenação acima do valor ofertado. A previsão de pagamento, mesmo no âmbito contratual, pelo Poder Público, dos valores de condenação judicial acima do valor ofertado em ações de desapropriação, configura uma ofensa à disciplina dos precatórios, visto que ocorrerá o desembolso, pelo Poder Público, de valores decorrentes de condenações judiciais, em detrimento da ordem de preferência de outros créditos também reconhecidos judicialmente.

223

4 VANTAGENS DA ATRIBUIÇÃO DO CUSTO E DA EXECUÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO AO PARCEIRO PRIVADO

Numa Parceria Público-Privada, se determinado risco, por ocasião da modelagem, for suportado pelo Parceiro Privado, na ocorrência do mesmo, este não poderá exercer qualquer pretensão por novos aportes financeiros de parte do Poder Público; este é isento de qualquer

²¹ FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, jan./mar., 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

responsabilidade em razão da repartição objetiva empreendida na modelagem, e que necessariamente foi retratada no instrumento convocatório da licitação.

Se, ao contrário, o Poder Público entende de suportar sozinho determinado risco, sobre ele não de recair as consequências financeiras da concretização desse particular risco, devendo fazer os aportes financeiros necessários para cobrir as despesas resultantes do risco assumido. Entretanto, se houve o compartilhamento dos riscos, haverá a distribuição previamente estabelecida entre as duas partes²².

Há vantagens (para ambas as partes do contrato de parceria) na atribuição da execução das desapropriações e do pagamento das indenizações ao Parceiro Privado, o qual tem condições de adquirir os imóveis a um custo menor e de forma mais célere, em razão de não ter as restrições negociais do Estado²³.

A desapropriação feita pelo Estado encontra serias dificuldades em razão da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração²⁴. Esta não pode pagar um valor a maior que o encontrado no laudo de avaliação, ainda que seja ínfimo em relação ao custo total do imóvel, mesmo sob o fundamento da vantagem que a rapidez na obtenção da imissão provisória na posse ocasionaria ao cronograma da obra que resultaria, ao final, em vantagens patrimoniais para ambos os parceiros.

Também, a Administração Pública teria mais dificuldades em negociar com o expropriado para que este recebesse um valor menor que o de mercado, com base, por exemplo, no rápido recebimento da indenização, mesmo diante de irregularidades documentais que não comprometessem a segurança do negócio²⁵, tal como ocorre diariamente nas negociações privadas no mercado imobiliário.

²² Cf. VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 5, n. 22, Belo Horizonte, p. 11-23, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33323>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²³ Em sentido contrário: “os riscos de aquisição de terra (desapropriação) devem ser alocados ao governo, porque pode usar seu poder de império para forçar a aquisição da terra”. (NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. a. 8, n. 28, Belo Horizonte, jan./mar., 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66032>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

²⁴ “Sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis; o órgão administrativo não tem disponibilidade sobre eles, tendo somente que curá-los” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.70)

²⁵ Ex: Existência de dívidas fiscais, anotações no CADIN, ações judiciais em nome do proprietário que impediriam uma desapropriação amigável pelo Estado que sempre se submete a normas que impedem a aquisição amigável de imóveis de proprietários nessas condições em razão do risco de ações judiciais que visam declarar fraude a credores ou fraude a execuções. Entretanto, no mercado imobiliário é normal a ocorrência de

Diferentemente, o parceiro privado pode negociar diretamente com os proprietários os valores das indenizações, ora pagando um pouco acima do valor do laudo avaliatório para um proprietário mais relutante em desocupar seu bem, ora negociando com outro em condições mais vantajosas, para um rápido pagamento e, no final, conseguir reduzir os custos globais das aquisições imobiliárias.

Ademais, o particular sempre desconfia da oferta do Poder Público o qual é visto como aquele que oferece valores irrisórios nas desapropriações, bem como não paga em dia os precatórios resultantes dos valores das indenizações. Em razão desta fundada desconfiança em relação ao Poder Público, as negociações diretas com os particulares (desapropriações amigáveis) nem sempre se concretizam.

Dessa forma, por ser a parte mais capaz de conseguir as aquisições imobiliárias pelo menor preço e com mais rapidez, deveria o Parceiro Privado ser o responsável pelas desapropriações, como executor e responsável pelos custos das indenizações. Um dos objetivos das Parcerias Público-Privadas é estruturar o relacionamento entre as partes, de forma que os riscos sejam suportados por aquela mais capacitada a controlá-los. Conforme lição da doutrina²⁶,

a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condições de gerencia-lo: isso é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível...o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer.

É exatamente a hipótese acima descrita. O particular tem melhores condições e liberdade de negociação que o Poder Público. Consequentemente, tem condições de adquirir os imóveis com maior celeridade e por um preço menor, razão pela qual os riscos dos custos das aquisições deveriam ser atribuídos ao setor privado.

transações de imóveis em condições mais arriscadas, mediante desconto proporcional ao risco no preço final da aquisição.

²⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

4.1 Motivo da recusa dos parceiros privados em assumirem os custos das desapropriações: a ausência de confiabilidade nos trabalhos técnicos

Editais que previam que o Parceiro Privado seria o responsável pelas desapropriações não tiveram interessados em firmar as parcerias²⁷. Em razão da recusa do mercado em assumir os variáveis custos das desapropriações, os Parceiros Públicos estão assumindo os custos das indenizações das desapropriações, mesmo sem certeza dos valores que serão efetivamente desembolsados ao final do empreendimento.

Entretanto, se for realizado um trabalho técnico sério, mediante avaliação individualizada dos imóveis expropriados, com previsão dos custos estimados para as indenizações de possuidores, titulares de fundos de comercio, bem de reassentamentos e aquisição de imóveis para os titulares do direito de concessão de uso prevista na Medida Provisória nº 2.220/2001, não haverá motivos para a recusa da assunção do risco pelo Parceiro Privado. Este, quando não assume um determinado risco, normalmente não o faz em razão da falta de confiabilidade nas estimativas dos custos que irá assumir, em razão da fragilidade do trabalho técnico apresentado pelo Poder Público.

Para evitar que os parceiros privados assumam riscos de proporção indefinida, os empreendimentos de infraestrutura que exijam muitas desapropriações devem ser precedidos de trabalhos técnicos de avaliação seriamente elaborados, que reflitam o valor de mercado dos imóveis, bem como os demais custos que podem vir a surgir durante todo o processo de aquisição dos imóveis. O custo total deve ser precisamente descrito e considerado na contraprestação do Poder Público, juntamente com outras parcelas decorrentes do contrato, mediante a repartição de riscos. Também, o Parceiro Público deve fazer levantamento das áreas a serem desapropriadas e recenseamento da população a ser deslocada, estimando o custo da desapropriação e das indenizações para a realocação da população a ser deslocada para implantação do projeto e todas as informações devem ser tornadas públicas. Tal valor será considerado na formulação da proposta comercial. Se o Parceiro Privado, negociando livremente com os proprietários as aquisições dos imóveis, conseguir um valor global menor que o calculado, deverá ficar com a diferença para si, como um prêmio pela eficiência na sua atuação.

²⁷ Exemplo: linha 6 do Metrô de São Paulo.

Anoto que é de interesse público diminuir o risco do Parceiro Privado. Afinal, quanto maior o risco, maior o prêmio, razão pela qual é conveniente ao Parceiro Público empenhar-se para, na fixação da equação econômico-financeira, reduzir, ao máximo, os riscos para os investidores, diferentemente do que poderia imaginar o observador menos experiente ou sagaz²⁸.

Somente um trabalho técnico sério proporciona segurança ao mercado para assumir os custos das desapropriações. Não adianta o Poder Público assumir custos incertos, baseados em trabalhos técnicos não precisos, que no futuro podem não ser cumpridos por questões orçamentárias. Um trabalho técnico que permita ao Parceiro Privado ter um cálculo seguro do custo das aquisições dos imóveis é forma mais vantajosa de compatibilizar o interesse público e a equação econômico-financeira do contrato. Conforme lição da doutrina²⁹, “a mais expressiva garantia a ser ofertada aos parceiros privados reside no incremento sensível da credibilidade e da confiabilidade institucional do parceiro público”.

227

5 A EXECUÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL, NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, DEVE SER FEITA POR QUEM FOR O RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DAS INDENIZAÇÕES

Nada impede que a desapropriação (execução e custos) seja atribuída ao Parceiro Público ou do Parceiro Privado. Entretanto, a reponsabilidade deve se dar de forma integral, caso se opte pela via judicial. Se o custo das indenizações for de responsabilidade do Parceiro Privado, este deverá ser o expropriante, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95³⁰.

²⁸ FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC.* a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro/Março, 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

²⁹ FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC.* a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro/Março, 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

³⁰ No processo nº 1028118-19.2014.8.26.0053 que correu perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital de São Paulo, que trata de desapropriação da linha 6 do Metrô de São Paulo, onde a execução das desapropriações ficou a cargo do Concessionário, com os custos repassados pelo Estado, a juíza Cynthia Thomé decidiu nos seguintes termos: “a questão não é a distribuição de riscos, mas sim de ausência de cumprimento de forma exigida em lei. O risco da desapropriação pode, sem dúvida, ficar a cargo do Estado ou da parceira privada. Todavia, caso esse ônus recaia sobre a parceira privada, é obrigatório que caberá à ela a responsabilidade pelo pagamento das indenizações, e não ao Estado. E tal previsão legal existe justamente para obrigar o expropriante, seja ele o Estado ou a parceira privada, a suportar integralmente o ônus da demanda, de forma a afastar um regime híbrido (...). O que não se pode admitir é que o Estado responda pelo pagamento mas não detenha o

Entretanto, se o custo das desapropriações for do Parceiro Público, este deve ser o expropriante, não podendo o Parceiro Privado ser o executor das ações de desapropriações cujas indenizações serão pagas pelo Poder Público. Tal prática, como acima demonstrado, pode ocasionar ofensa ao art. 100 da Constituição Federal o qual determina que todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

Também, entendo que haveria ofensa ao art. 132 da Constituição Federal. O Concessionário é uma pessoa jurídica de direito privado que não pode representar o Estado em juízo ou fora dele em assuntos de interesse deste. Segundo determina o art. 132 da Constituição Federal, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Se uma desapropriação judicial vai ser custeada pelo Poder Público, é um assunto de interesse do Estado e a defesa deste interesse somente pode ser feita pela Procuradoria do Estado e não pelo departamento jurídico da Concessionária, pessoa jurídica de direito privado.

Conforme acima se demonstrou, o fundamento da atribuição do Poder de expropriar ao Concessionário nas concessões comuns é fato deste ser o responsável pelo pagamento da indenização. Se o Parceiro Público assumir a responsabilidade pelo pagamento das indenizações da desapropriação, desaparece o fundamento da delegação da competência do Poder expropriatório ao Parceiro Privado. Nessa hipótese, necessariamente, quem deve figurar como expropriante é o Parceiro Público o qual vai arcar com os custos da indenização.

Anoto que não há qualquer óbice que o Estado seja o expropriante e transfira a propriedade ao Concessionário após o término da ação de desapropriação. Esta se faz para satisfação de um interesse público o qual pode se dar mediante a transmissão da propriedade do bem expropriado para um particular. No caso de uma PPP, em que o bem expropriado será afetado ao serviço público e, ao final da concessão, será revertido ao patrimônio do Poder Público concedente, existe notório interesse público que autoriza a transferência da

efetivo controle sobre o processo, admitindo que se sujeite ao regime privado em determinadas fases, como na elaboração de laudos, produção de provas, contratação de assistentes técnicos, entre outros”.

propriedade. A doutrina³¹ reconhece a possibilidade de transmissão do bem expropriado ao particular, para atendimento de um interesse público:

Aspecto importante na evolução do instituto expropriatório diz respeito à ampliação gradativa de casos em que o bem irá integrar o patrimônio privado, terá como destinação o patrimônio privado.

(...)

Chega-se então, a um estágio em que o objetivo de alguns casos de desapropriação situa-se na transmissão do bem a um particular, para que o interesse público, especificado na utilidade pública ou no interesse social, seja realizado.

A pessoa pública competente para decretar a expropriação ou a entidade que a promove apenas detém, temporariamente, o bem que terá como destino final o patrimônio privado.

Não é recomendável que um dos parceiros seja responsável pela execução de ato que vai ser ressarcido pelo outro. Se o Parceiro Privado for o expropriante, no processo judicial, pode não ter interesse em buscar uma indenização justa³², visto que o valor não vai ser por ele custeado. Tal situação pode gerar a assunção, pelo Estado, de gastos públicos de valores indeterminados. Anoto que, em razão da disciplina decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), não pode o Estado assumir, nem mesmo num contrato de PPP, obrigações de valores indeterminados, visto que toda a despesa deverá ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes (art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000)³³.

Se o Parceiro Privado desapropriar em nome próprio, com as indenizações pagas pelo Parceiro Público, por força do contrato de parceria, sem autorização legal, ocorre afronta ao artigo 6º do Código de Processo Civil³⁴, o qual estabelece que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. A Lei Federal 11.079/2004, que cuida da contratação de Parceria Público-Privada, não traz norma prevendo a substituição processual nas ações de desapropriação. A Lei Federal nº 8.987/95, em seu artigo 29, inciso VIII, *in fine*, autoriza a promoção da ação de desapropriação pela Concessionária, apenas quando houver a responsabilidade desta pelas indenizações cabíveis. Assim, no âmbito

³¹ MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 90-91 (grifos nossos)

³² Sobre o conceito de justa indenização na desapropriação, vide: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³³ Sobre os riscos das PPPs às finanças públicas, vide: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Os riscos das Parcerias Público-Privadas (PPP) para as finanças públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, a. 13, n. 150, Belo Horizonte, jun. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119923>>. Acesso em: 10 set. 2014.

³⁴ Essa foi a conclusão do Juiz Adriano Marco Laroca, no processo nº 1024194-97.2014.8.26.0053 que correu perante a 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em ação de desapropriação da linha 6 do METRÔ.

judicial, não existe lei autorizando a substituição processual de um parceiro pelo outro, nas ações de desapropriação.

Assim, caso se entenda, numa Parceria Público-Privada, que os custos das indenizações das desapropriações serão do Poder Público, este deve ser o executor da desapropriação perante o Judiciário, não podendo ser delegado ao Concessionário o poder expropriatório. Este somente pode figurar como expropriante caso seja o responsável pelo pagamento das indenizações.

6 FATORES QUE AUMENTAR OS CUSTOS DAS DESAPROPRIAÇÕES DE UM PROJETO DE INFRAESTRUTURA

6.1 Má qualidade dos laudos de avaliação

Os custos da desapropriação de um grande empreendimento são de difícil mensuração. Dependem muito da qualidade dos laudos de avaliação realizados antes da edição de Decreto de utilidade pública.

É comum, em grandes empreendimentos, a realização de laudos macros os quais abrangem uma grande extensão de áreas, onde o valor dos imóveis é calculado pelo valor do metro quadrado, em razão da sua localização, sem uma avaliação individual de cada imóvel expropriado, desconsiderando-se, assim, fatores individuais de valorização e desvalorização.

Em razão dessa prática, os valores encontrados pelas perícias judiciais acabam sendo muito diferentes (na maioria das vezes maiores) que os encontrados nos laudos macros. Assim, os valores encontrados em laudos macros não podem servir de fundamento para os valores constantes dos contratos firmados no âmbito das Parcerias Público-Privadas.

Assumir a responsabilidade pelo pagamento das desapropriações com base em laudos macros é assumir um risco de proporções indeterminadas, o que não se permite para o Parceiro Público. Em razão da disciplina decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), não pode o Estado assumir, nem mesmo num contrato de PPP, obrigações de valores indeterminados, visto que toda a despesa deverá ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000).

Por fim, os Parceiros Privados não aceitarão assumir riscos indeterminados³⁵, decorrentes de trabalhos técnicos onde o custo previsto pode ser muito diferente do custo real, preferindo atribuir tal risco ao Parceiro Público.

6.2 Indenizações a possuidores

A Lei das Desapropriações (Decreto-lei 3.365/41) não disciplinava o pagamento de direitos de possuidores; apenas o proprietário era elencado como o titular do direito de levantar o depósito da indenização.

Em regra, o âmbito de cognição da ação expropriatória não comportava discussão sobre domínio, posse ou direito a usucapir o imóvel. Os possuidores seriam partes ilegítimas para figurarem no processo expropriatório. Os possuidores teriam direitos que deveriam ser exercidos apenas contra os titulares do domínio sobre o imóvel expropriado, mediante ação de usucapião, não sendo possível a inclusão de direitos de terceiros no âmbito da ação expropriatória, conforme entendimento anteriormente firmado pela Jurisprudência:

DESAPROPRIAÇÃO - Contestação oferecida por possuidor do imóvel alegando usucapião - Ilegitimidade passiva de parte RT 594/81

DESAPROPRIAÇÃO - Intervenção voluntária de terceiro - Alegação de ser possuidor e titular das benfeitorias - Defesa de direito próprio, conflitante com os interesses do expropriado - Intervenção impugnada pelo expropriante e expropriado - Indicação do réu que incumbe ao expropriante - Demanda que não comporta discussão sobre o domínio - Exclusão da relação processual - Agravo não provido. (Agravo de Instrumento n. 48.518-5 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Villen - 03.09.97 - V.U. *741/429/05)

Entretanto, o entendimento acima foi se alterando aos poucos. Em razão da proteção constitucional ao direito de moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal, começou-se a prestigiar o direito dos possuidores, independentemente da existência de título de propriedade. Assim, apesar do Decreto-lei 3.365/41 não prever em sua redação originária, o direito à indenização dos possuidores, o Judiciário começou a garantir a estes o direito à indenização³⁶:

³⁵ Tal como aconteceu na Linha 6 do Metrô de São Paulo.

³⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AgRg no REsp 1226040/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 14/04/2011.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO. POSSE. INDENIZAÇÃO AO DETENTOR DA POSSE. POSSIBILIDADE. ART. 463 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente em assegurar ao possuidor o direito à indenização pela perda do direito possessório, sendo que a exigência do art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 impõe-se quando há dúvida sobre o domínio decorrente de disputa quanto à titularidade do bem. 2. A oposição de que trata o art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 somente pode advir de terceiros possuidores de outro título suficiente para demonstrar a incerteza quanto ao domínio do bem, não podendo ser ajuizada a ação pelo expropriante (REsp 514.803/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.6.2003, DJ 30.6.2003, p. 233). 3. In casu, decidiu o Tribunal a quo, com soberania na análise das circunstâncias fáticas, que os agravados são titulares de direitos possessórios firmados sobre a área reclamada na expropriação. De tal sorte, comprovada a condição de possuidor do imóvel desapropriado, e não havendo oposição fundada (art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41), séria e justa, por terceiros, não há óbice para o levantamento autorizado pela decisão impugnada. Não havendo razões para intervenção desta Corte. 4. Nos termos do enunciado da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Agravo regimental improvido.

O entendimento que se tem firmado é que, caso existam ocupações irregulares já consolidadas, para a desocupação das áreas, haverá a necessidade de reassentamento dos moradores ou fornecimento de medidas destinadas a compensar os possuidores dos imóveis expropriados. Os empreendimentos que recebam financiamentos internacionais submetem-se aos Princípios do Equador. Estes são os critérios mínimos para a concessão de crédito visando garantir que os projetos financiados sejam desenvolvidos de forma social e ambientalmente responsáveis. Os Princípios do Equador tiveram a sua gênese em outubro de 2002, quando o International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, e um banco holandês (ABN Amro) promoveu, em Londres, um encontro de altos executivos para discutir experiências com investimentos em projetos, envolvendo questões sociais e ambientais em mercados emergentes, nos quais nem sempre existe legislação rígida de proteção às pessoas desalojadas por obras e ao meio ambiente. Em 2003, dez dos maiores bancos no financiamento internacional de projetos (ABN Amro, Barclays, Citigroup, Crédit Lyonnais, Crédit Suisse, HypoVereinsbank (HVB), Rabobank, Royal Bank of Scotland, WestLB e Westpac), responsáveis por mais de 30% do total de investimentos em todo o mundo, lançaram as regras dos Princípios do Equador na sua política de concessão de crédito. As regras do IFC referentes a reassentamento involuntário estão detalhadas no Padrão de

Desempenho 5 (aquisição de terra e reassentamentos involuntários) do IFC³⁷. Assim, para que uma obra consiga financiamento internacional deve prever os custos dos reassentamentos de ocupantes das áreas.

Outro fator que não tem sido considerado nas avaliações de áreas a serem expropriadas é o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, prevista pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Esta prevê em seu artigo 1º que “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”. As desapropriações realizadas em área com ocupações iniciadas antes de 30/06/2001, devem prever o custo da aquisição de outro imóvel onde será exercido o direito concedido pela referida medida provisória. Anoto que a constitucionalidade de tal instrumento normativo tem sido declarada pelo Judiciário, conforme ilustra a decisão abaixo, proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁸:

233

Arguição de inconstitucionalidade – medida provisória nº 2.220/2001 – Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM) – Alegada vulneração do art. 24, I, da Constituição Federal – Inocorrência – Contornos de verdadeira política pública de abrangência nacional – dever do Estado-Juiz de interpretá-lo conforme a Constituição, a prestigiar a correta narrativa da norma fundante, decorrente, *in casu*, de histórica reivindicação dos movimentos pela reforma urbana – situação fundiária do País e, em especial, do Estado de São Paulo que desautoriza desregulamentação da matéria – perigo de repetição do que se observa no caso do direito de greve, na medida em que inexistiria, de forma inequívoca, interesse em disciplinar assunto que toca aspectos patrimoniais de enorme relevo de Estados e Municípios – Risco, ademais, de ver vulnerado direito social fundamental na medida em que a CUEM representa uma das poucas hipóteses legais de regularização fundiária de interesse social em imóveis públicos urbanos – precedentes doutrinários – arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Agora, recentemente, em razão da MP 700/2015, foi incluído um art. 4º-A ao Decreto-lei 3.365/41 o qual previu que quando o imóvel a ser desapropriado estiver ocupado por população de baixa renda, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos, em imóveis situados em ZEIS ou em áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

³⁷ Disponível em português em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/711ead8049800b2bada1ff336b93d75f/PS5%2Bclean%2BPortuguese.pdf?MOD=AJPERES>

³⁸ TJ/SP - 0041454-43.2012.8.26.0000, Arguição de Inconstitucionalidade / Locação / Permissão / Concessão / Autorização / Cessão de Uso, Relator(a): Renato Nalini Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 30/01/2013 Data de registro: 22/03/2013.

Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, medidas compensatórias. Estas incluem a realocação de famílias em outra unidade habitacional, a indenização de benfeitorias ou a compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento da família em outro local. Tal previsão é adequada e compatível com a função social da propriedade, o direito social à moradia, bem como está em consonância com as práticas já adotadas em projetos financiados com recursos internacionais, conforma acima demonstrado.

6.3 A indenização do fundo de comércio.

A desapropriação pode atingir estabelecimentos comerciais ou industriais. Quer seja o titular do estabelecimento o proprietário do imóvel, locatário ou comodatário, é quase certo o prejuízo que a mudança imposta pela desapropriação acarreta. Tais prejuízos devem ser calculados antes da celebração do contrato de PPP.

Compreende o fundo de comércio todos os bens e valores necessários ou inerentes à exploração econômica, tanto a clientela como a insígnia, o nome comercial, o direito ao arrendamento do prédio, o material, os utensílios, as mercadorias, as patentes de invenção, as marcas da fábrica, os desenhos e modelos, os direitos de propriedade literária e artística³⁹.

Muitos dos elementos componentes do estabelecimento comercial são suscetíveis de remoção para local diferente, sem prejuízo algum. Entretanto, com a mudança, pode haver a perda de valores incorpóreos, cuja existência e coordenação integram a universalidade característica de estabelecimento, como o ponto, o aviamento e, o mais importante, a clientela que pode existir somente em decorrência da localização do comércio. Nesse sentido se manifestou Oscar Barreto Filho⁴⁰

O que é certo, porém, é que, em maior ou menor escala, todo estabelecimento mercantil sofre uma alteração para mais ou para menos, no seu valor, em virtude da mudança para outro local. Essa variação é decorrente do aumento, diminuição ou perda dos elementos incorpóreos ligados ao local e insuscetíveis de remoção. No caso de mudança forçada e rápida, como a imposta pela expropriação do imóvel em que funciona o estabelecimento, em regra essa alteração é para menos, importando

³⁹ Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 11-12

⁴⁰ Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 14

muitas vezes em substancial desvalorização ou mesmo anulação do fundo de comércio.

Deve haver o ressarcimento dos prejuízos do titular do fundo de comércio pela mudança forçada do ponto comercial⁴¹. Entretanto, a dúvida que surge é como calcular o valor que se deve ressarcir ao titular do fundo de comércio.

Segundo Eurico Sodré⁴², “na prática, não são de indenizar, na deslocação de estabelecimentos comerciais, senão as despesas reais da mudança e a cessação dos lucros durante o tempo estritamente necessário para a realizar”.

A opinião de Oscar Barreto Filho⁴³ é a seguinte:

A verba dos relativos aos lucros cessantes deverá abranger, tão somente, o espaço de tempo indispensável para a mudança e reinstalação, inclusive desmonte e nova montagem das máquinas, no caso de estabelecimento fabril, durante o qual se impõe a paralisação da atividade comercial ou industrial.

Para que haja completa recomposição econômica do patrimônio lesado, faz-se mister sejam ressarcidos os prejuízos derivados, imediatamente, do ato expropriativo, como a interrupção da atividade comercial, durante a reinstalação da indústria em outro local.

A única restrição que se há de formular é que tais prejuízos, emergentes do ato expropriatório, sejam efetivos e cabalmente apurados no próprio processo expropriatório, com a maior precisão possível.

Devem ser indenizados todos os prejuízos resultantes da transferência coativa do local de exercício da atividade comercial decorrente da desapropriação. Entretanto, deve os prejuízos ser efetivamente comprovados, sob pena de enriquecimento ilícito do titular do fundo de comércio. Se não houve prejuízos com a mudança, nada é indenizável, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Fundo de comércio. Conceituação. O fundo de comércio é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que possibilitam o exercício do comércio, em especial a clientela. No caso, a autora adquiriu o estoque de mercadorias e as instalações e tudo retirou; e não demonstrou que tivesse formado clientela em período anterior á

⁴¹ “Assiste, pois, ao titular do fundo de comércio, um direito absoluto, que entrou em seu patrimônio como *plus* criado pela exploração do local, direito real como o que tem o autor da obra literária, artística ou científica. Esse direito real, que constitui a propriedade comercial, que não é menos propriedade que a imobiliária, não pode ser expropriado sem prévia indenização, como prescreve a Constituição”. (Cf. BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 20-21).

⁴² SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 157

⁴³ BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959, p. 34/35.

desapropriação. Nada há a indenizar...nenhum prejuízo teve a autora, pois pôde retirar o que era seu e não foi impedida de prosseguir no comércio em outro local⁴⁴

Se o titular do fundo de comércio não for o proprietário, deve buscar a indenização em feito autônomo, fora da ação de desapropriação, por não ter legitimidade nesta. Nesse sentido Sergio Ferraz⁴⁵:

Na realidade, parece-nos que só poderá ser possível pleitear o valor do fundo de comércio, na própria ação expropriatória, quando se trate de atividade exercida pelo próprio expropriado. Fora daí, nem por isso se poderá pensar em indenizabilidade do aludido fundo, tão apenas, contudo, deverá ele ser pleiteado pelo seu titular através de ação própria, na qual demonstrará seu prejuízo e sua efetiva dimensão.

Por fim, anoto que a ordem jurídica não garante ao locatário a inalterabilidade da sua situação fática. O contrato por prazo indeterminado, conforme preceito dos artigos 56 e 57 da Lei 8.245/91, não tem direito à renovação compulsória, não havendo, assim, proteção integral ao fundo de comércio lá existente. Não havendo o direito à renovação, o contrato de locação pode ser rescindido. (art. 56 da Lei 82.45/91). O locatário pode ser obrigado a se mudar a qualquer tempo, sem qualquer indenização, pelo proprietário do imóvel, e, conseqüentemente, não pode requerer indenização pela mudança de ponto em decorrência da desapropriação do imóvel. O proprietário não seria obrigado a indenizar o fundo de comércio para que fosse desalojado o locatário; o expropriante, do mesmo modo, não deve ser condenado por isso; decorre do princípio da igualdade e da vedação do enriquecimento sem causa; estes não permitem que, somente porque é o Estado que está causando a mudança do requerente, haja o deferimento de um direito que não existia anteriormente. Assim, como o proprietário, a única obrigação do expropriante é conceder um prazo para a desocupação de 30 dias, conforme preceitua o art. 57 da Lei 8.245/91⁴⁶.

236

⁴⁴ TJSP – Apelação 274.815.5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, voto nº AC-0559/06, Desembargador Torres de Carvalho, 12.03.2007.

⁴⁵ FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978, p. 34.

⁴⁶ “Tenho entendido que locação por prazo indeterminado não dá direito à indenização do fundo de comércio, isto porque, reafirmando a jurisprudência anterior, o locatário não tem direito à permanência no imóvel e está sujeito à retomada por parte do proprietário - seja ele o locador, seja ele o adquirente, seja ele o expropriante, sem direito a qualquer indenização”. (TJSP – Apelação 274.815.5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, voto nº AC-0559/06, 12.03.2007)

7 A DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

Um expediente de grande utilidade nas Parcerias Público-Privadas é a chamada “desapropriação por zona”, prevista no artigo 4º do Decreto-lei 3.365/41 que tem a seguinte redação:

A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

O dispositivo legal acima permite que o expropriante, ao fazer uma grande obra de infraestrutura, desaproprie mais imóveis do que os estritamente necessários ao empreendimento. O Estado ou o concessionário, assim, irão adquirir, por desapropriação, a propriedades das áreas contíguas que serão valorizadas pelas obras e que podem ser revendidas para custeá-las.

Nas Parcerias Público-Privadas, em razão dos altos custos envolvidos, a desapropriação por zona pode ser um importante recurso para a diminuição do custo total do empreendimento, com grande vantagem para as finanças públicas. A desapropriação por zona pode ser usada no âmbito das parcerias público-privadas como forma de captação de renda alternativa, conforme previsão do art. 11 da Lei 8.987/1995.

Há entendimentos acerca da inconstitucionalidade da desapropriação por zona. Segundo Harada⁴⁷,

A desapropriação não pode ser utilizada fora das hipóteses constitucionais previstas sob pena de ferir os direitos e garantias individuais, que se inserem nas chamadas cláusulas pétreas. Para a consecução daquele ideal de justiça social, que aponta para a necessidade de redistribuir a mais-valia por toda a sociedade, a Carta Política municiou o Poder Público com o instrumento tributário adequando para o cumprimento dessa missão. A desapropriação só pode ter lugar para atingimento do interesse público, representado por necessidade ou utilidade pública, interesse social (art. 5º, XXIV, da CF), interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), interesse urbanístico (inciso III do § 4º do art. 182 da CF), ou interesse na eliminação de propriedade nociva à coletividade (art. 243 da CF)...A conclusão, portanto, é no sentido da manifesta inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-lei nº 3.365/41 na parte em que faculta a desapropriação por zona para fins de revenda.

Ousamos discordar do entendimento acima. Na desapropriação, direta ou indireta, quando há valorização da área remanescente não desapropriada em decorrência de obra ou

⁴⁷ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: Doutrina e Prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84/86

serviço público, dispõe o Estado de três instrumentos legais para evitar que a mais valia, decorrente da iniciativa estatal, locuplete sem justa causa o patrimônio de um ou de poucos: a desapropriação por zona ou extensiva, a cobrança de contribuição de melhoria e o abatimento proporcional, na indenização a ser paga, da valorização trazida ao imóvel.

A valorização imobiliária decorrente da obra ou serviço público pode ser geral, quando beneficia indistintamente um grupo considerável de administrados, ou especial, que ocorre quando o benefício se restringe a um ou alguns particulares identificados ou, pelo menos, identificáveis. A mais valia geral subdivide-se em ordinária e extraordinária. A primeira tem lugar quando todos os imóveis lindeiros à obra pública se valorizam em proporção semelhante. A segunda, diferentemente, toma parte quando algum ou alguns imóveis se valorizam mais que outros, atingidos pela mais valia ordinária. Na hipótese de valorização geral ordinária, dispõe o Poder Público da contribuição de melhoria como instrumento legal apto a "diluir", entre os proprietários beneficiados com a obra, o custo de sua realização.

No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

Por fim, tratando-se de valorização específica, e somente nessa hipótese, poderá o Estado abater, do valor a ser indenizado, a valorização experimentada pela área remanescente não desapropriada, nos termos do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41⁴⁸.

A desapropriação por zona, assim, é um instrumento de grande interesse público para a coletividade, visando à diminuição dos custos das obras públicas. Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho⁴⁹:

Exige-se que a Administração Pública implemente soluções de atendimento às necessidades coletivas em termos econômicos racionais, o que significa a redução dos encargos e a ampliação das vantagens. Em muitas hipóteses, a implementação dos equipamentos sociais ou dos serviços públicos preconizados pode ser promovida com ônus menores para os cofres públicos na medida em que se promovam soluções integradas. Isso significa o aproveitamento por parte do Estado das oportunidades empresariais conexas ou acessórias. Então, a execução da infraestrutura necessária à satisfação do interesse coletivo poderá ser custeada com recursos provenientes de

⁴⁸ Conforme decisão do STJ, REsp 795.580/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 448.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 611.

outros empreendimentos empresariais coletivos. A desapropriação por zona é o instrumento jurídico que permite ao Estado promover a solução dotada de maior eficiência econômica.

A questão da constitucionalidade da desapropriação por zona já foi objeto de julgamento no STF, no julgamento do RE 82.300 – São Paulo, relatado pelo Min. Rodrigues Alckmin. Tratava-se de mandado de segurança preventivo foi impetrado contra o Prefeito Municipal de São Paulo e presidente da Empresa Municipal de Urbanização – Emurb. Esta pretendia desapropriar, na época da construção das linhas de Metrô de São Paulo, áreas para fins de serem construídos edifícios de apartamentos residenciais, de escritório e consultórios, e lojas comerciais para posterior revenda, visando obter as vantagens dos lucros decorrentes da alta valorização que sofreriam os imóveis situados nas proximidades das estações de metrô. Por maioria dos votos, os Ministros do STF confirmaram a constitucionalidade do instituto da desapropriação por zona⁵⁰. Atualmente, a Jurisprudência do STJ continua considerando constitucional a desapropriação para revenda⁵¹:

No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

A desapropriação para revenda é constitucional. A revenda dos imóveis não será para a Administração ter lucro com a especulação imobiliária. O “lucro” ou melhor, a diferença entre o preço prévia e justamente pago ao proprietário e o da revenda, após a valorização decorrente da obra pública, será aplicado, exclusivamente, para a diminuição dos custos globais da obra que irá beneficiar toda a coletividade⁵². Ademais, evita-se que os proprietários as áreas

⁵⁰ Vide histórico do caso e resumo dos votos dos Ministros em: FALBO, Paula Padilha Cabral. Desapropriação por zona. In: *Revista dos Tribunais São Paulo*, vol. 6/2014, p. 327, Mai. 2014.

⁵¹ STJ - REsp 951.533/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 05/03/2008.

⁵² Segundo os ensinamentos de Adilson Abreu Dallari "a valorização da área autoriza a desapropriação e até permite a sua venda com lucro, mas não impede que, em lugar de obter vantagens financeiras, a administração logre obter vantagens sociais, dando o mais absoluto atendimento ao princípio consagrador da função social da propriedade". (DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 87)

expropriadas valorizadas enriqueçam indevidamente, às custas dos recursos utilizados pelo poder público, angariados junto à coletividade, mediante a cobrança de tributos⁵³.

CONCLUSÃO

A desapropriação é um assunto de suma importância às Parcerias Público-Privadas. A demora na obtenção de uma imissão provisória na posse de um imóvel pode ocasionar prejuízos a toda a sociedade, em razão do atraso no cronograma das obras.

Os direitos do proprietário do imóvel expropriado para a realização de uma obra pública devem ser preservados mediante a justa e prévia indenização.

A execução das desapropriações pode ser atribuída, no âmbito das parcerias público-privadas, para o parceiro público ou para o parceiro privado. O custo das desapropriações também pode ser atribuído a uma das partes do contrato de parceria.

Originalmente, apenas após a disponibilização do serviço objeto do contrato da parceria era permitido o ingresso de recursos públicos. Entretanto, a lei nº 12.766/2006 previu a possibilidade de aporte de recursos do Parceiro Público em favor do Parceiro Privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, inclusive, pagamento de indenização em desapropriações. Em razão dessa alteração legislativa, não se pode aplicar a disciplina das desapropriações nas concessões, visto que nestas, sempre, o risco do negócio é do concessionário, razão pela qual este recebe a delegação do poder de expropriar.

Na concessão tradicional, o risco do negócio é do Concessionário, razão pela qual este irá zelar pelo pagamento da indenização justa e combaterá eventual condenação em valor acima do mercado, razão pela qual a lei permite que o concessionário figure como expropriante (art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95).

Por ser a parte mais capaz de conseguir as aquisições imobiliárias pelo menor preço e com mais rapidez, deve o Parceiro Privado ser o responsável pelas desapropriações, sendo o executor e responsável pelos custos das indenizações.

Se o custo das desapropriações for do Parceiro Público, este deve ser o expropriante, não podendo o Parceiro Privado ser o executor das ações de desapropriações cujas indenizações serão pagas pelo Poder Público. Haveria ofensa ao art. 100 da Constituição

⁵³ Cf. PINHEIRO, Renata Peixoto. A Desapropriação como Instrumento de Intervenção Urbanística. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*. a. 2, n. 7, Belo Horizonte, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=10681>>. Acesso em: 16 out. 2014.

Federal que determina que todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Também, haveria ofensa ao art. 132 da Constituição Federal o qual determina que a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades da Federação serão feitas pelos Procuradores do Estado e do Distrito Federal.

A Concessionária, na Parceria Público-Privada somente pode ser o expropriante, na forma do art. 3º do Decreto-lei 3.365/41 e do art. 31 da Lei nº 8.987/95, quando também for a responsável pelo custeio das indenizações.

A desapropriação por zona é um instrumento que deve ser utilizado no âmbito das Parcerias Público-Privadas, como forma de diminuição dos custos das obras públicas, em benefício de toda a coletividade.

241

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO SANTOS, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado Geral da Desapropriação*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública. *Interesse Público – IP*. a. 7, n. 29, Belo Horizonte, Janeiro / Fevereiro 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

D'ALÉSSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 4. ed, v. II. Torino: ed. Torinese, 1949.

BARRETO FILHO, Oscar. *O fundo de comércio nas desapropriações*. São Paulo: Serviço de publicações da Federação e Centro das Indústrias, 1959.

BEZDOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FALBO, Paula Padilha Cabral. Desapropriação por zona. *Revista dos Tribunais São Paulo*. v. 6/2014.

FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – AeC*. a. 6, n. 23, Belo Horizonte, Janeiro / Março 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34576>>. Acesso em: 23 set. 2014.

242

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O aporte nas Parcerias Público-Privadas: algumas reflexões acerca das inovações instituídas na Lei nº 11.079/2004. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. a. 2, n. 2, Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86114>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Os riscos das Parcerias Público-Privadas (PPP) para as finanças públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. a. 13, n. 150, Belo Horizonte, jun. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119923>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Os Juros nas Desapropriações. In: COUTINHO, Nilton de Almeida (org.). *Advocacia e Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 15-30.

243

NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. a. 12, n. 45, Belo Horizonte, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=110795>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

PINHEIRO, Renata Peixoto. A Desapropriação como Instrumento de Intervenção Urbanística. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*. a. 2, n. 7, Belo Horizonte, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=10681>>. Acesso em: 16 out. 2014.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Experiências em Parcerias no Estado de São Paulo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros.



PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1945.

SOUZA, Wilson Alves de. Procedimentos expropriatórios. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR, Fredie. *Procedimentos especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

244

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. a. 12, n. 47, Belo Horizonte, jan./mar. 2012, p. 85-106.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. a. 8, n. 30, Belo Horizonte, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em: 24 set. 2014.

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição objetiva de riscos: desafio de modelagem nas PPP's. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 5, n. 22, Belo Horizonte, out./dez. 2005, p. 11-23. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33323>>. Acesso em: 10 set. 2014.

VELOSO, Mário Roberto N. *Desapropriação: aspectos civis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.



ZYMLER, Benjamim; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-privadas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Submissão: 31/01/2016
Aceito para Publicação: 13/06/2016



TUTELA JURISDICIONAL: OS PRECEDENTES JUDICIAIS E (AS VICISSITUDES DE) SUA APLICAÇÃO NO MODELO JUDICIAL BRASILEIRO

JUDICIAL PROTECTION: THE JUDICIAL PRECEDENTS AND (THE FLAWS OF) THEIR APPLICATION IN BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM

André Nogueira*

RESUMO: O estudo aborda tema concernente à necessidade de se repensar a prestação da tutela jurisdicional no Brasil, especialmente, em decorrência do fortalecimento dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro e sua aproximação com o modelo jurídico da família do common law. Essa nova postura exige observância da ratio decidendi para aplicação dos precedentes, não somente a consideração de meras súmulas e verbetes, como percebemos através da pesquisa elaborada, de modo a proporcionar uma tutela realmente efetiva e capaz de assegurar segurança jurídica.

ABSTRACT: This research studies the necessity to review the judicial protection in Brazil, especially because of the reinforcement of judicial precedents in the Brazilian civil procedural system and its approach to techniques of the common law system. This papers shows that this new emplacement requires compliance with the ratio decidendi, not only with mere binding rules issued by courts based on judicial precedents, in order to grant suitable application to precedents and to provide an effective judicial protection, able to ensure legal certainty.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Common Law. Tutela jurisdicional.

KEYWORDS: Precedents. Common law. Judicial protection.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Perspectiva Constitucional da Tutela Jurisdicional. 2 Os Precedentes Judiciais no Sistema Processual Civil Brasileiro: um common law à moda da casa? Conclusão. Referências.

247

INTRODUÇÃO

É clarividente que o processo civil pátrio tem suportado uma vasta gama de modificações especialmente tendentes à busca da prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva e célere, notadamente, após a Edição da Emenda Constitucional nº 45/2004. Aliás, podemos perceber nesse estudo que o processo civil sempre fora tangenciado em nossos textos constitucionais, muito embora, tal fenômeno tenha ganhado relevante espaço na Constituição da República de 1988.

A par dessa característica de constitucionalização do processo, muito bem trabalhada pela doutrina e jurisprudência pátria, tem se verificado que o processo civil vem sendo amplamente transformado na esfera infraconstitucional, obtendo relevo neste trabalho o tema afeto ao fortalecimento dos precedentes judiciais como ferramenta de garantia da segurança

* Doutorando e mestre em Sistema Constitucional de Garantia dos Direitos Humanos no Instituto Toledo de Ensino (ITE), Bauru, São Paulo. Professor e Coordenador do Curso de Direito do Instituto Toledo de Ensino (ITE), Botucatu, São Paulo. Advogado e Presidente da 25ª subseção da Ordem dos Advogados de São Paulo (OAB-SP).

jurídica e de aceleração na prestação de tutela, o que também fora lembrado na redação do novo Código de Processo Civil.

Referido modelo de direito jurisprudencial, tradicionalmente manejado em sistemas jurídicos da família do *common law*, realmente, é bastante importante na consecução de tais objetos, não podendo, contudo, nos esquecermos que os precedentes nessa tradição jurídica transmitem a formação de uma jurisprudência construída pela razão de decidir (*ratio decidendi*) e não em meros enunciados, verbetes ou súmulas editadas por tribunais.

Hodiernamente, em nosso ordenamento jurídico, inúmeras são as ferramentas processuais que incrementam a força dos precedentes, entretanto, temos notado que o modelo judicial brasileiro tem implicado esse notável instituto de forma absolutamente distorcida, criando uma espécie de *common law* à moda da casa, o que gera nefastos efeitos aos primados da efetividade da prestação jurisdicional, merecendo, pois, melhor reflexão, tal como o objeto do presente trabalho.

1 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL

Na oportunidade em que nos deparamos com um trabalho que almeja abordar temas conexos à uma teoria da Constituição, tal como proposto no presente, é salutar que tornemos claro que as Constituições brasileiras sempre se mostraram tendenciosas a tangenciar temas relacionados ao processo em seus mais diversos aspectos.

Diga-se de passagem, não poderia ser diferente, visto que, cuidando-se o Órgão Judiciário de uma das pilstras de nosso Estado, o Texto Maior não poderia se furtar dessa parcela fundante de extremo relevo na manutenção de toda estrutura social.

Neste diapasão, podemos, a título meramente exemplificativo, citar diversas passagens em textos constitucionais que se referiram ao tema, sem qualquer pretensão de esgotá-las, tal como a garantia do tribunal do júri, na Constituição do Império de 1824 ou, ainda, a estrutura organizacional do Judiciário, no Art. 55, da primeira Constituição Republicana pátria, datada de 1891.

Podemos lembrar, outrossim, do mandado de segurança, imprescindível ação constitucional típica ou remédio constitucional, previsto no Art. 113, item 33, da Constituição de 1934, cuja qual também enfatizou que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com

os meios e recursos essenciais a esta”, no item 24 do mesmo dispositivo constitucional aludido.

Quiçá, poderíamos lembrar da Constituição Democrática de 1946, a qual, em seu Art. 114, ao cuidar das Garantias e Direitos Individuais, em seu § 25, determinou a necessidade de observância do devido processo legal e da plena defesa, além de reconhecer a necessidade de ferramentas que viabilizassem o dever estatal de concessão de assistência judiciária gratuita.

Enfim, poder-se-ia colacionar uma vastidão de normas constitucionais que efetivamente versaram acerca de temas tipicamente processuais, nas mais diversas Constituições editadas no Brasil (até a promulgada em 1988, são oito, se considerarmos a de 1969, como texto constitucional apartado daquela editada em 1967, o que, por não ser o cerne do presente estudo, não será aqui discutido), entretantes, a fim de não nos desviar do cerne deste trabalho, muito menos torna-lo enfadonho, citamos somente alguns exemplos para enfatizar a importância da matéria “prestação jurisdicional” nos textos magnos.

Aliás, cumpre destacarmos que a cada dia que passa essa tendência de se levar o processo à Constituição e a Constituição ao processo tem se alargado, sendo repisadas as expressões como “*constitucionalização do processo*”, ensejadoras, até mesmo, de novos ramos didáticos do direito, bastando nos lembra do Direito Processual Constitucional.

Nessa esteira de silogismo poderíamos suscitar o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o qual dedicou espaço próprio reservado ao tema, abordando-o, de forma específica e bastante evidenciada, de imediato, no Título Único (Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais), do Livro I, de sua Parte Geral, Art. 1º¹, cuidou de demonstrar o liame da nova legislação processual com a Constituição da República (insta salientar que o novel Código de Processo Civil, no Brasil, será o primeiro código, dessa natureza, que teve sua tramitação iniciada e concluída com a edição de seu texto normativo em período integralmente democrático).

Por se falar em Constituição, nenhuma Carta fora tão pródiga em cuidar de princípios e garantias relacionadas ao processo, afora outros temas concernentes à estrutura do Judiciário, ações constitucionais, atribuição de competências, cabimento e requisitos para admissibilidade recursal, dentre tantos outros pontos que poderiam ser aqui ventilados, como

¹“Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

a Constituição Federal de 1988; sua prolixidade, característica de nosso Texto Constitucional, fez com que, a par da abordagem de diversos outros ramos do Direito (expressão que nos valemos para fins puramente didáticos), inúmeros outros elementos do processo civil fossem lembrados pelo constituinte, originário ou derivado (v.g., a Emenda Constitucional nº 45/04, que para muitos fora denominada Reforma do Judiciário ou Pacto Republicano do Judiciário).

Esse vasto cabedal normativo constitucional referente ao processo civil, por evidente, tem alguns propósitos, notadamente, estabelecer um processo que assegure paz e harmonia social, além de que seja voltado para o povo, à sociedade carecedora da prestação jurisdicional como ferramenta de consagração do sentimento de justiça, indubitável para manutenção da estabilidade de um Estado de Direito.

Além disso, pretendendo nosso Estado de Direito ser substancialmente democrático, inarredável que o processo civil preste-se como instrumento de fortalecimento da democracia, conspirando para a consecução dos fins desse sistema, de tal modo a favorecer a construção de uma sociedade que tenha assegurada liberdade, propriedade, igualdade material, segurança jurídica e fraternidade, sob pena de instituímos um processo alheio à finalidade do Estado Democrático proposto desde o Preâmbulo da Constituição de 1988, enaltecendo-se a redação dos Artigos 1º e 3º, da Lei Maior, que versam sobre os fundamentos e objetivos de nosso Estado.

Nessa mesma toada, de iniludível conhecimento que, através do tempo, a sociedade se transforma, buscando amoldar-se aos contornos que visam a consagração de um bem-comum, mediante mecanismos das mais variadas naturezas e atuantes nas mais diversificadas searas dessa complexa estrutural organizacional.

Por não se tratar do objeto de estudo não iremos nos aprofundar na concepção de “bem-comum”, entretentes, é cediço que a edificação desse primado passa pela atuação do Poder Estatal em inúmeras sendas, dentre as quais a que aqui nos interessa, a atuação jurisdicional. A propósito, é bastante clássica a lição de que através do processo a sociedade objetiva a pacificação do grupo social com efetivação da justiça.

Não menos reiterada é a afirmação chiovendiana de que o escopo principal do processo é prestar-se como ferramenta para construção desse ideal social de pacificação e de entrega da tutela jurisdicional àquele que vê-se lesado ou ameaçado de lesão, de tal sorte que “o processo deve entregar aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”

(CHIOVENDA, 2009, p. 67), o que mais tarde convencionou-se denominar de instrumentalidade do processo.

Não obstante o evidente esforço doutrinário e legislativo na obtenção de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva – basta, para tanto, observarmos as profundas mudanças havidas no processo civil, notadamente, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, alhures lembrada e que trouxe em seu bojo o princípio da duração razoável do processo, esculpido no acrescido inciso LXXVIII, do Art. 5º, até os dias atuais onde se aproxima a edição do novo Código de Processo Civil -, na prática judiciária, ainda podemos denotar uma série de mazelas que comprometem a tão almejada efetividade esperada pela Constituição em seu texto e tão relevante para fortalecimento do processo democrático brasileiro.

Ademais isso, sendo o Órgão Judiciário um dos pilares de sustentação da estrutural estatal e, por conseguinte, da busca pela construção do bem-comum, pertinente se faz refletirmos acerca do caminho que nossa prestação jurisdicional tem tomado no tocante à pacificação do seio social com consagração da justiça², especialmente porque, com a promulgação da atual Constituição da República, houve um indisfarçável acréscimo na demanda processual perante o Judiciário para consagração de direitos de uma vasta camada da sociedade, até então, alijada dessa ferramenta.

A luta pela satisfação dos direitos mediante a efetiva prestação jurisdicional encontra-se intimamente relacionada com a questão do constitucionalismo moderno, o que, por muitos, tem sido abordado como neoconstitucionalismo, o qual tem voltado seus esforços à tentativa de consagração das normas constitucionais e à concepção de força ativa da Constituição, o que não seria diferente no concernente ao processo civil e sua duração razoável e efetividade.

Tem-se notado com alguma facilidade que, sob influência decisiva desse neoconstitucionalismo, se almeja construir novas bases para o processo civil brasileiro, de modo a assegurar, pela substancialização de princípios processuais constitucionais, uma prestação jurisdicional que, concretamente – não de forma meramente formal ou procedimental -, corresponda à pacificação e harmonia social, como consagrado na Constituição Federal.

² “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo sistema processual(...). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24

Tal transformação na forma como se pensa o processo civil também merece ser carregada para o modo como se atua no processo, em especial, no que diz respeito ao rompimento de dogmas e paradigmas construídos em outra realidade socioeconômica e cultural, superação de formalismos exacerbados e do modelo como se apreciam os feitos levados ao Judiciário, quer-se dizer, é imprescindível que o processo seja visto como instrumento, meio de consecução de entrega da tutela e não como fim em si mesmo, sendo igualmente inafastável a necessidade de repensarmos a influência dos precedentes judiciais no tocante à resolução dos litígios levados à apreciação do Judiciário.

A primeira assertiva é antiga, no entanto, ainda assim, muito distante de ser efetivamente observada. Com relação à segunda, não há como negar que os conflitos sociais com os quais nos deparamos nos dias de hoje não correspondem àqueles perceptíveis há décadas atrás, de tal sorte que a atividade jurisdicional, necessariamente, deve perceber tal contexto e transformar-se, a fim de que esteja apto a assegurar a convivência social e eliminar os litígios que, naturalmente, sempre existiram e continuaram existir.

Os litígios estão, a cada dia mais, chegando às portas do Judiciário, talvez, graças à uma incansável tentativa de acesso à justiça, no entanto, essa massificação de demandas, a par de inúmeras outras dificuldades, tem implicado num ambiente de notória instabilidade institucional no Judiciário pátrio, o que se mostra temerário.

Como aduzimos, o excesso de demandas tem gerado incontáveis problemas ao Judiciário que, despreparado e sem estrutura para receber esse incremento processual, passa, em nome de um acesso puramente formal à justiça, receber tais pleitos sem a menor condição de entregar a resposta jurisdicional almejada pela sociedade.

Dentre tantas outras circunstâncias gravosas geradas, iremos nos concentrar naquela que concerne à gritante insegurança jurídica e a inarredável necessidade de construção novos paradigmas na Ciência Processual de respeito e de construção/formação dos precedentes judiciais, como ferramenta de efetivação do acesso substancial à ordem jurídica justa, de tal forma que esse rompimento com o modelo clássico proporcione, verdadeiramente, um cenário de estabilidade institucional, igualmente entre aqueles que se valem do serviço jurisdicional e, assim, consiga cumprir com os primados constitucionais que depositam no processo civil a expectativa de fortalecimento/amadurecimento do processo democrático brasileiro.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: *UM COMMON LAW À MODA DA CASA?*

É certo que qualquer Estado Democrático de Direito que se preze necessita observar a obediência à segurança jurídica, indispensável como alicerce desse modelo de organização estatal, tanto que fora positivada como direito fundamental no Art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 e com reflexo em diversos outros dispositivos constitucionais como nos incisos XXXVI e XL, do referido Art. 5º.

Somente para que tenhamos uma breve definição desse instituto jurídico intimamente relacionado às estruturas do Estado de Direito, nos aproveitamos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 93-94), que pondera:

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes dentre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), da usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural do Direito. (...) Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso-, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma conseqüente mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se prolongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos.

É evidente que num cenário mundial de constante evolução e de profundas transformações e instabilidades sociais, o prestígio pela segurança jurídica por parte do Estado seja relevante para determinar o direcionamento de investimentos privados e públicos, nacionais e internacionais, produtivo ou especulativo, os quais produzem intromissões diretas e indiretas na vida dos membros de uma sociedade.

Nessa toada de busca de estabilidade das relações sociais e jurídicas é iniludível que os posicionamentos adotados pelo Judiciário ganham notoriedade e ultrapassam os limites da lide intersubjetiva, conforme concepção tradicionalmente adotada pela Escola Clássica do

Direito Processual e que emoldurou nosso sistema processual civil de 1973, tal como, exemplificativamente, se observa do disposto no art. 472, do Código de Processo Civil, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada.

Neste ponto, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2009, p. 78-83), afirma:

(...) servindo o processo para realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada pela norma material. Tais considerações afastam a possibilidade de se conceder espaço no processo a um poder incondicional do órgão julgador, como se este pudesse ser o 'senhor do processo (Herr des Verfahrens)'...atitude dessa ordem poderia conduzir a desigual realização do direito material.

(...) mostra-se importante atentar ainda para a aplicação do direito: não só a norma jurídica deve ser formulada de maneira clara, acessível e previsível, mas também previsível deve ser o resultado do litígio, sem causar estranheza no meio social onde deve atuar. As soluções exóticas, com clara afronta ao sistema, além de surpreender, deslegitimam o Poder Judiciário perante a sociedade.

(...) o valor da paz social insta a que se tente eliminar com presteza o conflito, mediante o emprego de meios reconhecidamente idôneos. Já se acentuara, aliás, no início do século XX, essa vocação do processo, considerado um mal social (expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser suprimido da maneira mais rápida possível, mormente porque sua frequente repetição representa autêntico perigo para a sociedade.

254

Interessantes são as palavras de Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão (1998, p. 27-28), segundo os quais,

O homem do povo não concebe duas decisões antagônicas resolvendo a mesma tese, o mesmo princípio, o mesmo fato...que importa a lei ser igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos análogos?...se a lei é uma, não admitirá duas teses consequentes. O fato de uniformizar-se a jurisprudência não significa estiolar a interpretação do Direito e da lei.

Outrossim, nos aproveitamos das palavras de Marcelo Alves Dias de Souza (2013, p. 305-306), apontando que:

Nada mais justo que casos semelhantes sejam resolvidos de modo semelhante; ao revés, nada mais injusto que esses casos (semelhantes) sejam decididos, arbitrariamente, de modo diversos. Aí está o importante papel da doutrina do *stare decisis*: ela requer, pelos seus próprios termos e por sua própria concepção, decisões semelhantes para casos semelhantes, de sorte a evitar qualquer desigualdade arbitrária em prejuízo do jurisdicionado e da própria administração da justiça.

Nota-se, pois, que a segurança jurídica exige que as decisões judiciais acerca de teses análogas caminhem no mesmo em cima do mesmo trilho, direcionadas no mesmo sentido, proporcionando o mínimo de previsibilidade e calculabilidade de riscos àqueles que buscam a tutela jurisdicional do Estado, de maneira a impedir os perniciosos efeitos decorrentes de

instabilidades ou satisfações pessoais dos magistrados escorados no ultrapassado espeque de julgamento livre conforme sua própria consciência, tornando o processo uma verdadeira loteria ou jogo de azar.

Nada obstante, em virtude do exacerbado número de feitos em trâmite perante nosso Judiciário, fruto de uma nova consciência jurídica da população brasileira e da viabilização do acesso material ao Judiciário, como outrora já ventilado, tem-se notado uma busca quase insana pelo aceleração na prestação da tutela jurisdicional.

Veja bem, também concordamos com a necessidade inegável de que a tutela jurisdicional deve ser entregue de forma célere, até mesmo como obediência ao preceito constitucional da duração razoável do processo, entretanto, para nos valemos do jargão futebolístico, rapidez não pode ser confundida com pressa, e é assim que estamos notando o tema relacionado à observância dos precedentes judiciais no Brasil.

Acrescente-se a isso, que somos entusiastas da cultura do fortalecimento do precedente judicial como forma de buscar maior uniformidade e estabilidade jurisprudencial, o que certamente desemboca na efetividade da prestação da tutela, na segurança jurídica e na igualdade material daqueles indivíduos que, em situações análogas, terão suas demandas decididas de forma isonômica pelo Órgão Judiciário brasileiro, independentemente de onde resida ou onde seja a competência para processamento e ajuizamento dessas demandas. Seguindo esclarecedor texto de Gustavo Santana Nogueira (2013, p. 56-62), podemos afirmar que:

Em que pese a clareza da lei, a questão não é pacífica, o que obviamente causa uma enorme insegurança jurídica... Essa comparação (entre casos semelhantes e com julgamentos distintos), conquanto comum e regularmente feita pela análise de elementos dos julgados e evidentemente fraca e perigosa porque induz a erro o cidadão, que pode vir a pensar que os julgamentos no Judiciário, na melhor das hipóteses, são tão aleatórios quanto o sorteio dos números premiados de uma loteria. Não há análise séria de respeito ou desrespeito aos precedentes.[...] É um princípio básico da administração da justiça de que casos semelhantes devem receber a mesma decisão.

Ocorre que, pautado em casuísmos e na expectativa ensandecida de reduzir o número de feitos em trâmite perante nosso Judiciário ou proporcionar uma celeridade enganosa, o fortalecimento dos precedentes judiciais em nosso sistema processual tem se mostrado como uma verdadeira falácia, como passaremos a asseverar a seguir, ressaltando, mais uma vez, que somos absolutamente favoráveis à observância dos precedentes, no entanto, a forma como tal

cultura vem sendo empurrada a fórceps na prática judiciária brasileira é digna da mais alta repulsa e evidencia o equívoco do sistema que se quer adotar.

Primeiramente, vale trazer à lume que não temos a cultura judiciária de obedecer precedentes, como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 564), que enfrentando o tema, bem enfatiza:

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico.

Ou, noutra obra de mesma natureza, o processualista reforça que:

a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes.... Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina ou na praxe brasileiras. (MARINONI, 2010, p. 100-101).

256

Não é de nossa formação a cultura de atribuir força a precedentes, sendo claro que desde os bancos da faculdade somos acostumados a tratar a jurisprudência através de um viés puramente secundário na formação do Direito, o que, por si só, merece ser alvo de melhor reflexão (e certamente não iremos inculcar essa nova perspectiva da tutela jurisdicional através de alterações legislativas que empurram a observância de precedentes sem menor preocupação com critérios técnicos, como vem acontecendo em nosso processo civil).

Percebe-se o equívoco na edição incontrolável de textos legais ou, até mesmo, de verbetes judiciais sem qualquer diligência no sentido de fazer com que tais estipulações não sejam indevidamente aplicadas e distorcidas na prática forense, inclusive, muitas vezes, tais súmulas acabam prestando-se espeque para ausência de fundamentação das decisões – desprezando um dos mais mezinhos princípios do direito processual, o da motivação, estatuído pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Paralelamente ao apontado, podemos evidenciar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 48-112), que aduz:

(...) o Estado é convocado a intervir nos conflitos intersubjetivos e nos metaindividuais, mas o que se verifica é que o instrumento de que se vale – a massiva emissão de normas repressivas – não é acompanhada de programas e estratégias de médio e longo prazo (a chamada telocracia); como resultado, a norma,

isolada, mostra-se impotente, tanto para prevenir a formação do conflito como para resolvê-lo

(...) Com isso tudo se vai superdimensionando a função judicial em termos quantitativos, e não qualitativos, sem um paralelo investimento na devida mudança de mentalidade de magistrados, sobretudo dos iniciantes, por modo a conscientizá-los de que receberam parcela de poder, não pro domo sua, mas para empregarem-na em prol de uma ordem jurídica justa, em contemplação do jurisdicionado, o credo de uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.

A recente edição de um emaranhado de leis e a já usual edição de súmulas (persuasivas ou vinculantes) vem se apresentando como substrato de sustentação para o oferecimento de celeridade e aumento na produção jurisdicional, entretantes, deixa transparecer o gritante equívoco de nosso Judiciário que distorce institutos da *common law* que seriam tão relevantes para que, de fato, conseguíssemos um incremento em nossa prestação de tutela.

Temos visto institutos como as súmulas vinculantes, a repercussão geral no recurso extraordinário, o julgamento de casos repetitivos através da eleição equivocada de paradigmas, as negativas de seguimento aos recursos por conta de súmulas ou jurisprudência dominante, as súmulas impeditivas de recursos, o julgamento monocrático de recursos em razão de súmulas relacionadas à matéria recorrida, as sentenças liminares, todos voltados ao fortalecimento da manifestação reiterada de julgamentos acerca de determinados temas.

Toda essa vasta gama de alterações processuais, por evidente, nos aproxima da família e da tradição jurídica do *common law*, adotando uma espécie peculiar, *sui generis*, onde os fundamentos desses dois sistemas se intercalam e interagem na busca de objetivos comuns, com o que não discordamos, do contrário, nos mostramos absolutamente favoráveis em nome da segurança jurídica, da isonomia e da previsibilidade de resultados advindos da busca pela tutela prestada pelo Órgão Jurisdicional³.

³ O Novo Código de Processo Civil, reservou espaço, em sua Exposição de Motivos, para tratar da estabilidade da jurisprudência: “[...] *haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (...) A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.*

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo de houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

(...)

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas

Por questões didáticas e por evidente extensão dos temas acima relacionados, não iremos abordar cada um daqueles institutos, nos atendo a cuidar da nítida tendência de consagração da força da jurisprudência, assim como das dificuldades que tal método de aplicação do direito tem enfrentado no cenário judiciário brasileiro.

A avalanche de reformas no sistema processual pátrio, havida principalmente após a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, vem demonstrando inegável fortalecimento da jurisprudência, seja através dos julgamentos reiterados, seja por meio das súmulas de caráter vinculante ou meramente persuasivas, estreitando os laços de nossa cultura jurídica da *civil law* com aquela do *judge make law*. Vivemos um momento em nosso processo civil em que o modelo codificado da *civil law* está se reinventando para fortalecer o modelo de precedente ou o direito jurisprudencial típico do *common law*.

Tal concepção faz com que tenhamos um *common law* à moda da casa, o que, a princípio, não necessariamente é negativo, contudo, mazelas tem acometido a efetividade desse novo modelo, distorcendo o processo de formação dos precedentes e a aplicação das súmulas (diga-se *an passant*, cada dia mais entronadas como rainhas na solução das demandas judiciais, servindo, até mesmo, como fundamentação de decisões sem maiores preocupações a respeito do processo de aplicação).

A inserção forçada dos precedentes em nosso cotidiano judiciário, com aplicação indiscriminada de verbetes através de mecanismos singelos de subsunção lógico-formal, sem qualquer evolução gradual ou amadurecimento do sistema, tem feito com que tenhamos, mais uma vez, a utilização de uma salutar ferramenta com olhos meramente casuísticos, com vistas à busca de uma solução imediatista de redução do número de processos e recursos nas Cortes do país (a propósito, cada dia mais salta aos olhos a tendência de formação de uma jurisprudência defensiva voltada a dificultar a análise do mérito dos recursos, notadamente, o especial e o extraordinário).

Esse *common law* abasileirado tem sido apresentado como o apanágio da celeridade e da segurança jurídica, mas, a bem da verdade, se presta como mero desafogador de feitos, simples facilitador de julgamentos e impedimentos de admissão dos recursos, com simplista aplicação de enunciados, de forma genérica e abstrata, muitas vezes sem qualquer comprometimento com fatos e teses que originaram o verbebo, ensejando em sérios riscos na

das pessoas. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.”

prestação da tutela jurisdicional e perniciosas distorções de relevantes institutos que poderiam, efetivamente, melhorar a prestação jurisdicional.

Não raras as oportunidades em que nos deparamos com a total desconsideração da *ratio decidendi* (motivos determinantes do caso concreto para formação do precedente) pelo órgão julgador que aplica a súmula ou jurisprudência, desprezando a adequada extração desses motivos para comparação com o caso concreto que lhe fora posto à apreciação, sobressaindo o distanciamento de enunciados genéricos e abstratos (que pretendem exaurir todo necessário para aplicação dos precedentes) e o fato concreto. Tem-se visto os verbetes como manifestação máxima da jurisprudência, o que é um engodo, posto que os precedentes não se resumem a súmulas.

Clarividente está a tentação de nossos julgadores na aplicação indistinta de súmulas e na uniformização superficial das teses jurídicas, sem qualquer amadurecimento, quase numa atuação de ineditismo, impedindo a consolidação de diferentes visões e a ampliação dos debates argumentativos que contribuiriam sobremaneira na formação e uma jurisprudência mais sólida e em precedentes mais estáveis e legítimos.

Podemos citar, a título de exemplo, a recente discussão acerca da utilização da TR como índice de correção do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a qual, poucos meses após seu surgimento, teve o trâmite das ações suspensas pelo STJ para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, mesmo sabendo que inúmeros casos, sequer tinham apreciação pelos Tribunais Regionais Federais, o que compromete gravemente a formação da orientação jurisprudencial que advirá do julgamento dos paradigmas em tela. O paradigma trata-se do Recurso Especial 1.381.683, do Estado de Pernambuco, interposto numa ação coletiva movida pelo SINDIPETRO PE/PB em face da CEF, sob relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, mas será que toda senda argumentativa aqui se exaure? Será que não teremos prejuízos na argumentação levando em conta a vastidão de nosso território e dos posicionamentos de outros Tribunais Federais, que não o da 5ª Região? Será que a manifestação do *amicus curiae*, na forma do Art. 543-C, do Código de Processo Civil mostra-se como ferramenta apta a suprir tal oportunidade de ampliação do debate?

Evidente a distorção na aplicação dos precedentes em nosso sistema processual civil, eis que tem-se privilegiado a celeridade, a redução de feitos e de recursos, a qualquer custo, sem comprometimento ou responsabilidade na formação dos julgados que orientarão a aplicação

do Direito nas mais diversas searas (por vezes, até mesmo administrativamente, como ocorre nas súmulas vinculantes).

É passada a hora de enaltecermos uma cultura de responsabilidade na formação dos precedentes e do *stare decisis* (força vinculativa dos precedentes, essa sim voltada à prestigiar a segurança jurídica e a igualdade entre os que buscam a tutela do Estado-juiz), sem que eles sejam minimizados em pequenos verbetes, no mais das vezes, resumidos ao tamanho de uma ou duas linhas.

É preciso impedir que elementos secundários na formação desses precedentes (*obiter dictum*) sejam tratados como motivos determinantes ou sejam aplicados sem qualquer parcimônia ou investigação socioeconômica ou cultural do litígio, causando graves distorções na aplicação do Direito e, ao revés da criação da estabilidade, engessem a evolução gradativa do Direito e solidifiquem a injustiça, desvirtuando um caminho tão importante ao sistema processual.

Afora a aplicação indiscriminada dos julgados, é iniludível o vício na formação desses falaciosos precedentes, com nítida má escolha dos casos paradigmas manejados no julgamento dos recursos repetitivos, correndo-se o risco de que tribunais mais céleres restrinjam o âmbito das teses debatidas e analisadas nas Cortes Superiores, com a suspensão dos casos na origem dos tribunais menos céleres, como alhures exemplificado.

Ainda no tocante às vicissitudes na escolha dos precedentes, podemos citar elucidativamente o Recurso Especial 1.199.715/RJ, sob relatoria do Min. Ari Pargendler que, em partes, estava assim ementado: “1. *Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença*” (Súmula 421/STJ). 2. *Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra mesma Fazenda Pública*”. Até aqui, nada há que se reprimir, o representativo da controvérsia discutia pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública. Contudo, a Defensoria não mais atuava nesse feito desde a primeira instância; como criar um precedente onde o maior interessado no debate não teve oportunidade de argumentação na Corte Superior? Notória a distorção na formação do precedente, a violação da ampla defesa e do contraditório, entretanto, ainda assim, esse é o julgamento que orientará a jurisprudência.

Poder-se-ia aduzir que cuida-se de um caso isolado e que não reflete a realidade e que os paradigmas são criteriosamente escolhidos; não é o que ocorre e, para tanto, citamos outro

exemplo, o Recurso Especial 911.802/RS, relatado pelo Ministro José Delgado, que cuidava da exigência de pagamento da assinatura básica de telefonia pelos usuários⁴.

Nesse caso houve o reconhecimento da admissão da cobrança da referida taxa básica pelas empresas de telefonia que operam no território nacional, o que envolve milhões de usuários. O caso julgado, entretanto, segundo informações extraídas do sítio do próprio Superior Tribunal de Justiça, trata-se de um caso movido em causa própria, sob a égide da assistência judiciária gratuita, por consumidora evidentemente vulnerável (sob todos os aspectos) em face do poder de que são detentoras tais empresas concessionárias do serviço público em comento.

No recurso em tela, por evidente, restou alijada a paridade das partes, ainda assim, o precedente se solidificou-se e acabou por pacificar a matéria, o que escancara a necessidade de revisitarmos as ferramentas de formação dos precedentes em nosso sistema processual e de fortalecermos os métodos de observância do *stare decisis*, para que não se deturpe a concepção de obediência da jurisprudência.

Imprescindível se mostra que atuemos na maturação das técnicas de formação e operação dos precedentes judiciais a serem manejados como forma de uniformização das decisões, de tal sorte a impedir distorções na aplicação da cultura do *common law* em nosso sistema, em nome do proveito de resultados imediatistas de diminuição no número de feitos em trâmite ou de recursos que pendem de julgamento nos tribunais pátrios.

Caso assim não procedamos, temos fundado receio de que, ao invés de reduzir a litigiosidade, vamos viver – se é que já não estamos vivendo - um ambiente institucional com, ainda menor, sensação de ausência de paz social, contrariando o esperado pela Constituição Federal, assentando-se como cenário pernicioso à credibilidade do Órgão Jurisdicional, ao fortalecimento do processo de construção democrática, à consolidação das estruturas fundantes do Estado de Direito e aos fundamentos e objetivos da República.

Pertinente, nessa esteira, suscitarmos os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos (2013, p. 208-222):

⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Especial 911.802. Processual Civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Administrativo. Serviço de telefonia. Demanda entre concessionária e usuário. PIS e COFINS. Repercussão jurídica do ônus financeiro aos usuários. Faturas telefônicas. Legalidade. Disposição na Lei nº 8.987/95. Política tarifária. Lei 9.472/97. Tarifas dos serviços de telecomunicações. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor.



[...] são nítidos o privilegiamento das questões normativas e substanciais do direito e a relativa negligência das questões processuais, institucionais e organizacionais” a ponto de se referir a “chamada crise da administração da justiça, uma crise de cuja persistência somos hoje testemunhas”, para o que sugere uma “nova política judiciária”.

[...] Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática de outros fatores mais importantes.

...as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem contempladas com outros dois tipos de reformas..., a reforma da organização judiciária..., em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho e com uma nova gestão dos recursos de tempo e de capacidade técnica. Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados, sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para democratização da justiça que se pretende...Essas fraturas e os conflitos a que elas deram lugar será a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça.

É preciso construir por etapas – iniciando-se nos cursos jurídicos até chegarmos na formação dos magistrados – a cultura de obediência aos precedentes, assim como de comprometimento, responsabilidade e observância da dialética processual ampla na formação desses precedentes, além de que instituir ferramentas sérias de distinção de casos para efeito de subordinação ou não ao precedente (*distinguishing*) e revogação desses precedentes por conta de injustiças ou alterações nas situações fáticas ou jurídicas que ensejaram sua formação (*overruling*), para que assim consigamos nos aproximar de forma incólume à família do *common law*, o que, reiterar-se, acreditamos de grande valia para consagração da segurança jurídica, efetividade e isonomia de tratamento entre os interessados na prestação jurisdicional.

A doutrina processualista pátria vive um momento muito peculiar de superação de dogma da ampla liberdade ao convencimento e à persuasão do juiz para, em nome da segurança jurídica, fortalecer os precedentes jurisprudenciais, talvez como antes nunca tenha sido vivido no cenário nacional; isso tudo, sem “amarrar o juiz ao conteúdo meramente linguístico ou literal de um verbete ou súmula. O precedente é mais do que isso e, sob tal perspectiva, podemos construir um novo modelo de direito processual civil, com rompimento dogmático e responsabilidade na prestação jurisdicional.

Aliás, por tratar de superação de paradigmas, aproveitamo-nos das sempre pertinentes lições de JJ Calmon de Passos (2012, p. 59-72-254), que nos aponta uma necessária reflexão:

Precisamos convencer-nos, todos brasileiros, de que Papai Noel não existe, que será inútil colocarmos nossos sapatos na beira da cama ou no peitoril da janela, na esperança de que o bom velhinho coloque neles os mimos que desejamos. Nossos sapatos permanecerão vazios, porque só o nosso empenho, nosso engajamento,

nosso trabalho e nossa organização têm condições de produzir os frutos que se farão presentes. Será inútil, portanto, e frustrante, pretendermos que o Direito seja nosso Papai Noel e com suas formulações (palavras, palavras e palavras!) coloque em nossos sapatos os presentes que não pudemos adquirir com nossa luta política.

[...]

Não se afirma que o pensado ontem é hoje de nenhuma valia. Seria estultice afirmar isso. O que se diz é que devemos partir dos ganhos que usufruímos dos que ontem pensaram o homem e sua história e, alicerçados nessa base sólida vermos adiante, para enxergar o nosso tempo. [...] Para o homem não há caminhos feitos. É caminhando que fazemos os caminhos.

Pois bem, a tendência de aproximação entre nosso tradicional e usual *civil law* com a família anglo-saxã do *common law* é inegável e irrevogável, o que, por si só não é negativo, do contrário, acreditamos seja bastante válido, restando, agora, amadurecermos no manejo peculiar desse sistema, não o reduzindo meros enunciados ou verbetes, mas sim, nos preparando desde os bancos da faculdade de Direito até no recrutamento/formação dos magistrados, como forma de alcançarmos uma tutela jurisdicional mais efetiva, equânime e segura, que corrobore com os primados constitucionais e substancialmente contribua na construção de uma sociedade mais justa, livre, isonômica e fraternal.

263

CONCLUSÃO

Podemos denotar que o processo civil brasileiro sempre fora objeto de abordagem constitucional e, no atual modelo, tem ocupado espaço de destaque, até porque, não se pode negar, que através do processo se tem parcela importante na construção democrática do Estado.

Neste diapasão, a fim de que o processo civil seja exitoso na consecução de tal papel, imprescindível se faz refletir acerca de uma nova perspectiva na prestação dessa tutela estatal, especialmente, para assegurar um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica, implicando na necessidade de construção de ferramentas que prestigiem os precedentes judiciais, isso tudo, por evidente, sem macular o livre convencimento do magistrado. A bem da verdade, precisamos desconstruir esse paradigma que tem gerado situações de absoluta desigualdade e incerteza jurídica, o que macula a credibilidade do Órgão Judiciário.

Tal transformação na forma de se prestar tutela jurisdicional tem gerado uma aproximação do processo civil pátrio com a família jurídica, de tradição anglo-saxã, do *common law*, de tal sorte que tem-se valorizado instrumentos processuais que fortalecem os precedentes.

A postura, entretanto, que poderia ser digna de aplausos, a bem da verdade, tem gerado um *common law à moda da casa*, onde os precedentes tem se resumido a meros verbetes e súmulas, sem qualquer consideração da *ratio decidendi*, aplicação indiscriminada das decisões e, pior, por vezes até com decisões paradigmáticas alheias dos demais casos que lhe acompanharão, proporcionando uma severa distorção do fenômeno processual, de tal maneira que devemos repensar nosso modelo de aplicação do sistema dos precedentes para gozar, em plenitude, dos resultados que tal mecanismo pode nos proporcionar.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

_____. *Il processo come fenomeno sociale di massa. Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

264

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed.. Campinas: Bookseller, 2009.

DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

MACEDO, Elaine Harzheim; STAFFEN, Márcio Ricardo (org.). *Jurisdição e processo: tributo ao constitucionalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASSOS, J.J. Calmon de Passos. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: Jus Podium, 2012.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



_____. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo - REPRO*. n. 192, São Paulo, fev. 2011, p. 193-208.

Submissão: 11/01/2016
Aceito para Publicação: 17/03/2016



COLEGIALIDADE, INTEGRIDADE E DELIBERAÇÃO: OS PRECEDENTES E O CONTRADITÓRIO NO NOVO CPC

COLLEGIALITY, INTEGRITY AND DELIBERATION: JUDICIAL PRECEDENTS AND ADVERSARIAL PRINCIPLE IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Rafael Dilly Patrus*

RESUMO: Na conjuntura que se arma em torno do novo Código de Processo Civil, a questão relativa à forma como os tribunais decidem é elevada a uma posição de enorme relevância. O presente trabalho consiste em reflexão a respeito da ideia de deliberação para a produção e a prolação de decisões jurisdicionais colegiadas, em vista do sistema de precedentes vinculantes que se pretende implementar no ordenamento brasileiro. Conclui-se que, a despeito da necessidade de se conferir maior unidade aos acórdãos proferidos pelos tribunais, não se pode esvaziar a própria gênese do procedimento de tomada de decisões, o que abrange (ou deve abranger) não só o tipo de resultado e o contexto decisório, mas especialmente a intensidade das preferências daqueles que decidem. A divergência no curso da decisão não significa desatenção ao dever de integridade no decidir.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de precedentes vinculantes. Colegialidade jurisdicional. Integridade. Democracia deliberativa.

ABSTRACT: In light of the new Brazilian Civil Procedure Code, the question concerning the way courts decide is elevated to a position of enormous importance. This paper consists in a reflection on the idea of the role of deliberation in collegiate jurisdictional decisions, in view of the binding judicial precedents system to be implemented in Brazil. The conclusion is that, despite the need to bring greater unity to courts' decisions, the essence of the decision-making procedure cannot be emptied, since it includes (or should include) not only a kind of decision and the decision process, but especially the intensity of the preferences expressed by those making the decision. Divergences in the decision process does not mean lack of attention to the duty to decide with integrity.

KEYWORDS: System of binding precedents. Jurisdictional collegiality. Deliberative democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil. 2 Os Precedentes e o Perigo da Fuga da Jurisdição. 3 Os Precedentes e o Contraditório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No II encontro dos jovens processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), ocorrido em Salvador nos dias oito e nove de novembro de 2013, foi aprovado o enunciado segundo o qual “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Consta da carta que o referido enunciado, gestado no seio do grupo de trabalho atinente aos precedentes judiciais, emanou do cruzamento interpretativo entre os artigos 10 e 521 do então projeto de novo Código de Processo Civil (hoje os artigos 10 e 927 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Em outras palavras, a

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor substituto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), entre os anos de 2014 e 2015. Consultor Legislativo na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados de Minas Gerais (OAB-MG).

diretriz resulta da combinação entre a força vinculante dos precedentes e o contraditório material, duas máximas introduzidas pelo novo sistema processual.¹

A despeito da clareza semântica do direcionamento, já à primeira vista uma série de indagações vem ao mundo. Como aferir, no caso concreto, a observância do contraditório na formação do precedente? Qual a medida adequada da submissão de um argumento ao contraditório? Um argumento não escrutinado pode contaminar a força vinculante do precedente sobre o restante da argumentação? Se a parte reformula o argumento ou o refuta de maneira distinta, ao juiz é dado reconsiderar o precedente formado em atenção ao contraditório? Um argumento construído de forma insuficiente poderá compor o precedente simplesmente por ter sido debatido e avalizado pelas partes e pela autoridade jurisdicional? A que se refere um argumento propriamente dito? Uma questão pura de direito, ou uma questão de direito lida à luz da base fática da controvérsia? E em que consiste esse contraditório? Como ele se manifesta e se traduz no espaço público processual?

No presente estudo, não se tem a ingênua pretensão de responder a essas e às outras muitas perguntas que precisam ser feitas. A pretensão desta reflexão é, em verdade, muito mais tímida. O que se quer é colocar em debate o modelo deliberativo adotado pelos tribunais para a produção e a prolação de seus atos decisórios. Diante do quadro montado pelo novo Código e pelas discussões que dele têm decorrido, a maneira com que os colegiados jurisdicionais decidem consiste em questão de enorme relevância. O ponto nevrálgico situa-se sobretudo na ideia de colegialidade, a qual enceta uma verdadeira disputa em torno do prisma de deliberação adequado ao sistema de precedentes que se busca implementar.

Para tal consideração, procede-se inicialmente a uma descrição do regramento geral disposto no Código aprovado a respeito da formação e da aplicação dos precedentes judiciais. Em seguida, faz-se uma breve menção ao problema da fuga da jurisdição. Por fim, traz-se a lume a questão da colegialidade e, tendo como base a tese da democracia como processo decisório, analisam-se algumas ideias relativas à maneira como os tribunais decidem (e devem

¹ A adoção de um sistema de precedentes vinculantes consistiu em ponto dos mais nevrálgicos nos debates e embates em torno do novo Código de Processo Civil. Conforme anotam José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire, a ideia encontrou “resistências ideológicas em certos setores da comunidade acadêmica, assim como no Poder Executivo, que, entre outras críticas, reputam inadequada a opção do projeto do novo Código de Processo pela adoção mais ostensiva do sistema de obrigatoriedade dos precedentes judiciais” (2013, p. 680). Neste estudo, parte-se da premissa interpretativa de que o Código aprovado no Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial consagrou um verdadeiro sistema de precedentes obrigatórios, a despeito das expressões utilizadas (e não utilizadas) pela legislação.

decidir). Em linhas gerais, o presente estudo se presta a externar a percepção de que, a despeito da necessidade de se conferir maior unidade aos acórdãos proferidos pelos tribunais, nomeadamente em vista da qualificação que o novo Código atribui aos precedentes que deles derivam, não se pode esvaziar a própria gênese do procedimento de tomada de decisões, o que abrange (ou deve abranger) não só o tipo de resultado e o contexto decisório, mas especialmente a intensidade das preferências daqueles que decidem. A divergência no curso da decisão não significa desatenção ao dever de integridade no decidir.

Não obstante esse escopo, o que se espera desta consideração é que ela sirva, acima de tudo, para a feitura de novas perguntas. O debate em torno do estabelecimento de um sistema processual mais justo e eficiente não se encerra com a aprovação de um novo Código. É sempre tempo de construir.

1 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O *caput* do artigo 927 do novo Código de Processo Civil estipula que os órgãos jurisdicionais (juízes e tribunais) observarão os acórdãos do Supremo Tribunal Federal no exercício da fiscalização concentrada de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes, as decisões em incidentes de assunção de competência e no julgamento de casos repetitivos,² os enunciados de súmulas jurisprudenciais do Supremo em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional,³ e as orientações dos plenários ou órgãos especiais aos quais se encontrem vinculados.⁴ Trata-se de diretrizes gerais para a utilização dos julgados proferidos pelos colegiados judiciais a título de precedentes.

² O artigo 928 do novo Código esclarece que é considerado “julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos”.

³ Apesar de o uso do termo “infraconstitucional” não ensejar, a princípio, maiores questionamentos, a menção feita pelo legislador é atécnica, sobretudo quando se leva em conta que o Código de Processo Civil consiste em diploma processual de caráter geral, aplicável direta ou subsidiariamente às justiças especializadas. A rigor, os precedentes emanados pelo Superior Tribunal de Justiça são vinculantes, à luz da Constituição da República, para a interpretação e a aplicação da legislação federal não especial, excluindo-se as matérias atinentes à legislação local e as cuja apreciação é de competência da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Militar Federal.

⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para a realização sustentável dessa proposta, o *caput* do artigo 926, por sua vez, estipula que cumpre aos tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.⁵

Na redação do Código aprovado, não há referência expressa aos princípios que devem nortear a formação desses precedentes. Isso não significa, contudo, que a prolação das decisões a que faz alusão o artigo 927 não deva subserviência à autoridade dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do contraditório, já que a obrigatoriedade dessas diretrizes decorre da própria ordem constitucional (DERZI, 2009, p. 377-498). Além disso, outras disposições, especificamente concernentes às exigências que devem ser observadas pelos juízes e tribunais quando da aplicação dos precedentes e/ou às hipóteses de modificação da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, servem como indicadores claros da meta de materialização policêntrica, participativa e, por isso mesmo, democrática que orienta a organização do espaço público processual no novo diploma (NUNES, 2004, p. 73-85; 2008; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009a, p. 177-206; 2009b, p. 107-141).

Um exemplo é o §1º do artigo 926, que preleciona que “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”, mas atendo-se, por força do que estabelece o §2º, “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. O encaminhamento dado pelo Código é claro quanto ao escopo de racionalizar o uso das súmulas jurisprudenciais, tão pauperizadas na prática forense nacional,⁶ de modo que a aplicabilidade do precedente exarado pelos tribunais hierarquicamente superiores implique um processo de adequação discursiva na concretização levada a efeito pelas instâncias inferiores. Essa obrigatoriedade, se tomada com o cuidado e a inteligência que a implementação de um novo sistema processual exige, pode ser lida como um instrumento de proteção sistêmica da segurança e da confiança, porquanto assegura que o respaldo e a identidade das orientações sumulares estejam deitados na história institucional da própria comunidade político-jurídica.⁷

O §1º do artigo 927 traz ainda a importante previsão de que o órgão jurisdicional deverá observar o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, na aplicação dos precedentes referidos

⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁶ Para uma crítica da utilização das súmulas no direito brasileiro, cf., por todos, Bustamante (2013, p. 65-106).

⁷ Para um estudo da relação entre tempo e confiança na obra de Niklas Luhmann, cf. Derzi (2009, p. 316-338).

no caput.⁸ Tal dispositivo traz à tona a relevância da materialização do contraditório na atribuição de força vinculante aos argumentos de um precedente. De um lado, a vedação a que o órgão jurisdicional decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes impõe que o elemento de fundamentação componente do ato de aplicação de um precedente tenha sido submetido ao contraditório. De outro, a decisão concreta que não promover adequadamente a individualização, a adaptação e a reconstrução da norma extraída do precedente será considerada carente de motivação.

Outrossim, o Código dá grande importância à modificação da jurisprudência, prescrevendo, no §2º do artigo 927, que a variação de tese jurídica constante de enunciado de súmula ou decisão em julgamento de casos repetitivos “poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Em acréscimo, o §3º estabelece que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Vê-se que, tanto na formação quanto na modificação da diretriz jurisprudencial sedimentada, a observância do contraditório material é impositiva, não apenas em razão do que estabelece o artigo 10, mas principalmente o artigo 926, *caput*, que consubstancia norma de caráter geral na conformação do sistema de precedentes. Em acréscimo, vale mencionar a exigência materializadora inscrita no §4º do artigo 927, segundo a qual a alteração de entendimento jurisprudencial sedimentado “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

⁸ Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De modo geral, o Código se posiciona contrariamente à instabilidade da jurisprudência. Nessa seara, é posta em evidência a noção do colegiado judicial como fórum responsável pela salvaguarda da integridade e da unidade dos enunciados emanados no formato de precedentes. A implementação adequada dos argumentos pelos julgadores nos casos posteriores exigirá a preservação desse liame. Por isso mesmo, a preocupação atinente à forma como os tribunais decidem mostra-se fundamental.

2 OS PRECEDENTES E O PERIGO DA FUGA DA JURISDIÇÃO

O manuseio de um sistema de precedentes vinculantes pela lógica do princípio da praticidade é altamente nocivo, podendo levar “a uma administração da justiça informada exclusivamente por argumentos pragmáticos e voltada para uma padronização massificadora da atividade jurisdicional” (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 333-334). Isso porque, ao proceder a uma implementação maquinal e não reflexiva dos enunciados jurisprudenciais,⁹ o julgador se afasta de seu dever de individualizar o direito, no sentido de adequá-lo às peculiaridades concretas e reconstruí-lo dialeticamente à luz da razão pública e da comunidade de princípios (RAWLS, 2005; DWORKIN, 1986; 1996).

Ao Poder Judiciário a ordem constitucional atribuiu a importante função de dirimir e pacificar as controvérsias sociais, lançando mão de uma estrutura distributiva de justiça que toma o conflito concreto como medida de equalização. Em outras palavras, a atuação jurisdicional, não obstante a importância das diretrizes e orientações uniformizadoras, implica a consideração da concretude em sua particularidade. Portanto, quando o juiz se nega a analisar o caso concreto, supondo suficiente a média aferida pelo legislador ou pelo administrador a partir de uma leitura rasa das hipóteses reais mais frequentes, há uma verdadeira recusa de prestação jurisdicional, ou, em outras palavras, uma negativa de cumprimento da função institucional outorgada à parcela da soberania estatal atrelada à aplicação do direito para a solução dos conflitos sociais (DERZI, 2012, p. 611-612; DERZI;

273

⁹ No Brasil, contudo, as duas posturas mais comuns no uso dos julgados como fundamento para as decisões são: a repetição mecânica de ementas e súmulas, em desatenção ao contexto dos fundamentos determinantes, e o desprezo pelas decisões previamente proferidas, como se fosse possível demarcar o momento decisório a partir de um referencial-zero na densificação interpretativa do direito. Para uma crítica dessa tendência, cf. Bustamante (2013, p. 65-106).

BUSTAMANTE, 2013, pp. 333-336).¹⁰ Essa perspectiva não importa na negação da normatividade da jurisprudência dos tribunais, conforme anota Misabel Derzi:

Não se nega, evidentemente, que a norma judicial, extraída da jurisprudência dominante, crie expectativa normativa e imponha-se a terceiros que não integraram a lide ou casos em que ela se firmou. (...) Isso não significa, entretanto, que o Poder Judiciário fica dispensado do exame profundo de cada caso concreto que se lhe apresente, pois a súmula e a jurisprudência dominante somente podem ser aplicadas se e na medida em que o caso sub judice demonstre preencher e enquadrar-se nos pressupostos e casos sumulados (DERZI, 2012, p. 612).

Assim, a utilização do precedente no acerto e no julgamento das contendas depende do comprometimento com uma “coerência diacrônica” entre o passado e o presente: a ideia de que a resposta para o problema de hoje deve ser extraída de uma construção que leve em conta os direcionamentos universais (e universalizantes) de ontem e ao mesmo tempo se projete, reflexiva e criticamente, como condicionamento universal (e universalizante) para as questões e os problemas de amanhã (MELISSARIS, 2006, pp. 129-141).¹¹ A justificação das decisões está amarrada a uma exigência de universalizabilidade de cada solução concreta. A individualização do precedente a partir de um discurso de aplicação não supõe, destarte, um casuismo divorciado da regência normativa geral, nomeadamente porque os comunicantes devem se empenhar na edificação de fundamentos decisórios que sirvam não só para o problema atual, mas atendam aos requisitos progressos, na medida da história institucional do direito, e aos casos futuros que lhe sejam similares. Um discurso de adequação importa, nesse cenário, na aplicação das normas a cada situação concreta a partir de sua reinterpretação e de seu ajustamento às particularidades verificadas (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 335). A atividade hermenêutica do agente judicial depende dessa percepção.¹²

274

¹⁰ Para a elucidação dessa questão, mostra-se indispensável a lição de Misabel Derzi: “Cabe ao Legislador (...) a justiça geral (por todos e para todos), sem corporativismos e privilégios. Mas ao Poder Judiciário cabe pacificar os conflitos, por meio da distribuição da justiça individual, caso a caso. Não pode o Poder Judiciário recusar-se a examinar o caso concreto, na suposição de que o administrador ou o legislador tenham tipificado razoavelmente pela média ou segundo os casos mais frequentes. Utilizar-se o Poder Judiciário de presunções, tipificações convertidas em súmulas (vinculantes ou não) para evitar uma série de demandas e, com isso, reduzir os casos em juízo, é fugir à função constitucional que lhe foi outorgada. Na praticidade, prevalece o quantitativo sobre a qualidade” (2012, p. 611).

¹¹ Thomas de Bustamante e Misabel Derzi pontuam que “o denominado princípio da ‘justiça formal’, argumenta MacCormick, exige uma espécie de coerência diacrônica entre os precedentes, na medida em que todos os falantes devem se ‘comprometer em estabelecer os fundamentos para a decisão de hoje e de todos os casos futuros que lhe sejam semelhantes’” (2013, p. 335). A citação feita pelos autores é a MacCormick (1978, p. 76).

¹² Nesse sentido: “A aplicação das súmulas jurisprudenciais exige, portanto, uma consideração específica das circunstâncias de cada caso concreto, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito. Com efeito, abstrair-se do contexto determinado pela situação concreta de cada caso posto sob a esfera do Judiciário implica o abandono da própria perspectiva hermenêutica do intérprete em relação ao

Na perspectiva do enunciado segundo o qual, para a formação dos precedentes, apenas podem ser utilizados argumentos submetidos ao contraditório, conforme aprovado no II encontro dos jovens processualistas do IBDP, em Salvador, a exigência da individualização concreta da diretriz normativa extraída do precedente é fortalecida. Se ao juiz é colocado o dever de isolar cada argumento que informa o precedente aplicável, de forma a verificar, no caso concreto, se o fundamento foi submetido ao contraditório quando de sua inclusão na orientação, a averiguação da compatibilidade entre as bases fáticas do enunciado e do caso concreto e a adaptação reconstrutiva do precedente ocorrem não apenas com maior fluidez, mas passam verdadeiramente a compor o cerne estrutural da atividade judicante. Em outras palavras, a interpretação conjunta dos comandos inseridos nos artigos 10, 489, §1º e 926 e seguintes do novo Código de Processo Civil apresenta-se como recurso de afirmação da prestação jurisdicional adequada, iluminando a designação do magistrado como responsável pela particularização universalizadora do direito na concretude, em vista da tensão processualizada entre o passado, o presente e o futuro.

275

Na apresentação de premissas para a legitimação discursiva do uso dos precedentes judiciais, Dierle Nunes afirma que o “processualismo constitucional democrático”, base da sistemática projetada no novo CPC, objetiva sobretudo

discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valorizada, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e o *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país (NUNES, 2011, p. 66).¹³

Assentadas essas elocuições, cabe perquirir a medida do contraditório exigido na formação dos precedentes. Se cumpre ao julgador selecionar os argumentos passíveis de

seu objeto. O jurista já não é mais visto como alguém que reflete sobre o direito e que – por via do discurso e do emprego de argumentos sobre a sua interpretação correta – interfere no ‘contexto de uso’ dos enunciados jurídicos, participando dos jogos de linguagem em que o significado desses enunciados é construído pela via da interpretação” (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 336). Para essa perspectiva analítica, cf. Bustamante (2012), McCormick (1978) e Raz (1994).

¹³ Em referência ao mesmo trabalho, Thomas de Bustamante e Misabel Derzi escrevem que as condições pensadas por Dierle Nunes “coincidem com as nossas reivindicações mais importantes para uma teoria brasileira – que ainda está por ser estabelecida – do precedente judicial” (2103, p. 359). E avançam, concluindo, no que toca à sistemática constante do então projeto de novo Código, que “as novas regras de interpretação do precedente judicial e de motivação das decisões podem contribuir, em importante medida, para a racionalização do processo decisório do poder judiciário. Isso, no entanto, se elas forem efetivamente respeitadas e interpretadas de forma correta, como propusemos nesse trabalho, pois caso contrário os precedentes serão apenas mais uma válvula de escape para o arbítrio judicial” (2013, p. 362).

utilização a partir da fiscalização de sua submissão ao contraditório, é preciso mensurá-lo, defini-lo, delimitá-lo. Acima de tudo, a adequação do discurso de fundamentação, na construção do precedente, afeta essencialmente os discursos subsequentes de aplicação. Ou seja: o contraditório na gestação do enunciado vinculante é decisivo para a boa aplicação, nos casos presentes, das orientações precedentes. O modelo não pode cair no vício da (re)produção pela praticidade. Mais uma vez, essas razões confluem para elevar a forma de decisão dos tribunais à centralidade da discussão.

3 OS PRECEDENTES E O CONTRADITÓRIO

3.1 O tormento da instabilidade jurisprudencial: o direito como integridade

O tema da instabilidade jurisprudencial e da busca por soluções tem sido objeto de análise por parte de importantes doutrinadores já há algum tempo (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2001; DANTAS, 2013, pp. 125-143; MANCUSO, 2001). O artigo 926 do novo Código coloca essa preocupação em destaque ao estabelecer que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. É fácil perceber que o alvo de ataque consiste em um problema tormentoso para um sistema de precedentes judiciais vinculantes: a existência de parâmetros decisórios conflitantes, o que acaba por dificultar ou mesmo impedir a padronização de resultados para casos de base fática idêntica ou semelhante.

É inequívoco que, em grande medida, a instabilidade e a incoerência jurisprudenciais denotam um descuido dos tribunais quanto à exigência de decidir com integridade. Essa obrigatoriedade, de caráter hermenêutico e histórico-institucional, é revelada de maneira percuciente pelas considerações de Ronald Dworkin acerca do caráter interpretativo do direito, do dever judicial de decidir conforme a comunidade de princípios e da tese da única melhor resposta correta.¹⁴ A concepção do direito como uma projeção dialética de sua própria história, discursivamente compreendida e atualizada, impõe ao intérprete-julgador que assuma

¹⁴ A tese da única melhor resposta correta, apresentada primeiramente em publicação da década de 1970 (DWORKIN, 1978), é retomada com maior profundidade na década de 1980 (DWORKIN, 1985; 1986). Cumpre esclarecer que, “fundamentalmente, a tese da única resposta correta não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem mesmo há uma exigência para se chegar, ainda que aproximadamente, a uma solução ideal. A tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e autorreflexivas, críticas, construtivas e fraternas, em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por aquele exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 165-166).

um posicionamento interpretativo, reflexivo e crítico-constutivo em face da institucionalidade positiva (DWORKIN, 1985; 1986; CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, pp. 165-197). Nesses termos, tal concepção “rejeita tanto que as proposições jurídicas sejam notícias de fatos passados, como na perspectiva convencionalista, quanto que traduzam programas instrumentais focados nas consequências futuras, como quer o pragmatismo jurídico”, insistindo, por sua vez, que “tais proposições consistem em julgamentos interpretativos e que, portanto, combinam elementos retrospectivos e prospectivos; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política em aberto”. Para Dworkin, a teoria do direito como integridade “recusa como improfícua a velha questão sobre se os juízes enunciam ou inventam o direito”, concebendo a fundamentação jurídica a partir da perspectiva de que “eles realizam ambas as atividades e nenhuma delas” (DWORKIN, 1986, p. 225, tradução livre).¹⁵

Em linhas gerais, o princípio da integridade, em sua conformação adjudicativa,¹⁶ aponta que aos juízes cumpre

277

identificar direitos e deveres jurídicos, na maior medida possível, assumindo a premissa de que eles foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – na expressão de uma concepção coerente de justiça e justeza. (...). De acordo com a tese do direito como integridade, proposições jurídicas são verdadeiras na medida em que se ajustam aos ou decorrem dos princípios de justiça, justeza e devido processo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 1986, p. 225, tradução livre).¹⁷

Os compromissos institucionais que se originam dessa ideia elevam a história da comunidade político-jurídica a um patamar bastante específico de relevância hermenêutica. Não se trata de uma imposição de resgate de todos os estágios de desenvolvimento social do direito, mas da necessidade de assimilar o conteúdo histórico dos princípios compreendidos

¹⁵ Na redação original, os excertos foram retirados do seguinte trecho: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward- and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither”.

¹⁶ A despeito da relevância da concepção do direito como integridade para a atividade jurisdicional, o princípio em si não se restringe ao âmbito judicante, impondo deveres hermenêuticos e histórico-institucionais também para o legislador e o administrador. Nessa linha de ideias, cf. Dworkin (1986, p. 176-224).

¹⁷ No original: “The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. (...). According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice”.

comunicativamente como justificadores dos direitos e deveres praticados no presente. O preceito da integridade situa o direito como um conjunto complexo de realizações “que emanam de decisões coletivas do passado e, por tal razão, autorizam ou exigem o uso da força”, mas compreende tais decisões não só a partir de seu conteúdo estrito e explícito, abarcando igualmente “o esquema de princípios necessário para justificá-las” (DWORKIN, 1986, p. 227, tradução livre).¹⁸ Há, portanto, um dever de reflexão crítica sobre o passado, em prol da adoção de uma postura interpretativa capaz de reproduzir institucionalmente a reconstrução do direito e de pensá-la de forma justa e coerente. Isso porque “não há como compreender sem se comprometer criticamente com uma prática jurídica que diz respeito a todos os que vivem sob o império do Direito” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 169). Daí a conclusão de que o direito

deve ser lido como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional, a partir do compartilhamento de uma mesma sociedade de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros (comunidade de princípios) (FERNANDES, 2014, p. 195).¹⁹

278

Para a edificação de sua contribuição teórica, Dworkin lança mão de duas metáforas. A primeira é a metáfora do romance em cadeia. Cuida-se de um empreendimento confractural no qual um grupo de romancistas escreve em conjunto uma história em série, capítulo por capítulo. Cada autor é responsável por uma etapa do enredo. De um lado, a sua inserção pressupõe que as cenas e personagens já escritas sejam consideradas; lado outro, não há que se falar propriamente em um novo estágio narrativo sem o comprometimento com um avanço criativo. Há, portanto, uma responsabilidade pela continuidade, de modo que os escritores “aspirem conjuntamente à criação, tanto quanto puderem, de um romance único que seja o

¹⁸ No original: “It [integrity] that the law – the rights and duties that flow from the past collective decisions and for that reason license or require coercion – contains not only the narrow explicit content of these decisions but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them”.

¹⁹ O autor dissocia a proposta de Dworkin de um suposto caráter não interpretacionista, no sentido atribuído por Ely (1980), na tentativa de escapar de “reduções drásticas a que uma diferenciação dicotômica presa ao debate clássico (...) estaria atrelada. Bem verdade é que o projeto dworkiniano é bem mais rico e amplo que o debate anterior, principalmente porque se assenta em uma compreensão do direito afeita às conquistas do giro linguístico e intimamente preocupada com a questão da busca por uma justificação da legitimidade do direito e das decisões jurídicas” (FERNANDES, 2014, p. 195).

melhor possível” (DWORKIN, 1986, p. 229, tradução livre).²⁰ Disso resulta a ideia de que, no tratamento das proposições jurídicas, os intérpretes (em especial, os magistrados) assumam a postura de um artista que ao mesmo tempo descreve e cria, no sentido de ler e simultaneamente elaborar a melhor história possível (a história posta, lida à sua melhor luz) (DWORKIN, 1986, p. 228-238).²¹ Com essa figura de linguagem, Dworkin defende a alocação da atividade adjudicativa em um lugar de atenção à história institucional do direito. Seu objetivo é corroborar que decidir com integridade implica engajar-se em um cometimento essencialmente coletivo, de forma que cada nova decisão resulte não só de uma leitura inventiva do direito adaptado e atualizado ao caso concreto enfrentado, mas importe em uma consideração crítica dos rumos pregressos, em especial os precedentes judiciais.

Em acréscimo a tal ideia, o autor constrói a metáfora do juiz Hércules, que representa um julgador-intérprete sobre-humano, com inserção em determinada comunidade de princípios, munido confractualmente²² da aptidão, da disposição e da envergadura necessárias à recuperação hermenêutica e à densificação principiológica da história institucional do direito. Esse exercício interpretativo serve, no horizonte de Hércules, para o isolamento, frente a determinado problema concreto, da única solução correta. A aproximação dos magistrados reais à figura mitológica ocorre de maneira limitada, mas a sua explicitação põe em evidência o dever de buscá-la e realizá-la tanto quanto possível. Na perspectiva do direito como integridade, aos juízes cumpre decidir corretamente; trata-se de um dever institucional, oriundo especialmente do comprometimento hermenêutico que o julgador deve assumir com a comunidade de princípios à qual ele serve.

Essas formulações ajudam a compreender o tamanho da carência institucional gerada por uma jurisprudência inconstante e contraditória. A inobservância da exigência de integridade é um mal imenso para quaisquer sistemas jurídicos, sobretudo aqueles nos quais vigora uma aparelhagem de precedentes judiciais vinculantes. Por isso mesmo, afigura-se não

²⁰ O excerto original foi retirado da seguinte passagem: “In our example (...), the novelists are expected to take their responsibilities of continuity more seriously; they aim jointly to create, so far as they can, a single unified novel that is the best it can be”.

²¹ Para exemplificar a proposta por trás da metáfora, Dworkin faz menção ao personagem Scrooge da obra *A Christmas Carol*, de Charles Dickens (1986, p. 232-238). Para uma revisão de como o direito se assemelha à literatura, cf. Cattoni de Oliveira (2012, p. 165-197).

²² Dworkin anota que “nenhum juiz seria capaz de compor algo próximo a uma interpretação completa e imediata de todo o direito de sua comunidade. Por essa razão, imaginaremos um julgador hercúleo, com talentos sobre-humanos e tempo infinito” (1986, p. 245, tradução livre). No original: “No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all his community’s law at once. That is why we are imagining a Herculean judge of superhuman talents and endless time”.

só compreensível como salutar a inquietude do novo Código com a estabilidade, a higidez e a coerência dos entendimentos consolidados dos tribunais. E mais: essa preocupação – que não é nova, apesar de agora passar a constar do texto legal – enceta, evidentemente, uma revisão na forma como as decisões colegiadas são tomadas. Nunca é demais repetir que a maneira como os tribunais decidem constitui um problema central. O que não se pode aceitar, por outro lado, é que a constatação dessa centralidade sirva de apoio para suposições metodológicas avessas à permeabilidade da jurisdição como espaço público de lutas por direitos. Não será em prol da estabilidade jurisprudencial que o desacordo deliberativo será tomado como um problema de falta de integridade.

3.2 A fórmula deliberativa da colegialidade

Qual o significado, então, do contraditório exigido para que determinado fundamento integrante do precedente adquira força normativa? A indagação não pode ser encarada de forma simplória. Tampouco se pode enfrentá-la à luz do contraditório material que se pretende efetivar no âmbito do processo civil individual (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009b, pp. 107-141). Os jurisdicionados afetados pelo discurso de aplicação construído a partir do precedente não são aqueles que diretamente contribuíram para a construção do respectivo discurso de fundamentação.²³

A percepção da distinção entre essas duas dimensões discursivas é fundamental para a compreensão da reconstrução do direito no marco da ordem democrática, sobretudo quando se tem em mente, com Klaus Günther, que o questionamento relativo à validade de determinada norma jurídica é distinto do alusivo à sua aplicação adequada (GÜNTHER, 1993).²⁴ A

²³ Assume-se, no presente trabalho, que o discurso de aplicação engendrado pelos tribunais quando da produção de uma decisão apta a adquirir a força de um precedente se metamorfoseia, subsequentemente, em um discurso de fundamentação, na medida em que serve de parâmetro para as etapas de aplicação que ocorrerão perante as instâncias ordinárias. Embora idealmente afeito às bases fáticas dos casos a partir dos quais o precedente foi gestado, esse parâmetro se manifesta como uma orientação dotada de algum grau de abstração e generalidade, motivo pelo qual exige, na individualização do direito, um novo discurso de densificação capaz de adequá-lo à concretude analisada. Não se pretende dizer, com isso, que o processo decisório do qual resulta o precedente judicial é equivalente à manifestação do discurso de fundamentação legislativo, mas que, na esteira do que preleciona Klaus Günther, há uma diferença essencial entre a pergunta sobre a fundamentação apropriada do precedente e a pergunta sobre a adequação da sua aplicação.

²⁴ Sobre essa separação, Flávio Pedron pontua que “para toda norma que for aceita como válida a partir de um princípio de universalização, haverá situações nas quais essa mesma norma, aparentemente, poderá se ‘chocar’ com outra norma igualmente válida, de modo que será possível seguir uma sem descumprir outra” (2008, p. 189).

fundamentação aloca-se discursivamente no processo democrático de elaboração da norma jurídica, ao passo que a aplicação consiste em etapa subsequente, manifestando-se nos processos democráticos de adaptação do enunciado normativo às situações concretas. São grandezas que não se confundem, e a principal distinção está no uso das formas de comunicação e dos possíveis recursos argumentativos (HABERMAS, 1992; 1996).

No primeiro, tratar-se-ia de perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, para tanto, de um teste de universalização – a partir do princípio do discurso; no outro, pretender-se-ia considerar aquelas normas válidas e, então, diante de um caso concreto específico, buscar encontrar a norma que seja adequada (PEDRON, 2008, p. 188).

Não se ignora que a produção de uma norma leva inevitavelmente em conta uma dimensão de aplicação, em vista dos objetivos, efeitos e impactos que a sua colocação subentende e enseja. A distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação não assume a existência de um hiato hermenêutico entre o processo de concepção geral da expectativa de conduta e a sua implementação para a solução de um problema concreto.²⁵ O que se pressupõe é que há pretensões comunicativas completamente diferentes quando, de um lado, afirma-se que a norma é *justificada* adequada e imparcialmente e quando, de outro, diz-se que a norma é *aplicada* adequada e imparcialmente (GÜNTHER, 1993, p. 87-88; PEDRON, 2008, p. 189). A assimilação dessa diferenciação possibilita repensar a perspectiva contrafactual de uma suposta colisão entre normas no discurso de aplicação. Esclarece-se que o conflito, na verdade, é falso, já que “quando se descobre a norma adequada, percebe-se que as demais permanecem igualmente válidas, apenas que *nunca* foram cabíveis para aquele caso” (BAHIA, 2003, p. 255, grifo no original).

Outrossim, não se discute que o discurso de formação de um precedente judicial é distinto do discurso de fundamentação concernente à elaboração legislativa do preceito normativo.²⁶ As formas comunicativas e os recursos de argumentação à disposição do

²⁵ Por isso mesmo, a crítica feita por Lenio Streck e Santiago Sito é descabida, porquanto assume, em uma postura hermenêutica radical, que a unidade entre compreensão e interpretação inutiliza a separação discursiva entre fundamentação e aplicação. Sobre esse posicionamento, cf. Streck e Sito (2012, p. 456-468).

²⁶ Sobre o tema, Flávio Pedron salienta que “por meio dos discursos de justificação, o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões de normativas e pragmáticas, traduzindo-as à luz do código do Direito. O aplicador jurídico, por outro lado, encontra uma constelação de normas bem mais limitadas – ele apenas pode lançar mão das escolhas já feitas pelo legislador. Além disso, todas as escolhas do legislador, uma vez traduzidas conforme o código do Direito, agora funcionam sob a lógica jurídica; por isso mesmo, a tarefa deixada a cargo do aplicador não é mais de justificar tais razões, mas de encontrar, dentre as que o legislador considerou como *prima facie* válidas, a adequada para fornecer uma fundamentação acerca da correção da ação singular trazida pelo caso *sub judice*” (2008, p. 198).

intérprete judicial não são (e nem podem ser) os mesmos, sob pena de mimetização e consequente esvaziamento da principal peculiaridade da via judicial para a gama de lutas por reconhecimento: o vocabulário da imparcialidade, da transparência argumentativa e do contraditório.²⁷ Por conseguinte, uma medida importante do contraditório no desenrolar do discurso que culmina na formação de um precedente trata-se da colegialidade. Sem cair na ingenuidade de romantizar o potencial deliberativo das cortes, não há dúvidas de que o diálogo, consciente ou não, entre os julgadores inseridos no processo decisório consiste em aspecto indisponível da dialética público-processual de formação de um precedente. É na transparência comunicativa do processo decisório ocorrido perante os tribunais que se manifestam os elementos indicadores da atenção à exigência dworkiniana da integridade. A projeção de um julgador em direção à figura do juiz Hércules, com inserção no predicado do romance em cadeia, depende de um compromisso com a apresentação clara e honesta das razões jurídicas que o motivaram a decidir. Quando se fala em um grupo de magistrados, encarregados substancialmente de exarar, no discurso de aplicação circunscrito aos procedimentos mencionados pelo novo CPC, um discurso de fundamentação para os casos futuros de base fática idêntica ou similar, o comprometimento com a clareza e a honestidade perpassa a adequação dos canais de comunicação que se estabelecem entre eles. A colegialidade está no cerne dessa linha de adequação.²⁸ Mas, afinal, qual o significado dessa ideia para a relação discursiva entre os pares julgadores na formação de um precedente?

282

A colegialidade traduz, primeiramente, uma virtude de postura. Diz respeito à atitude assumida por um intérprete com relação aos seus colegas em um fórum deliberativo. Por meio

²⁷ Sobre a peculiaridade da via judicial para a veiculação das lutas que emergem do seio social, sobretudo no que se refere ao sentido do contraditório material, cf. Nunes (2006; 2008), Nunes e Theodoro Júnior (2009a, pp. 177-206; 2009b, p. 107-141) e Bahia (2004, pp. 301-357; 2012, p. 15-37).

²⁸ Conrado Hübner Mendes menciona quatro virtudes que devem ser consideradas pelos juízes para o alcance do potencial deliberativo das cortes: a colegialidade, a empatia, a modéstia cognitiva e a ambição cognitiva. Nesse sentido: “A articulação colegiada é um método complexo de deliberação. Está orientado para o consenso, mas não depende dele. Lida com a tensão entre as promessas epistêmicas e comunitaristas, bem como com as razões de segunda ordem para a obtenção da unanimidade. Julgadores têm o encargo de encaminhar uma solução autoritária para o caso, de converter posições individuais em um pronunciamento institucional, sem suprimir os desacordos. Para desincumbir-se da sua responsabilidade deliberativamente, os juízes devem atentar para quatro virtudes: a colegialidade, a empatia, a modéstia cognitiva e a ambição cognitiva” (HÜBNER MENDES, 2014, p. 128, tradução livre). No original: “Collegial engagement is a complex mode of deliberation. It is oriented to consensus but does not depend on it. It deals with the tension between the epistemic and communitarian promises, and also with second-order reasons for reaching unanimity. Decision-makers have the burden of reaching an authoritative solution of the case, of converting individual positions into an institutional one, without suppressing disagreement. In order to discharge their responsibility in the deliberative way, judges should take four virtues into account: collegiality, empathy, cognitive modesty, and cognitive ambition”.

dela se constrói um projeto de colaboração, baseado em uma cultura de deliberação em prol da unidade colegiada (HÜBNER MENDES, 2014, p. 128-134). A colegialidade como impressão compartilhada impõe a busca pelo consenso, por meio de um desprendimento individual, de forma a sustentar uma performance institucional, despersonalizada e cooperativa.

A colegialidade como uma virtude deliberativa possui um significado preciso. Ela permanece, com efeito, vinculada a um projeto colaborativo, mas um que se mostre conectado com a cultura institucional interna vocacionada para a deliberação e em busca da unidade. Ela possibilita as condições para uma “controvérsia confortável” e desenvolve uma “intimidade além do afeto”, nas expressões eloquentes utilizadas pelos juízes estadunidenses (HÜBNER MENDES, 2014, p. 129, tradução livre).²⁹

Para Conrado Hübner Mendes, a colegialidade como princípio norteador da dinâmica deliberativa de um órgão jurisdicional implica uma série de outras virtudes, tais como o respeito pelas opiniões dos pares, a disposição à composição colaborativa e a humildade interpretativa.³⁰ Nesse cenário, o empreendimento colegial importa em uma transmutação comunicativa da performance individual em prol da unidade coletiva, no sentido de uma articulação institucional coesa. Por essa razão, há carência de colegialidade na hipótese de “um juiz que, a despeito de ter estudado cuidadosamente o caso e elaborado razões bem pensadas para decidir, não se sente aberto a interagir e se comunicar com os seus colegas” (HÜBNER MENDES, 2014, p. 130, tradução livre).³¹

Diante disso, a solução do vício importaria na assunção de uma atitude comunicativa menos engessada. Porém, há, segundo o autor, hipóteses mais complexas, razão pela qual a colegialidade não se pode reduzir a um mero compromisso de cooperação, devendo pressupor

²⁹ No original: “Collegiality as a virtue of deliberation has a more precise sense. It remains, indeed, attached to a collaborative project, but one that is concerned with the internal institutional culture that favors deliberation and the search of unity. It generates the conditions for ‘comfortable controversy’ and develops an ‘intimacy beyond affection’, in the eloquent expressions of American judges”.

³⁰ Para a construção de tal percepção, Conrado Hübner Mendes faz referência aos escritos de Harry Edwards, segundo quem a colegialidade exige que “discutamos as visões alheias com seriedade e respeito, escutando com as mentes abertas”, de modo que os julgadores estejam preparados para “ouvir, persuadir e ser persuadido, tudo isso em uma atmosfera de civilidade e respeito, possibilitando-se a criação “de condições para um acordo principiológico” (2014, p. 129, tradução livre) O trecho no original é o seguinte: “Edwards offers a more useful understanding. For him, rather than consensus, collegiality implies ‘that we discuss each other’s views seriously and respectfully, and that we listen with open minds’. In a more elaborated version, he claims that collegial judges are prepared to ‘listen, persuade, and be persuaded, all in an atmosphere of civility and respect’, and that such process ‘helps to create the conditions for principled agreement’”. As citações feitas são a Edwards (1998, p. 1.361; 2003, p. 1.645).

³¹ No original: “Collegiality, therefore, is clearly at odds with a judge that, despite carefully studying the case and elaborating well-reflected reasons to decide, does not feel any responsibility to interact and communicate with his colleagues”.

uma disposição material para a ação supraindividual, sobretudo quando o acordo espontâneo não for possível (HÜBNER MENDES, 2014, p. 131-132). Em tal situação, os participantes do processo deliberativo-decisório devem se escorar em um compromisso principiológico, embora de ordem pragmática: o de que, em prol da não-divergência, ao intérprete inicialmente dissidente cabe “abrir mão de sua escolha primeira e filiar-se ao grupo. Eventualmente, aos juízes cumpre sujeitar-se em nome do poder simbólico e político de uma decisão unânime, em oposição à suscetibilidade de posicionamentos divididos” (HÜBNER MENDES, 2014, p. 130, tradução livre).³² Assim, para Hübner Mendes, o dissenso é por vezes encarado como o fracasso da unidade e da integridade grupais, uma anomalia admissível somente em último caso. Os juízes de um colegiado não devem, portanto, se escusar de promover ajustes até mesmo acerca das mais relevantes e delicadas questões morais e políticas, em vista da constatação do poder de uma decisão unânime – uma opinião institucional, do tribunal, e não uma soma das opiniões individuais dos julgadores.³³

Não obstante a clareza dessa argumentação, o formato descrito mostra-se um tanto quanto questionável. À luz do maquinário de precedentes inscrito no novo CPC, a questão toma uma proporção especial. Isso porque, frente à tarefa de alimentar e preservar a estabilidade da sua jurisprudência, não poderão os tribunais encarar o seu dever institucional de decidir com integridade como um convite a assumir compromissos pragmáticos em prol de posicionamentos falsamente unânimes ou majoritários.

Em reflexão sobre a obra de Hübner Mendes, Thomas de Bustamante assevera que a justificação de um colegiado judicial organizado e orientado pela lógica deliberativa do pragmatismo (ainda que norteado principiologicamente) não é capaz de responder às objeções feitas por vários autores ao próprio espaço de poder das cortes, nomeadamente no que se refere à jurisdição constitucional (2015, p. 372-393). Segundo o professor, a crítica feita aos

³² No trecho original: “Second-order reasons can push a judge who believes he is right to alleviate his first-best choice and join the group. Sometimes, judges may concede in the name of the symbolic and political power of a unanimous decision, as opposed to the susceptibility of divided ones”.

³³ Hübner Mendes salienta que “o colegiado força os participantes da deliberação a encontrar um compromisso principiológico nas situações em que o acordo espontâneo mostra-se inviável. O desacordo sobrevive apenas quando o compromisso principiológico não se faz possível. Um corpo colegial induz ao espírito da acomodação, uma preferência-padrão pelo comprometimento em vez da concorrência ou da dissidência, uma vontade de localizar os pontos de conflito e dissolvê-los” (2014, p. 131). No original: “Collegiality pushes deliberators to find principled compromise where spontaneous agreement proves unviable. Disagreement survives only when principled compromise is not possible. A collegial body induces a spirit of accommodation, a default preference for compromising instead of concurring or dissenting, a willingness to locate points of conflict and dissolve them. It implies a pressure to deflect ‘in deference to one’s colleagues’”.

tribunais é relevante para o equacionamento da ideia de colegialidade, ainda que se chegue à conclusão de que um sistema de precedentes judiciais vinculantes é legítimo. Isso porque, em sua inserção no Estado Democrático de Direito, “o processo de deliberação de uma corte deve se ajustar às condições que definem as circunstâncias de adequação da revisão judicial” (BUSTAMANTE, 2015, p. 384, tradução livre),³⁴ de modo que, “se um juiz em um colegiado não está convencido da correção da decisão do órgão, as exigências de justiça e de respeito aos interlocutores externos impõem que ele explicitamente as razões de seu desacordo e apresente uma dissidência” (BUSTAMANTE, 2015, p. 390, tradução livre).³⁵

O processo democrático, em sua conformação colaborativa e aberta à deliberação, pressupõe a assunção de uma postura de transparência não só entre os membros do colegiado judicial, mas principalmente entre o colegiado propriamente dito e as esferas externas de debate público e realização do direito e da política. Nessa defesa, não se discute que a adoção do contraditório como influência e não surpresa na formação e aplicação dos precedentes³⁶ – notadamente pelo uso da técnica das causas-piloto, para uma implementação *pro futuro* do enunciado³⁷ – reclama a percepção de que as dissonâncias nos votos proferidos em um acórdão dificilmente proverão uma única *ratio decidendi*. É o que também adverte Thomas de Bustamante:

(...) em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso sub judice mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada (...). Nesse sentido, Whittaker recorda o caso *Shogun Finance Ltd. vs Hudson*, em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais (...). Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da corte acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante da norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. Apenas há um precedente do tribunal em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros. (...) Isso não impede, porém, que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de um juiz e que a regra inferida dessa *ratio* seja utilizada

³⁴ O excerto no original foi retirado da seguinte passagem: “If the argument for constitutional courts is conditional, as I believe it to be, then the process of deliberation of the court must be adjusted to fit the conditions which define the adequate circumstances for judicial review”.

³⁵ No original: “If a judge in a panel is unconvinced of the rightness of the decision of the court, the exigencies of fairness and respect to the ‘external interlocutors’ require her to disclose the reasons for this disagreement and deliver a minority opinion (...)”.

³⁶ Sobre a referida abordagem, cf. Nunes (2004, p. 73-85) e Nunes e Theodoro Júnior (2009a, p. 177-206; 2009b, p. 107-141).

³⁷ Para uma análise do procedimento-modelo alemão e sua interface com o incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro, cf. Nunes e Dilly Patrus (2013, p. 471-483).

como precedente em um caso futuro. É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apesar de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente (BUSTAMANTE, 2012, p. 272-273).

Isso não significa, em contrapartida, que o contraditório deva impor uma linearidade ao debate instaurado. Debate obrigatoriamente linear não é debate. A eficácia panprocessual dos argumentos constantes da decisão, inclusive para uma aplicação isolada, mediante um acolhimento por amostragem, não está necessariamente ligada à unanimidade decisória. Não se questiona a fragilidade da autoridade do precedente não unânime, mas a consciência acerca dessa fragilidade não autoriza a fabricação de unanimidades forjadas, irrealis, divorciadas da realidade do contraditório na arena público-processual.

3.3 Deliberação e intensidade de preferências: o valor da divergência

Em sua tese da democracia como processo decisório, Giovanni Sartori explica a natureza das decisões, distinguindo-as em quatro categorias fundamentais (1994, pp. 286-321). São elas: as decisões individuais, tomadas pelo indivíduo isoladamente, sobre si próprio ou o mundo exterior; as decisões grupais, tomadas por um grupo concreto de indivíduos; as decisões coletivas, tomadas pela coletividade, isto é, um organismo não passível de definição, “que não atua e não pode atuar – devido a seu tamanho – da mesma forma que grupos concretos” (SARTORI, 1994, p. 287); e, por fim, as decisões coletivizadas, que se aplicam e são impostas a uma coletividade independentemente de quem as tomou. As decisões políticas, em um sentido bastante amplo, afiguram-se como essencialmente coletivizadas.

Diante da questão atinente a como devemos proceder ao coletivizar as decisões, o autor concebe dois instrumentos analíticos: os custos e os riscos decisórios. Toda decisão não individual impõe custos, e toda decisão coletivizada implica riscos. O custo é de natureza interna ao processo decisório e diz respeito à despesa material e humana relativa ao procedimento de alcance da decisão. Já o risco é de ordem externa, porquanto ligado à possibilidade (sempre presente, em maior ou menor medida) de insucesso da decisão. Ou seja: ao definirmos o caminho a seguir, há sempre o risco de o resultado obtido não corresponder às expectativas iniciais. “Um custo é determinável e, em geral, é determinado (ao menos *ex post*). Um risco é, ao invés, uma indeterminação *ex ante*” (SARTORI, 1994, p. 290).

Embora, como já afirmado, as decisões coletivizadas pressuponham sempre uma certa dose de riscos externos, nem sempre tais riscos se consubstanciam em algum prejuízo. No procedimento decisório, porém, o que se busca é a maximização da probabilidade de resultados satisfatórios e a minimização da probabilidade de resultados danosos. De forma geral, “o custo das decisões é uma função do tamanho do órgão decisório” (SARTORI, 1994, p. 291). Isso importa em afirmar que, atribuindo voz e vez a cada participante, quanto maior o número de pessoas que tomam a decisão, mais elevados serão os custos. Por consequência, mostra-se irracional a construção baseada no aumento despropositado do número de pessoas envolvidas no ato de decidir. Usa-se o termo “despropositado”, uma vez que pode evidentemente haver um propósito que justifique o alargamento do quantitativo decisório. Tal propósito, porém, deve ser mensurado à luz do prejuízo que causa, uma vez que enseja uma inevitável elevação de custos, levando à burocratização do processo decisório. Para as decisões coletivizadas, entre as respostas possíveis, a mais convincente é a que se volta à proteção dos afetados pelo ato. Em outras palavras, admite-se um aumento dos custos para reduzir os riscos. Nessa conformação, o número de pessoas que toma decisões está em relação inversa com os riscos externos; portanto, “à medida que o órgão decisório cresce, os riscos externos diminuem” (SARTORI, 1994, p. 292).

É certo que, para pensar a democracia constitucional, não se pode levar em consideração apenas a grandeza do quantitativo subjetivo participante do processo de tomada de decisão. Inicialmente, qualquer raciocínio que considere a legitimidade (e, por conseguinte, a legitimação) dos resultados decisórios, procedimentalmente concebidos, depende de uma abordagem que dê conta da emergência de um direito ao mesmo tempo contingente, modificável e coercitivo, que se despiu, na modernidade, do ancoramento metafísico ou religioso. Em vista da insuficiência das respostas liberal e republicana, Habermas defende a edificação de uma legitimidade que se reconstrói na esfera pública a partir de um referencial que concebe a autonomia privada (os direitos fundamentais, garantidos por meio do domínio do direito) e a autonomia pública (a cidadania, que pressupõe os direitos de comunicação e participação no universo público-decisório) como grandezas equiprimordiais e interdependentes (1992, pp. 135-150).³⁸ A relação radical entre o Estado de Direito, escorado

³⁸ Segundo o filósofo alemão, “no círculo que envolvia o poder entendido instrumentalmente e o direito instrumentalizado, abriu-se uma brecha carente de legitimação (...). Pois as condições de constituição desse complexo evolucionário envolvendo o direito e a política, que tornara possível a passagem para sociedades

na exigência de juridificação dos direitos fundamentais, do devido processo legislativo e do devido processo constitucional, e a democracia, baseada no espaço de exercício de uma soberania popular constituída por uma comunidade de cidadãos que se reconhecem livres e iguais, é primordial:

A ideia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. (...) Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele (HABERMAS, 2002, p. 301).

À luz desse referencial, uma soberania popular que se expressa em conexão com as liberdades subjetivas está também entrelaçada com o poder politicamente organizado, possibilitando que a máxima “todo o poder emana do povo”, prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988, seja concretizada por meio dos “procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997, p. 173). Em anotação sobre o referido parágrafo único, Marcelo Cattoni de Oliveira esclarece que “hoje, o princípio da democracia envolve o reconhecimento de uma noção mais ampla de esfera pública política que não se reduz aos fóruns oficiais do Estado, assim como de uma renovada concepção de sociedade civil (...)”, no sentido de um complexo constituído por grupos, associações e organizações “que se diferenciam tanto da esfera governamental, quanto do mercado, e que visam à dramatização e generalização de temas e problemas que dizem publicamente respeito aos diversos âmbitos da sociedade (...)”. Daí a conclusão de que “democracia hoje é (...) democracia constitucional” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 139).

Nesses termos, a abertura do processo decisório às instâncias espontâneas da esfera pública importa sobretudo em medida de legitimação da própria decisão pública. Trata-se de dimensão que, a toda evidência, não pode ser negligenciada. Assim, mostram-se também essenciais os elementos do método de formação do órgão decisório e da regra de tomada de

organizadas em forma de Estado, foram feridas na medida em que o poder político não podia mais legitimar-se por intermédio de um direito legítimo *a partir de si mesmo*. A razão deveria substituir a fonte sagrada do direito, (...). O conceito de autonomia política, apoiado em uma teoria do discurso, abre uma perspectiva completamente diferente, ao esclarecer por que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos” (1997, p. 185).

decisões. O primeiro diz respeito à forma de recrutamento ou de designação daqueles que, em maior ou menor número, efetivamente tomarão a decisão; e o segundo refere-se aos princípios e às regras procedimentais para o ato de decidir. Para a operacionalização do traçado de metas e da definição de rumos, “temos de chegar a um equilíbrio entre a conveniência (redução dos custos decisórios) e a segurança (redução dos riscos externos)” (SARTORI, 1994, p. 296), sendo que esse equilíbrio variará a depender do grau de relevância atribuído a cada dimensão. A chave para o equacionamento da formação do órgão decisório está, portanto, no instituto da representação,³⁹ cuja amplitude na dinâmica democrática contemporânea pressupõe um entrelaçamento necessário com a ideia de participação (AVRITZER, 2007, pp. 443-464).⁴⁰ Já que no que se refere ao procedimento de tomada de decisões, é indispensável levar em conta três dimensões: o tipo de resultado, o contexto decisório e a intensidade da preferência daquele que decide (SARTORI, 1994, pp. 297-315).

A análise quanto ao tipo de resultado se resume a uma formulação abstrata; a pergunta, por conseguinte, respeita à soma das vantagens e desvantagens decorrentes da tomada de determinada decisão. À medida que se empreende um afastamento do processo decisório como disputa e uma aproximação do paradigma da deliberação construtiva, da negociação e da comparticipação, passa-se de um referencial de soma zero (uma parte ganha exatamente o que a outra perde) para um de soma positiva, em que todos os envolvidos podem ganhar. Paralelamente, o exame quanto ao contexto decisório parte da dicotomia continuidade/descontinuidade. O contexto decisório será descontínuo quando as opções postas em debate forem distintas e estiverem separadas em extremos. Isso ocorre nos plebiscitos e referendos, por exemplo. Já o contexto contínuo é aquele no qual a decisão se desdobra em muitos atos – uma construção *em construção* –, permitindo um fluxo deliberativo de revisão das opções previamente estabelecidas e de co-formulação de novas alternativas conclusivas. Também aqui a tônica da nova arena público-decisória é inafastável: a busca por contextos

³⁹ Para uma análise do conceito de representação na modernidade ocidental, cf. Pitkin (1967).

⁴⁰ Segundo o autor, “as eleições continuam sendo a maneira mais democrática de escolha dos representantes, mas, uma vez eleitos, estes se encontram com a advocacia de temas e a representação da sociedade civil. Aqueles representantes que ignoram essa representação, seja no âmbito nacional, seja no internacional, tendem a se deslegitimar entre os seus próprios eleitores e têm sido muitas vezes incapazes de implementar a sua própria agenda. (...). Nesse sentido, a questão colocada pela política contemporânea deve ser uma redução da preocupação com legitimidade dessas novas formas de representação e um aumento da preocupação sobre de que modo elas devem se sobrepor em um sistema político regido por múltiplas soberanias. O futuro da representação eleitoral parece cada vez mais ligado à sua combinação com as formas de representação que têm sua origem na participação da sociedade civil” (2007, p. 459). Para uma análise da revisitação do conceito de representação e sua relação no tratamento do problema da pobreza política, cf. Dilly Patrus (2014, pp. 195-210).

cada vez mais contínuos decorre da centralização de um espaço dialético participativo e deliberativo (HABERMAS, 1992; 1996; NUNES, 2008).

Por último, o fator intensidade exige que se considere que toda questão desperta um grau variado de envolvimento, interesse e convicção principiológica (SARTORI, 1994, p. 300). O desacordo consiste no marco definidor da esfera pública moderna. Apostando nessa constatação, Jeremy Waldron inicia sua obra *Law and disagreement* com a concisa e eloquente afirmação de que “há muitos de nós, e discordamos sobre justiça” (1999, p. 1, tradução livre).⁴¹ E avança, afirmando que

nós não apenas discordamos sobre a existência de Deus e o significado da vida; nós discordamos também sobre o que conta como termos justos de cooperação entre pessoas que discordam sobre a existência de Deus e o significado da vida. Nós discordamos sobre o que devemos uns aos outros no tocante a tolerância, paciência, respeito, cooperação e auxílio mútuo. Liberais discordam dos conservadores; socialistas discordam dos economistas de mercado; o partido da liberdade discorda do partido da comunidade, e ambos discordam do partido da igualdade; feministas discordam daqueles que querem que o governo proteja os “valores familiares”; defensores desesperados do Estado de Bem Estar Social discordam dos oponentes triunfantes da tributação; e pragmáticos e utilitaristas discordam daqueles que pensam que a tarefa do direito é vindicar ordem, retribuição e punição (WALDRON, 1999, p. 1, tradução livre).⁴²

290

Tendo isso em vista, a intensidade da preferência que se expressa no espaço público traduz uma variável de enorme importância, apesar de passar quase sempre despercebida pela teoria política e pela ciência do direito. É a intensidade que alimenta as afinidades atrativas que aglutinam os grupos concretos, ativando-os na arena deliberativa. Por essa gênese, a maioria é, em regra, não intensa. Uma maioria intensa, embora possível, materializa-se quase sempre em torno de questões pontuais ou de um mesmo núcleo de questões. “Assim, uma maioria intensa equivale a uma maioria ocasional” (SARTORI, 1994, p. 302). Contrariamente, as minorias intensas são grupos reais, não apenas agregados efêmeros. Em última instância, o intenso é ativo, o ativo prevalece sobre o inativo, e só grupos menores e mais homogêneos guardam a envergadura necessária à preservação de uma

⁴¹ No original: “There are many of us, and we disagree about justice”.

⁴² No original: “That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and meaning of life. We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert”.

preferência em alto grau de intensidade. A heterogeneidade – o pluralismo, pautado pela divergência – é marca de conjuntos globais, grupos em maior escala, contextos nos quais as preferências formadas mostram-se inevitavelmente menos intensas. É essa a tônica real da sociedade contemporânea: complexa, apressada, globalizada, plural e, ao mesmo tempo (e paradoxalmente), agregadora.

Na deliberação pública, os graus variáveis de intensidade de preferência devem obrigatoriamente vir à tona. A maioria, apesar de dominante, não pode se escorar em uma falsa carapaça de força, porquanto o jogo democrático exige que, pela transparência, as minorias intensas possam pleitear, reivindicar, debater e convencer com base na força da sua preferência.⁴³ Esse dinamismo dialético é absolutamente indispensável, já que é a partir dele que os grupos com menos espaço na arena de poder conseguem estruturar canais eficientes de veiculação de suas demandas e de seus interesses, até mesmo pela reinstalação de discussões aparentemente encerradas, mas baseadas em preferências pouco intensas, como em uma decisão judicial não unânime.⁴⁴

291

CONCLUSÃO

Para a construção de um sistema de precedentes alinhado aos preceitos constitucionais, a observância do contraditório material constitui medida impositiva. A mensuração desse contraditório, contudo, não pode levar à efetivação de quaisquer providências estruturais. Não se pode confundir a divergência decisória com a falta de integridade na prolação das decisões. O desentendimento é a base de um regime democrático verdadeiramente consciente da pluralidade social. Por isso mesmo, as decisões, especialmente as delineadoras de precedentes

⁴³ Com base na elaboração teórica do paradigma do Estado Democrático de Direito, Habermas escreve que, em vista da adaptação da esfera pública geral (que é ilimitada) a uma “luta pela interpretação de necessidades”, a conversão de temas inicialmente privados – como a violência doméstica contra a mulher e a criança – em assuntos com reconhecimento político depende de um percurso sinuoso. Somente por meio de uma “luta por reconhecimento”, engendrada publicamente, é que os interesses questionados e as necessidades vindicadas poderão ser articulados nas instâncias políticas responsáveis, pela via da introdução no debate parlamentar e/ou judicial e da posterior formalização no formato de decisões impositivas (HABERMAS, 1992, p. 367-382). A política na democracia deliberativa é, destarte, um espaço de movimentação do poder comunicativo que pressupõe a abertura às esferas privadas e aos fóruns não institucionalizados, que são informais e espontâneos. Para que tal abertura se preserve, é indispensável que as deliberações públicas das quais são extraídas as orientações positivas sejam colocadas em completa evidência, com transparência e honestidade, sobretudo para que a falta de intensidade dos consensos permita a retroalimentação das discussões (apenas aparentemente) encerradas.

⁴⁴ Para uma análise dos consensos obtidos nas decisões unânimes proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, cf. Corley, Steigerwalt e Ward (2013).

judiciais, devem se manter fieis à sua baixa intensidade, transparentes quanto ao desacordo que não só vigora nos colegiados jurisdicionais, mas em todo o seio social do qual o direito emana e para o qual o direito retorna.

Conforme externado na introdução deste estudo, não se tem a ingênua pretensão de apresentar uma resposta às inúmeras perguntas que precisamos fazer a nós mesmos diante da proposta de um sistema de precedentes vinculantes. Tampouco se pretende estabelecer aqui alguma diretriz para a medida do contraditório, que, à luz do enunciado aprovado no II encontro dos jovens processualistas do IBDP, ocorrido em Salvador, determinará a força vinculante do argumento aplicado como precedente. O que se quer, em verdade, é impugnar o senso de que a praticidade processual (que decorre da percepção da força simbólica dos precedentes formados a partir de decisões unânimes) deva suplantar a exigência democrática de transparência a respeito das divergências que pululam o ato decisório.

Outrossim, não se afirma com isso que a forma como os tribunais decidem no Brasil não merece reparos. O argumento é o de que uma leitura pragmática do princípio da colegialidade não traduz adequadamente o vocabulário da imparcialidade, da dialética principiológica e do contraditório, marcas essenciais de um espaço judicial que se quer aberto à canalização de lutas por direitos. Destarte, é preciso rever a percepção de que a implementação de um sistema de precedentes vinculantes implica a importação de algum método estrangeiro de deliberação colegiada. A própria necessidade de estabilização e preservação da jurisprudência, que constitui elemento indissociável da dinâmica de um regime pautado na observância obrigatória das orientações estabelecidas pelos tribunais, não pode ser pensada a partir da desvalorização das divergências no curso do processo decisório. Em um país que se quer cada vez mais democrático, um aparato processual legítimo e adequado é aquele que confia na esfera pública como sendo um conjunto de indivíduos suficientemente livres e autônomos para assumir a responsabilidade política pela assimilação, avaliação e reconstrução dos precedentes judiciais. Para que isso funcione, todavia, é indispensável que os órgãos jurisdicionais estejam dispostos a servir com transparência e humildade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. v. 50, n. 3, 2007, p. 443- 464.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

_____. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

_____. Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (orgs.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-37.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65-106.

_____. The ongoing search for legitimacy: can a ‘pragmatic yet principled’ deliberative model justify the authority of Constitutional Courts? *Modern Law Review*. v. 78, n. 2, 2015, p. 372-393.



CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

_____. Art. 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 137-140.

CORLEY, Pamela C.; STEIGERWALT, Amy; WARD, Artemus. *The puzzle of unanimity: consensus on the United States Supreme Court*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013.

DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 125-143.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais do poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário: a separação de poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira (orgs.). *Direito tributário e a Constituição: homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coelho*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 599-646.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 333-362.

DILLY PATRUS, Rafael. Representação e pobreza política: invisibilidades e inclusão na arena pública do Brasil democrático. In: ALVES, Cândice Lisbôa. *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 195-210.



DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

_____. *A matter of principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap, 1986.

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap, 2006.

EDWARDS, Harry T. Collegiality and decision-making on the D. C. Circuit. *Virginia Law Review*. v. 84, 1998, p. 1.335-1.370.

_____. The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 151, n. 5, 2003, p. 1.639-1.1689.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

_____. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 679-702.

MELISSARIS, Emmanuel. Diachronic universalization and the law. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (orgs.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Aldershot: Ashgate, 2006, p. 129-141.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. v. 5, n. 29, maio-jun. 2004, p. 73-85.

_____. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. v. 199, 2011, p. 41-82.

NUNES, Dierle José Coelho; DILLY PATRUS, Rafael. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro



Miranda de (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 471-483.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v. 28, 2009a, p. 177-206.

_____. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. v. 168, 2009b, p. 107-141.

PEDRON, Flávio Quinaud. As contribuições e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. n. 48, Curitiba, 2008, p. 187-201.

297

PITKIN, Hanna. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1994.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; SITO, Santiago Artur Berger. A crítica hermenêutica e a cisão dos discursos em Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*. v. 17, 2012, p. 456-468.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Submissão: 06/01/2016
Aceito para Publicação: 31/05/2016



PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA: LINHAS DE CONDUTA OU PRINCÍPIOS JURÍDICOS?

BIOETHICS' PRINCIPLES: LINES OF CONDUCT OR LEGAL PRINCIPLES?

Ellara Valentini Wittckind*

Vanessa de Oliveira Bernardi Correio**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central conceituar e identificar as funções dos princípios jurídicos, a fim de analisar se os três princípios fundamentais da bioética – autonomia, beneficência e justiça – podem ser considerados princípios jurídicos, ou representam linhas de conduta que devem adotadas pelos profissionais da área da saúde. Logo, o estudo perpassa pela análise das características dos princípios, abordando seu significado, a diferenciação entre princípios e normas e sua função jurídica, para, logo após, analisar os três princípios gerais da bioética, a fim de se obter a resposta para o problema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios jurídicos. Princípios da bioética. Autonomia. Beneficência. Justiça

ABSTRACT: This paper aims to conceptualize and identify the roles of legal principles in order to analyze if the three bioethics's fundamental principles – autonomy, beneficence and justice – can be considered legal principles or if they represent standards of conduct that should be adopted by professionals. Thus, the research analyzes the characteristics of legal principles, studying their meaning, the distinction between principles and standards and their legal function. The three bioethics's general principles are also studied, in order to achieve an answer to this problem.

KEYWORDS: Legal principles. Principles of bioethics. Autonomy. Beneficence. Justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Princípios jurídicos: características, significado, diferenciação entre princípios e normas e sua função jurídica. 2 Os princípios da bioética e suas funções: seriam eles princípios jurídicos ou normas de conduta? Conclusão. Referências.

299

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do tema dos princípios da bioética, a fim de se investigar se seus princípios podem ser considerados jurídicos, ou se representam linhas de condutas que devem ser adotadas pelos profissionais da área da saúde.

A pesquisa se justifica porque esse resgate possibilita que se compreendam as diferenças entre os princípios jurídicos e as normas de conduta, no campo da bioética, onde muito se discute a respeito dos procedimentos e métodos utilizados pelos profissionais da saúde, sejam médicos, geneticistas, biomédicos, entre outros.

* Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).

** Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), na Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Professora visitante nos cursos de Direito Internacional Público e Privado do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) e de Direito Internacional Público na Faculdade São Francisco de Assis (UNIFIN).



Para tanto, o presente trabalho está dividido, no seu desenvolvimento, em duas sessões.

A primeira parte deste trabalho pretende expor as particularidades dos princípios jurídicos em geral, abordando seu significado, suas funções e seus objetivos, diferenciando-os da norma jurídica posta.

Para isto, mostrar-se-ão diferentes definições de princípios jurídicos que se complementam a fim de determinar qual a representação dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico atual. Para, após, fazer-se uma diferenciação acerca dos princípios jurídicos e das normas jurídicas para identificar a importância de cada um dos institutos na ordem brasileira.

Finalizando a primeira parte que trata especificamente sobre princípios jurídicos em geral, serão identificadas quais são as funções e as finalidades dos princípios, a fim de adentrar na segunda parte deste trabalho que tratará especificamente sobre os três princípios fundamentais da bioética, que são a autonomia, a beneficência, aqui conjugando a não maleficência, e a justiça.

Após a análise individual de cada um dos princípios da bioética, analisar-se-á se os mesmos podem ser encaixados nas particularidades dos princípios jurídicos ou se representam linhas de conduta que devem ser respeitadas pelos profissionais da saúde nos procedimentos a serem realizados.

Como método científico de abordagem será utilizado o sistemático. A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Em função das peculiaridades da pesquisa qualitativa esta tende a ser menos estruturada, de modo a trabalhar com o que é tido por importante pelos indivíduos, sistemas sociais, políticos, jurídicos e econômicos, utilizando-se para tanto, da investigação profunda sobre o tema proposto.

1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CARACTERÍSTICAS, SIGNIFICADO, DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E NORMAS E SUA FUNÇÃO JURÍDICA

O vocábulo “princípio” é definido como “um momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...) um preceito, regra (...) proposições diretoras duma arte, duma ciência”¹, entretanto, o conceito, na técnica jurídica, assume uma discussão e sentidos específicos. Mello o apresenta com um mandamento nuclear, um alicerce de um sistema, significando:

[...] uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²

Assim, os princípios são categoria lógica e universal, apesar de que não se pode esquecer que, antes de tudo, quando estes são incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a estrutura ideológica de um determinado Estado, e, devido a isto, representam os valores consagrados por uma determinada sociedade.³ Sendo assim, o princípio é uma norma com um alto grau de abstração que expressa o valor fundamental de uma sociedade e serve de base para seu ordenamento jurídico, limitando as regras que se relacionam com ele, integrando as lacunas normativas e servindo de parâmetro para a atividade interpretativa e, devido à sua eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.⁴

Os princípios podem ser considerados como “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também pelos motivos de ordem prática, isto é, como pressupostos que são exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.⁵ Estes representam requisitos de otimização, caracterizada pelo fato de

¹ FERREIRA, Aurélio, Buarque de Holanda. *Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 747-748.

³ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59.

⁴ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara*. n. 20, Araraquara, 2007, p. 16.

⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

poderem ser satisfeitos em diferentes graus, e que o grau a ser aplicado não depende apenas do que é factualmente possível, mas também sobre o que é legalmente possível.⁶

Logo, indicam fins e estados ideais a serem alcançados, e, como ele não indica qual conduta que deverá ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete deverá ser mais complexa, uma vez que a ele caberá definir qual ação que irá tomar.⁷ Os princípios, tal como as regras, enquadram-se na categoria de normas constitucionais em particular⁸, representando ideias fundamentais sobre a organização judiciária de uma sociedade, que são emanadas da consciência social e cumprem funções fundamentais, interpretativas e extras naquilo que diz respeito ao seu sistema jurídico global.⁹

Desta maneira, os princípios compõem o direito pressuposto, juntamente com as normas escritas. Porém, entre eles não existe hierarquia, já que não ordenam, mas apenas orientam decisões, e, quando entram em conflito não existe embate, mas composição. Estes também não são revogados quando não são aplicados e não representam ferramentas de hermenêutica que ditam sua aplicabilidade, mas sim as próprias circunstâncias concretas e os valores envolvidos.¹⁰ Assim, os princípios normalmente contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético e uma decisão política relevante, indicando uma determinada direção a ser seguida.¹¹

Quando um juiz se depara com uma situação de não haver lei aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada, não deve tomar uma decisão totalmente discricionária, uma vez que tem o dever de tomar tal decisão a partir da aplicação dos princípios jurídicos.¹² Logo, os princípios não representam uma estrutura de regras, já que não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, e, muito menos, que consequências jurídicas devem surgir a partir de sua aplicação, não

⁶ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 47.

⁷ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista EMERJ*. v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003, p.36.

⁸ Idem. p. 33.

⁹ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 79.

¹⁰ ORMELESI, Vinicius Fernandes. Princípios Jurídicos e Realidade Normativa. *Revista de Estudos Jurídicos*. a. 16, n. 23, Franca, 2012, p. 408.

¹¹ BARROSO. *op. cit.*, p.36.

¹² SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*. a. 48, n. 192, Brasília, 2011, p. 97.

determinando, deste modo, uma decisão, mas servindo de razões que contribuem para uma decisão ou outra.¹³

Com isso, necessária uma breve diferenciação entre os princípios e as regras, uma vez que os aqueles possuem uma dimensão que as regras não possuem, ou seja, a dimensão de peso. A teoria dos princípios de Dworkin se baseia em uma tese de separação entre regras e princípios e propõe que a diferença entre regras e princípios não representa apenas um grau de generalidade, mas de qualidade.¹⁴

Esta teoria explica que as regras são aplicadas na forma de tudo-ou-nada, existindo apenas duas possibilidades, ou a regra é válida, devendo-se aceitar suas consequências jurídicas, ou a regra não é válida e não conta para a decisão em concreto. Por óbvio, podem existir exceções à regra, mas estas devem estar em seu enunciado para que este não seja inexato e incompleto, pois, teoricamente, as exceções deveriam estar todas listadas no corpo da norma, e, quanto mais daquelas houver mais completo será o seu enunciado.¹⁵

As regras representam normas que devem ser cumpridas, ou não, assim, se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Em outras palavras, elas contêm determinações.¹⁶ Já os princípios são aplicados mediante ponderação, que pode ter um sentido amplo, de sopesamento de razões internas e externas que estão presentes na interpretação de qualquer tipo de norma, quer sejam regras ou princípios.¹⁷

Deste modo, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, pois os princípios não constituem mandados definitivos, como as regras, mas só *prima facie*, pois apresentam razões que podem ser desprezadas por outras opostas, não determinando como se deve resolver uma relação.¹⁸ Nota-se, assim, que a “distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser”.¹⁹

¹³ SOUSA. *op. cit.*, p. 97.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978, p. 25.

¹⁵ *Idem.* p. 25.

¹⁶ AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42, n. 165, Brasília, 2005, p.126.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.123.

¹⁸ AMORIM. *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *RTDC*. v. 12, São Cristovão, 2002. p.156.



Outro critério de distinção entre princípios e regras que se baseia no conceito de ponderação é o modo de colisão, pois, no momento em que ditas regras entram em colisão, abre-se uma exceção que afasta este conflito, ou se declara uma das duas normas como inválida. Entretanto, quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm sua validade, estabelecendo uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles.²⁰

Devido ao seu grau de abstração, sua não especificação da conduta a ser seguida e sua aplicação em um conjunto amplo de situações, por vezes indeterminado, os princípios entram em tensão dialética, apontando, muitas vezes, para direções contrárias. Por este motivo, a sua aplicação deve se dar mediante a ponderação, ou seja, o intérprete, ao lidar com o caso concreto, irá aferir o peso que cada princípio irá desempenhar naquela hipótese, mediante concessões recíprocas e sempre preservando o máximo de cada um.²¹

Assim, os princípios são tidos como “normas carecedoras de ponderação”, em outras palavras, eles devem ser aplicados mediante ponderação, sendo a ponderação, no sentido restrito adotado:

[B]alanceamento concreto entre princípios por meio do qual eles são realizados em vários graus, inclusive no grau zero, equivalente à sobreposição total de um princípio sobre outro, diante de determinada situação particular.²²

Desta maneira, a ponderação leva à restrição, em maior ou menor medida, de um princípio em relação a outro, sendo possível, inclusive, o afastamento total de um princípio em detrimento de outro. Pode-se aferir a ponderação, portanto, como a capacidade de restrição e afastamento de um princípio em razão de outro, definindo-o como uma norma, a qual pode ser caracterizada pela restringibilidade e pela afastabilidade, mas que também se distingue pela carência de confronto horizontal com outras normas ou outros princípios.²³

Por conseguinte, pode-se dizer que os princípios são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados.²⁴ Assim, tem-se que possuem três funções principais, que são a normativa, a integrativa e a interpretativa.

²⁰ ÁVILA. *op. cit.*, p. 123.

²¹ BARROSO. *op. cit.*, p. 34.

²² ÁVILA. *op. cit.*, p. 123.

²³ ÁVILA. *op. cit.*, p. 123.

²⁴ BARROSO. *op. cit.*, p.35.



Sendo assim, os princípios possuem função normativa uma vez que podem ser concretizados e geram direitos subjetivos, coexistindo ao lado das normas, possuindo a mesma função. E mais, havendo uma lacuna jurídica, esta pode ser suprimida com a utilização daqueles, conforme preza o artigo 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁵.

Ainda, os princípios são integrativos das omissões legislativas e, interpretativos quando condicionam a atividade do intérprete, porque nenhuma interpretação pode ser efetivada sem levar em conta os princípios jurídicos, já que os mesmos sempre devem ser observados tanto pelo legislador, quanto pelo jurista. Além disso, salienta Siqueira Junior, que “os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais”.²⁶

Assim, pode-se concluir que os princípios indicam qual a sua finalidade, quais são os estados ideais que devem ser alcançados por eles, mas não indicam quais atitudes devem ser tomadas ou como o legislador deve agir, cabendo a ele definir que ação irá tomar, dentro dos limites impostos pela Constituição Federal.

305

2 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E SUAS FUNÇÕES: SERIAM ELES PRINCÍPIOS JURÍDICOS OU NORMAS DE CONDUTA?

Primeiramente, é necessário referir que a palavra bioética é derivada da palavra grega *bios* que significa vida e da palavra grega *ethike* que significa ética, podendo defini-la como um estudo sistemático das dimensões morais que utiliza uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.²⁷ Ressalta-se que a bioética abarca a ética médica, entretanto não se limita a ela, uma vez que constitui um conceito mais abrangente.²⁸

Em 1974 o Congresso dos Estados Unidos criou a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* que possuía o objetivo de fazer uma pesquisa e um estudo que identificassem os princípios éticos básicos que

²⁵ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. 1942.

²⁶ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Função dos princípios constitucionais. *Revista dos Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 7, n. 13, São Paulo, p.157-166.

²⁷ REICH, Warren Thomas. *Encyclopedia of bioethics*. v. 1. Nova York: Simon & Schuster, 1995, p. XXI.

²⁸ PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 32.



deveriam orientar a experimentação, em seres humanos, nas ciências do comportamento e na biomedicina. Desta pesquisa resultou o Relatório Belmont²⁹ que foi publicado em abril de 1979 apresentando os três princípios gerais da bioética que consistem em: (i) autonomia, (ii) beneficência, abrangendo, neste caso a não maleficência e (iii) justiça.

Segundo o relatório Belmont, os princípios têm o condão de ajudar aos cientistas, sujeitos de experimentação, avaliadores e cidadãos interessados em compreender os conceitos éticos inerentes à experimentação com seres humanos. Beauchamp e Childress sugerem o desdobramento dos princípios da beneficência em dois, a não maleficência e a beneficência³⁰, adoção esta que será analisada no decorrer deste trabalho.

Conforme Andorno³¹, a medicina caracterizou-se, em período histórico significativo, pelo paternalismo médico, ou seja, considerava o paciente como um ser dependente do agir médico, que deveria ser protegido a qualquer custo. Ocorre que, diante de abusos médicos e manipulações, os pacientes e suas famílias começaram a exigir seus direitos, pois não queriam mais ser objetos da beneficência médica, e, com isso, começaram a exigir uma participação ativa no diagnóstico e nas decisões de que procedimentos seriam tomados.

Assim, o que se exige nesta modalidade é apenas uma superação do paternalismo médico, como declara Junges “não significa descarregar a responsabilidade do médico sobre o enfermo, mas a responsabilidade do médico define-se em termos de promover, no enfermo, a subjetividade e a autonomia.”³² Assim, a autonomia, o primeiro princípio da bioética a ser analisado neste trabalho, aparece no sentido de respeitar a vontade do enfermo.

Para Kant, a autonomia representa a possibilidade de uma pessoa fazer lei para si mesma, independente de fatos externos³³. Logo:

O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma

²⁹ THE National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. *The Belmont Report*. Disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

³⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.104.

³¹ ANDORNO, Roberto. Liberdade e "dignidade" da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In MARTINS-COSTA, Judith. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro Forense, 2009, p. 73-93.

³² JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 1999, p. 42.

³³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 85.



proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.³⁴

Mill assim propõe: “enquanto a ação de um agente autônomo não infringe a ação de outro agente autônomo, ele deve ser livre de implementar a ação que quiser”³⁵. Logo, pode-se dizer que este princípio, de um modo geral, significa a independência, a ausência de imposições ou de coações externas, e, principalmente a ausência de limitações e incapacidades pessoais que impedem ou diminuem a liberdade de decisão de um paciente.³⁶

Este princípio possui sua expressão no “consentimento informado”, uma vez que o consentimento quer proteger e promover a autonomia nas pessoas. Para que ocorra este ato de consentimento é necessária a presença de dois aspectos, (i) a revelação adequada de informações referentes aos procedimentos, contendo claramente os benefícios e malefícios, e, (ii) a competência do paciente para o consentimento.

Junges define três condições que determinam a competência do agente para decidir: (i) a capacidade de tomar decisões, baseando-se em motivos racionais; (ii) a capacidade de chegar a resultados razoáveis através de decisões, e, (iii) a capacidade de tomar decisão.³⁷ Deste modo, se houver a competência para a decisão, o interesse do enfermo deve estar acima do interesse dos familiares, da pesquisa científica, da instituição hospitalar e de outras organizações ligadas à saúde.

Cabe apresentar aqui dois exemplos de competência e incompetência para decidir sobre o procedimento médico que deverá ser adotado. Um exemplo claro de competência para o consentimento informado são aquelas pessoas que se negam a receber transfusões de sangue por motivos religiosos, como as testemunhas de Jeová, uma vez que a crença da pessoa deve ser respeitada, e, neste caso, o médico deverá respeitar a decisão do paciente.

Por outro lado, pode-se citar como um caso de incompetência a realização de um parto cesariana, contra a decisão da mãe, ocorrida na cidade de Torres/RS em abril de 2014.³⁸ Neste

³⁴ Ibidem.

³⁵ MILL, S. On liberty. *Great Books of Western World*. v. 43. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952-1984. p. 267-323.

³⁶ CABRAL, Roque. Os princípios de Autonomia, Beneficência, Não Maleficência e Justiça. *Bioética*. São Paulo: Editorial Verbo, 1996, p. 53.

³⁷ JUNGES. *op. cit.*, p. 44.

³⁸ ZERO Hora. Versão eletrônica, Porto Alegre-RS, 02/04/2014, Notícias. Justiça obrigada grávida a fazer parto cesariana em Torres. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/04/justica-obriga-gravida-a-fazer-parto-cesariana-em-torres-4463565.html>>. Acesso em 02 abr. 2014.

caso, a mãe, mesmo sabendo do risco de vida que ela e a criança corriam decidiu voltar para casa e aguardar o trabalho de parto normal, ressalta-se, inclusive, que a mãe assinou um termo de responsabilidade antes de deixar o hospital.

A médica pediu auxílio ao Ministério Público que acionou a Justiça, a juíza responsável pelo caso determinou que a gestante fosse levada para o hospital, com o apoio da polícia, se fosse necessário.³⁹ Ressalta-se aqui que a criança não é autônoma para escolher e, a espera pelo parto normal e, o próprio parto, conforme diagnóstico médico, colocariam sua vida em risco, o que capacita a justiça a intervir e velar pelos direitos daquele que ainda não é capaz de exigí-los.⁴⁰

O segundo princípio é o da beneficência, que provém da palavra do latim *bonum facere* que significa fazer o bem. Este princípio é considerado o mais antigo da ética biomédica, uma vez que as ciências médicas desenvolveram-se com o objetivo primário de fazer ou de promover o bem, em outras palavras, com o objetivo de recuperar a saúde e preservar a vida.⁴¹

Na linguagem comum, a palavra beneficência traz a ideia de atos de compaixão, bondade e caridade, e, algumas vezes, atos de altruísmo, amor e humanidade. Numa acepção mais ampla, inclui todas as formas de ação que tenham por objetivo beneficiar alguém, referindo-se ao traço de caráter ou de virtude ligada à disposição de ajudar os outros. Considera-se, desta forma, que muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas, Beauchamp e Childress afirmam que o princípio da beneficência representa a obrigação de ajudar as pessoas promovendo seus interesses legítimos e importantes.⁴²

Este princípio determina que os agentes devem tomar atitudes positivas a fim de ajudar os outros e não apenas abster-se de realizar atos nocivos⁴³, possuindo suas raízes no reconhecimento do valor moral da outra pessoa, assim sendo considerado que maximizar o bem do outro, supõe diminuir o mal.⁴⁴ A finalidade da beneficência é alcançar o bem e evitar

³⁹ BALOGH, Giovana. Justiça manda grávida fazer cesariana mesmo contra sua vontade em Torres. *Litoral em Movimento*. Notícia publicada em 02 abr. 2014. Disponível em: <http://www.litoralemovimento.com.br/noticia.php?iNoticia_ID=20405>. Acesso em: 02 ago. 2014.

⁴⁰ JUNGES. *op. cit.*, p. 44.

⁴¹ LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. a. 5, n. 20, Rio de Janeiro, p. 410-427.

⁴² BEAUCHAMP, *op. cit.*, p. 282.

⁴³ *Idem.* p. 281.

⁴⁴ BARRETO, Vicente de Paula. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 280.

prejuízos, mas ressalta Engelhardt que “nenhuma visão moral particular essencial pode ser estabelecida acima dos sentidos concorrentes⁴⁵.

A maioria dos autores utiliza esse princípio interligando-o com o princípio da não maleficência, representando, assim, não apenas o dever de fazer o bem, mas também o dever de evitar o mal para o paciente. Ou seja, a não maleficência implicaria não apenas a não realização de mal ou do dano a outros, mas também em impedir o mal ou dano aos outros, assim, além de remover o mal e o dano, exigiria a promoção do bem.⁴⁶

Desta maneira, a não maleficência obriga o agente a não infligir dano intencionalmente, estando, na ética médica, intimamente associada com a máxima *premium non nocere* que significa “Acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano”⁴⁷. Isto inclui não só o dever de infligir danos atuais, mas também de riscos e agravos futuros.⁴⁸

É mais fácil encontrar razões que justifiquem, em determinadas circunstâncias, causar certo dano a alguém do que perceber a obrigação de fazer determinado bem à pessoa.⁴⁹ Assim, pode ser que, em alguns momentos, seja necessário assumir alguns riscos, desde que tenham justificativas para tal, em outras palavras, o dever de não maleficência requer que os profissionais ajam com consciência e cuidado, pois, este dever pode ser violado mesmo que não esteja presente a intenção.⁵⁰

Beauchamp e Childress diferenciam claramente as regras da beneficência e da não maleficência:

Os princípios e as regras da beneficência são distinguíveis dos princípios e das regras da não maleficência de várias formas. (...) as regras da não maleficência (i) são proibições negativas de ações, que (ii) devem ser obedecidas do modo imparcial e que (iii) servem de base a proibições legais de certa conduta. Em contraposição, as regras de beneficência (i) apresentam exigências positivas de ação, sendo que (ii) nem sempre precisam ser obedecidas de modo imparcial e (iii) raramente - ou nunca - servem de base a punições legais contra quem deixa de aderir a elas.⁵¹

⁴⁵ ENGELHARDT JR, H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 159.

⁴⁶ JUNGES. *op. cit*, p. 50.

⁴⁷ BEAUCHAMP. *op. cit*, p. 209.

⁴⁸ JUNGES. *op. cit*, p. 50.

⁴⁹ CABRAL. *op. cit*, p. 55.

⁵⁰ JUNGES. *op. cit*, p. 50.

⁵¹ BEAUCHAMP. *op. cit*, p. 284.

Entretanto, a explicação do princípio da beneficência abrange também o princípio da não maleficência, que deverá ser adotada pelos profissionais, uma vez que estes, além de fazer o bem, devem evitar o mal aos outros.

O terceiro princípio da bioética médica consiste na justiça no sentido de “equidade”, ou daquilo que é merecido por cada um. Sob a expressão de princípio da justiça, a maioria dos autores tem em mente as exigências da justiça distributiva⁵².

É possível prejudicar alguém na sua saúde através da discriminação social no atendimento, não o tratando com igualdade e equidade. Este princípio diz respeito ao terceiro elemento do elo entre a saúde e a sociedade, referindo-se às exigências éticas das instituições e ao orçamento público da saúde.⁵³

Os pacientes merecem igual respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde quanto na distribuição equitativa dos recursos. Diante do progresso da medicina, este princípio torna-se decisivo em dois aspectos; devido ao direito fundamental de igualdade e devido à necessária equidade na distribuição dos recursos.⁵⁴

Beauchamp e Childress explicitam que os termos equidade, merecimento (o que é merecido) e prerrogativa (aquilo que alguém tem direito) são empregados por diversos filósofos na tentativa de explicar o que é justiça, interpretando-a como um tratamento justo, equitativo e apropriado, considerando aquilo que é devido à cada pessoa. Têm-se uma situação de justiça quando cabe às pessoas benefícios ou encargos devido a suas propriedades ou circunstâncias particulares, tal como o fato de serem produtivas ou de haverem sido prejudicadas pelos atos de outra pessoa.⁵⁵

Pode-se dizer que uma injustiça ocorre no momento em que algum benefício que uma pessoa faz jus é negado sem um motivo razoável, ou ainda, quando algum ônus é imposto indevidamente, representando uma “omissão que nega às pessoas um benefício ao qual têm o direito ou que deixa de distribuir os encargos de modo equitativo”⁵⁶. Assim, uma forma de conceber a justiça é considerar que os iguais devem ser tratados igualmente, entretanto, o que são os iguais?

⁵² CABRAL. *op. cit.*, p. 58.

⁵³ JUNGES. *op. cit.*, p. 54-56.

⁵⁴ JUNGES. *op. cit.*, p. 54-56.

⁵⁵ BEAUCHAMP. *op. cit.*, p. 352.

⁵⁶ *Ibidem*.

Dentre as formulações aceitas de distribuição de ônus e benefícios, deveres e direitos. Podem-se resumir estas formulações de cinco maneiras: (i) a cada pessoa, uma cota e uma oportunidade igual; (ii) a cada pessoa, de acordo com o que a necessidade indicar; (iii) a cada pessoa, de acordo com o esforço individual; (iv) a cada pessoa, de acordo com a contribuição social; (v) a cada pessoa, de acordo com o mérito.⁵⁷

As teorias de justiça distributiva desenvolveram-se para especificar e tornar coerentes os princípios, regras e julgamentos, procurando conectar as características das pessoas com distribuições moralmente justificáveis dos benefícios e encargos.⁵⁸ Logo, a expressão justiça distributiva diz respeito a uma distribuição justa, equitativa e apropriada no interior da sociedade, determinada por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social.⁵⁹

O trabalho, o esforço ou o infortúnio de uma pessoa, por exemplo, poderiam servir como base para uma justiça distributiva⁶⁰. Esta expressão é, muitas vezes, empregada em sentido amplo, referindo à distribuição de todos os direitos e responsabilidades na sociedade, incluindo, inclusive, direitos políticos e civis.⁶¹

Diante disso, a construção de qualquer sistema normativo presume a coexistência de princípios que se complementam, o que não se observa com a bioética, cujos princípios partem de pressupostos e seus objetivos são excludentes entre si.⁶² Logo, entende-se que os princípios fundamentais da bioética não são princípios propriamente jurídicos, mas linhas de conduta que devem ser respeitadas pelos profissionais da área da saúde a fim de garantir um tratamento autônomo, beneficente e justo aos pacientes.

Isto se dá porque os três princípios determinam apenas comportamentos que os médicos e demais profissionais da saúde devem adotar, entretanto, em nenhum momento têm-se análise das consequências que possam advir da adoção dessas atitudes. Nesse cenário, enquanto os três princípios da bioética devem orientar o modo de atendimento aos pacientes,

⁵⁷ ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 62.

⁵⁸ BEAUCHAMP. *op. cit*, p. 360.

⁵⁹ *Idem*. p. 352.

⁶⁰ *Idem*. p. 360.

⁶¹ *Idem*. p. 352.

⁶² BARRETO. *op. cit*, p. 281.



os princípios jurídicos contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético e uma decisão política relevante, indicando uma determinada direção a ser seguida.⁶³

Dessa maneira, tem-se que a autonomia, a beneficência e a justiça, para a bioética, representam orientações para o tratamento dos pacientes. Porém, para que não haja conflito entre as condutas que deverão ser adotadas pelos profissionais da saúde, deve-se atentar para o fato de que “os três princípios somente adquirem sentido lógico se forem considerados como referentes a cada um dos agentes envolvidos: a autonomia, referida ao indivíduo, a beneficência ao médico e a justiça à sociedade e ao Estado”.⁶⁴

CONCLUSÃO

Pode-se destacar que os princípios jurídicos não possuem a finalidade de ditar atitudes a serem tomadas, ou de normalizar a maneira que o legislador deve agir, indicando apenas os estados ideais que devem ser alcançados pelo praticante, em outras palavras, indicam quais devem ser as consequências daquele ato praticado. Logo, tem seu objetivo pautado na orientação e no condicionamento da interpretação das normas jurídicas.

Os princípios fundamentais da Bioética, de certa forma, demonstram atitudes que devem ser adotadas pelos profissionais, mas não demonstram as consequências advindas do ato. Como visto, são três princípios, que, pode-se dizer, representam a mesma ideia, a autonomia, a beneficência e a justiça.

O princípio da autonomia, por exemplo, garante que a opinião do paciente seja respeitada, independentemente se esta vai de encontro, ou contrariamente, à opinião médica. O princípio da beneficência, por sua vez, além de ir contrariamente ao princípio anterior, demonstra que os médicos devem tomar atitudes que beneficiem a saúde do paciente, e, mais que isso, evitar que ocorra malefícios ao mesmo.

Diante desses dois princípios observa-se que, muitas vezes, torna-se impossível obedecer ao princípio da beneficência respeitando a autonomia, como ocorre no caso da transfusão de sangue às testemunhas de Jeová. Assim, como observa Barreto, a construção de qualquer sistema normativo presume a coexistência de princípios que se complementam, e

⁶³ BARROSO. *op. cit.*, p. 36.

⁶⁴ BARRETO. *op. cit.*, p. 282.

não como se observa com a Bioética, cujos princípios partem de pressupostos e seus objetivos são excludentes entre si.⁶⁵

Conclui-se, por conseguinte, que os princípios fundamentais da Bioética não são princípios jurídicos, mas sim linhas de conduta que devem ser respeitadas pelos profissionais da saúde a fim de garantir um tratamento justo aos pacientes. Nota-se que os três princípios determinam comportamentos que os médicos devem adotar, mas, em nenhum momento têm-se análise das consequências que advêm da adoção desses comportamentos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42, n.165, Brasília, 2005.

ANDORNO, Roberto. Liberdade" e "dignidade" da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro Forense, 2009.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BALOGH, Giovana. Justiça manda grávida fazer cesariana mesmo contra sua vontade em Torres. *Litoral em Movimento*. Notícia publicada em 02 abr. 2014. Disponível em:

⁶⁵ BARRETO. *op. cit.*, p. 281.



<http://www.litoralemmovimento.com.br/noticia.php?iNoticia_ID=20405>. Acesso em: 02 ago. 2014.

BARRETO, Vicente de Paula. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista EMERJ*. v. 6, n.23, Rio de Janeiro, 2003.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *RTDC*. v.12, São Cristóvão, 2002.

CABRAL, Roque. Os princípios de Autonomia, Beneficência, Não Maleficência e Justiça. *Bioética*. São Paulo: Editorial Verbo, 1996.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara*. n.20, Araraquara, 2007.

FERREIRA, Aurélio, Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.



KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. a. 5, n.20, Rio de Janeiro.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MILL, S. On liberty. *Great Books of Western World*. v. 43. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952-1984.

ORMELES, Vinicius Fernandes. Princípios Jurídicos e Realidade Normativa. *Revista de Estudos Jurídicos*. a.16, n.23, Franca, 2012.

PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

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

REICH, Warren Thomas. *Encyclopedia of bioethics*. v. 1. Nova York: Simon & Schuster, 1995.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Função dos princípios constitucionais. *Revista dos Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 7, n. 13, São Paulo.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*. a. 48, n. 192, Brasília, 2011.

THE National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. *The Belmont Report*. Disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

ZERO Hora. Versão eletrônica, Porto Alegre-RS, 02/04/2014. Justiça obrigada grávida a fazer parto cesariana em Torres. Disponível em



<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/04/justica-obriga-gravida-a-fazer-parto-cesariana-em-torres-4463565.html>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Submissão: 21/01/2016
Aceito para Publicação: 04/07/2016

O DIREITO, O PODER E A VIOLÊNCIA: OBSERVAÇÕES SOBRE MEIOS E FINS SEGUNDO BENJAMIN E LUHMANN

*THE LAW, THE POWER AND THE VIOLENCE: REMARKS ABOUT MEANS AND ENDS
ACCORDING TO BENJAMIN AND LUHMANN*

Allan Jones Andreza*

Luciano Nascimento Silva**

RESUMO: Este artigo visa analisar a concepção de direito como meio ou fim, a partir das concepções de Walter Benjamin e Niklas Luhmann, atentando à forma como as categorias “poder” e “violência” são relacionadas ao Direito por ambos autores. Benjamin, estrutura seu pensamento a partir da ideia de direito como meio atrelado a “Gewalt”, palavra alemã que significa ao mesmo tempo violência e poder institucionalizado, os quais são compreendidos a partir do seu papel para fundação ou manutenção do ordenamento. De modo distinto, Luhmann trata o Direito operacionalmente como um fim, uma vez que o considera como sistema elaborado pela comunicação, essencialmente dotado de autopoiese e autorreferência, ao mesmo tempo que também diverge quanto às ideias de poder (entendido a partir da generalização da seletividade sobre o agir) e de violência (marcada pela ausência desta seletividade). Assim, constata-se uma discordância teórica sobre o tema, que embora tratado de maneira distinta por tais teóricos possibilitam a compreender a aproximação entre os três elementos “direito”, “poder” e “violência”, sem esgotar a discussão sobre o papel ético deste primeiro como “meio” ou “fim”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Poder. Violência. Meios. Fins. Luhmann. Benjamin.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Direito, o poder e a violência consoante Walter Benjamin. 2. Direito, poder e violência conforme Niklas Luhmann. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the conception of law as means or ends, based on the ideas of Walter Benjamin and Niklas Luhmann, having on mind how the categories “power” and “violence” are related to the law by both authors. Benjamin structure his thinking from the idea of law as means linked to “Gewalt”, German word that means both violence and institutionalized power, which are understood by their role in the foundation or maintenance of order. Differently, Luhmann treats the law operationally as an end, since considers it as a system designed for communication, essentially endowed with autopoiesis and self-reference, and also diverges about the ideas of power (understood through the selective generalization about an act) and violence (marked by the absence of selectivity). Thereby, there has been a theoretical disagreement on the subject. Although treated differently by such philosophers, this debate allows an approach between these three elements: “law”, “power” and “violence”, without exhausting the discussion on the ethical role of the first as “mean” or “end”.

KEYWORDS: Law. Power. Violence. Means. Purposes. Luhmann. Benjamin.

317

* Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/CCJ/UFPB). Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

**Pós-Doutorando em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento (CSR-FG-UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Universidade Estadual da Paraíba (CCJ/UEPB) e colaborador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/CCJ/UFPB).

INTRODUÇÃO

Usualmente, as pessoas que iniciam seus estudos sobre o Direito utilizando os manuais introdutórios aprendem deste o princípio que a palavra “direito” pode ter várias acepções terminológicas, seja como ciência, seja como um conceito aproximado de justiça, entre outros¹, que possibilitam ao estudante uma incerteza conceitual frente a complexidade que de pronto se depara. Ao mesmo tempo, tal circunstância serve de subsídio para entender que a esfera do direito detém pontos ainda questionáveis, especificamente discordâncias teóricas, que verdadeiramente possibilitam uma gama de incansáveis estudos, sobretudo quando se adentra nos campos da filosofia e sociologia jurídica. Estas possibilitam a formulação de olhares discordantes sobre conceitos majoritariamente adotados, mas ao mesmo tempo possibilitam uma abertura cognitiva do Direito de modo a condicioná-lo a um processo de renovação estrutural e finalístico, de tal maneira que ele pode acabar exercendo influências diversas sobre as relações sociais e sobre outras ciências.

Por conseguinte, salienta-se que esta abertura possibilita a reformulação, a evolução ou o amadurecimento epistemológico, possibilitando ao Direito um importante aprofundamento teórico, como os questionamentos sobre sua condição ontológica e deontológica, pois possibilita pensá-lo enquanto sua essencialidade (ser) ou a partir de sua qualidade operativa (dever ser). Partindo destas considerações, sobrevêm reflexões de ordem ética, especificamente a discussão sobre meios e fins aflora fundamentalmente para indagar sobre qual ponto desta discussão o Direito também pode ser identificado e ao mesmo tempo destacar ou qualificar o agir consoante suas prescrições.

Tais reflexões não podem ser destituídas da análise de elementos essenciais para o Direito, como as ideias de “poder” e “violência”. De acordo com a abordagem teórica, estas categorias podem ser observadas como características estruturantes, mantenedora, presente apenas num segundo plano ou até mesmo esfaceladora do Direito.

Desta forma, questão elementar é a compreensão conceitual do Direito, o que possibilitaria chegar a duas conclusões: identificá-lo enquanto elemento constituinte de um

¹ Como exemplo, Nery (2008, p. 13) sinteticamente descreve algumas acepções do vocábulo direito como contrário do esquerdo, ordenamento ou norma, autorização ou permissão de fazer o que a norma não proíba, ou o que a norma autorize, qualidade do que atende a um anseio de justiça ou retidão, prerrogativa que alguém possui de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos, ciência de norma coercitivamente imposta, conjunto de conhecimentos acerca dessa ciência, objeto da ciência do direito.

sistema autônomo, especificamente como um fim em si mesmo; ou até como meio para um determinado fim, o qual é, desta forma, por vezes associado a ideia de justiça. Logo, a ambígua concepção do Direito enquanto meio ou fim é o ponto de partida para este artigo que buscará tratar o tema esmiuçadamente, na mesma oportunidade em que possibilita pensar sob qual órbita situa a ideia de poder a ele atrelada.

Para atender esta expectativa, este artigo tratará os contrapontos existentes entre duas abordagens teóricas: de Walter Benjamin e de Niklas Luhmann, intencionando, para tanto, uma análise comparativa entre esses pensamentos que identificam o Direito como meio (primeiro) e como um fim em si mesmo (segundo).

O trato teórico perpassará as concepções de violência e poder utilizadas por tais teóricos, uma vez que a compreensão destes elementos segundo o enfoque destes pensadores, possibilita melhor entender como o direito utiliza da coerção do poder ou da violência para concretizar-se como fim ou como meio.

319

1 O DIREITO, O PODER E A VIOLÊNCIA CONSOANTE WALTER BENJAMIN

Inicialmente, conforme tratado por Benjamin (2013, p. 59), uma condição elementar para o Direito é a análise dos meios e dos fins, tal circunstância pressupõe uma questão ética, expressa numa série de questionamentos do tipo: os fins justificam os meios? A partir de tal consideração, outras perguntas podem ser alavancadas, como a violência e o poder se situam no âmbito dos meios para o exercício do direito? Se assim o for, eles podem ser utilizados para a garantia de fins injustos? E ainda melhor, a violência e o poder são meios necessários para a edificação do Direito? Se estes são meios, o Direito pode seria considerado um fim, ou também é um meio para se atingir um ideal de justiça? Neste caso, sob quais condições isso pode ser realizado? Deste modo, sob tantas perspectivas poder e violência poderiam ser considerados meio para atingir outro meio (direito), vislumbrando ao longe um fim?

Inicia-se tal debate a partir das análises de Walter Benjamin (2013, p. 60) quando este situa a discussão (sobre meios e fins) no âmbito da filosofia do direito, especificamente tratando sobre as diferentes abordagens desenvolvidas pelos direitos natural e positivo.

A partir de então, constata-se que o direito natural deita suas preocupações em fins tidos como justos, logo o exercício da violência e do poder seria uma condição aceitável para conquistar uma determinada finalidade que pela sua relevância (identificada pelo senso de

justiça) deteria uma importância superior aos bens jurídicos colocados em risco, prejudicados ou ameaçados, isso, por conseguinte, justificaria a aplicação de quaisquer meios, exceto se estes fossem utilizados injustamente, ou seja, se tais fins não fossem relevantes ao ponto de desculpar a utilização exacerbada ou desvirtuada destes meios.

Sob esta lógica, estar-se-ia diante de um argumento que, respeitadas as devidas proporções, se aproxima do utilitarismo. Note-se que este pensamento também utiliza o raciocínio de que os meios, ainda que violentos, seriam justificáveis caso possibilitassem um bem maior, o qual poderia corresponder a um valor consensualmente tido como superior ou que atendesse ao interesse de um maior número de pessoas, ou seja, garantisse um sentimento de bem-estar não apenas mais relevante mas também mais acessível.

Sob este prisma, há de se considerar a violência como um produto da natureza (BENJAMIN, 2013, p. 60), pois atenderia seus fins vitais, logo, enquanto meio, seria naturalmente legítimo. Salienta-se, contudo, que tal pensamento detém uma vagueza patente, porque os elementos essenciais por ele utilizados, tais como “justo”, “adequado” e “relevante” tem conteúdo particularizado, ou seja, variam de acordo com as concepções subjetivas, num determinado momento histórico e espaço físico, assim, do ponto de vista jurídico, poderiam elevar a contingência das relações sociais abarcadas e também constituir uma medida responsável por formular um elevado grau de sensação de insegurança jurídica, haja vista que “O direito natural aspira a ‘legitimar’ os meios pela natureza justa dos fins” (BENJAMIN, 2013, p. 61). Notoriamente, a insegurança se situa nos dois pontos de tal premissa, tanto na ideia de meios (não há limites que determinem o que seria legitimamente aceitável), quanto na de fins (elemento de cunho valorativo de conteúdo variável, segundo concepções subjetivas² ou, no mínimo, pontualmente indetermináveis).

Logo, é importante lembrar que, mesmo construindo um consenso social sobre o conteúdo e o valor de um determinado bem, de modo a estipulá-lo como fim essencial, ainda assim poder-se-á estar diante de uma problemática de grande complexidade, haja vista que outro valor igualmente considerado essencial, pode ser avaliado e confrontado com o primeiro, gerando um verdadeiro conflito. Exemplifica-se esta problemática quando do trato

² Sob esta perspectiva, aponta Kelsen (2001, p. 04): “O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional. A resposta às questões que aqui se apresentam é sempre um juízo, o qual, em última instância, é determinado por fatores emocionais e possui, portanto, um caráter subjetivo. Isso significa que o juízo só é válido para o sujeito que julga, sendo, nesse sentido, relativo”.

da eutanásia. As discussões sobre a mesma põem em evidência discordâncias sobre a preponderância de dois bens jurídicos relevantes “vida” e “dignidade”, de maneira que a avaliação sobre qual destes teria maior “importância” implica resultados distintos: havendo a proteção do bem “dignidade” em detrimento do bem “vida” possibilita-se a morte do paciente em estado terminal a fim de evitar o prolongamento do seu sofrimento, em contrapartida o inverso, atentando a garantia da “vida” do paciente, permite a prorrogação do sofrimento de modo a não alterar a temporalidade natural da existência deste.

Outro ponto importante, conforme já tratado, é a indisposição semântica para definir o conteúdo exato do que é “justo” para uma determinada órbita social. Neste interim, observa-se que apesar do esforço de pensadores como John Rawls (1981), para definir uma teoria da justiça necessariamente isenta de interpretações tendenciosas dentro de sua própria composição³, constata-se tal impossibilidade uma vez que o próprio processo de eleição dos princípios de justiça excluía parcela da população, como os portadores de deficiência física, circunstância esta que é criticada por Nussbaum (2012, p. 121)⁴:

321

De acuerdo con esta concepción de las personas, Rawls omite de la situación de elección básica las formas más extremas de necesidad y dependencia que pueden experimentar los seres humanos, ya sean físicas o mentales, y ya sean permanentes o temporales. No se trata de ningún descuido, sino de un diseño deliberado. Tal como veremos, Rawls reconoce el problema que plantea la inclusión de los ciudadanos con deficiencias atípicas, pero sostiene que este problema debería resolverse en un estadio ulterior, una vez escogidos los principios políticos básicos. [...] Rawls deja claro que entienda el concepto de <<plenamente cooperantes>> en un sentido que excluye a las personas con deficiencias físicas e mentales.

Sem nem mesmo adentrar muito em tal discussão, de imediato constata-se a existência de um verdadeiro embate sobre a ideia abstrata de justiça, de cunho essencialmente axiológico e filosófico.

³ Rawls (1981) parte da ideia da formulação hipotética de um contrato social em que haveria uma posição inicial, onde as pessoas estariam sob um véu de ignorância e atuariam com o interesse na definição dos princípios de justiça. Neste interim, aponta: “No ponto de vista da justiça como bem, a posição original de igualdade corresponde ao estado da natureza clássica do contrato social. Esta posição original não considerada, obviamente, como fato histórico concreto, e muito menos como uma condição primitiva de cultura. Entendemos isto como uma situação puramente hipotética, definida de forma a levar a um conceito de justiça determinado. Entre os traços essenciais desta situação, encontramos o fato que ninguém conhece sua posição na sociedade (...). Os princípios de justiça, são desta forma, estabelecidos em total ignorância na posição específica de cada um. (...) os princípios de justiça seriam o resultado de um acordo ou barganha equitativa.” (RAWLS, 1981, p. 33-34)

⁴ Na realidade, além de fazer referências diretas a Rawls, as críticas de Nussbaum (2012, p. 34-42) se dirigem também de forma ampla aos pensadores do contrato social sobretudo por não terem tratado em suas construções teóricas de forma incluyente as pessoas com deficiências ou incapacidades (contexto em que faz referência a falta de trato a participação feminina neste contrato) e animais não humanos, como também por não tratar a relação entre os Estados.

Noutro viés, é importante destacar o olhar particularizado do direito positivo sobre os meios, uma vez que compreende o Direito sob uma perspectiva minimizada de um conteúdo axiológico⁵, essencialmente procedimental, ou seja, o questionamento seria o que determina a norma? Logo, o Direito seria tratado a partir de uma concepção objetiva especificamente ligada ao conteúdo normativo em sentido estrito. Neste interim, outro ponto de divergência em relação ao direito natural seria os meios. Assim, aponta Benjamin (2013, p. 60): “Se o Direito natural é capaz de ajuizar de qual Direito existente apenas através da crítica dos seus fins, já o Direito positivo o faz em relação ao Direito em devir apenas através da crítica dos seus meios. Se a justiça é o critério dos fins, a legitimidade é o critério dos meios.”

Logo, sob esta lógica o Direito Positivo estaria refém de uma ótica meramente procedimental que vislumbraria a necessidade de adequação dos meios aos interesses instituídos na norma, de maneira a não se recorrer a elementos axiológicos, exceto no processo hermenêutico, o que faz com que haja uma reduzida contingência e consequente minimização da insegurança jurídica, haja vista que sua excelência encontra-se na fixação de pressupostos jurídicos a serem observados por toda a população de forma objetiva através da norma escrita, no entanto a fraqueza de tal posicionamento encontra-se diretamente no enrijecimento estrutural decantado pela carência de observação e flexibilização diante da realidade social.

Mesmo assim, é importante atentar que o conteúdo axiológico necessário para a identificação do “mal” ou “bom” dentro da lógica positivista, encontra-se diretamente presente na própria composição da norma⁶ ou, sobretudo, durante o processo de concretização do direito, que utilize procedimentalmente o jurisprudencialismo defendido por Castanheira Neves (1988, p.18).

(...) uma perspectiva do homem, aquela perspectiva em que o direito, com sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está directamente ao serviço de uma prática pessoalmente intitulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também prático-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora,

⁵ Busca-se tratar o direito positivo como elemento minimizado de conteúdo axiológico, porque este utiliza-se da norma como elemento essencial, basilar da sua compreensão, no entanto ainda necessita acoplar valores, sobretudo durante o processo hermenêutico, para dar conteúdo exato aquela norma frente ao fato em apreciação.

⁶ Consoante Reale (2005, p. 65) aponta ao tratar da Teoria Tridimensional do Direito, “[...] onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao favor”.

do homem-pessoa convivente e assim do homem no seu 'direito' e no seu 'dever' ou na sua responsabilidade.

No entanto, salienta-se que o direito positivo detém um cunho dualista, na medida que estabelece uma distinção básica: legitimidade ou não de seus meios, e é a partir desse interim que entende e classifica o que seja a violência segundo os pressupostos normativos, estipulando uma distinção entre violência historicamente reconhecida ou sancionada, e a não sancionada (BENJAMIN, 2013, p. 61).

Notório ainda salientar que ao mesmo passo que a violência seria objeto de classificações pelo direito, esta também é observada por Benjamin (2013, p. 66), ao tratar do militarismo, como instituidora do Direito e seu mantenedor, além de também ser reconhecida como um meio para atingir os fins do Estado⁷.

Assim, para compreensão do Direito, tomado sobretudo em seu aspecto deontológico, é determinado e fortalecido por um meio específico, o poder, e é sob esta perspectiva que afirma: “Na aplicação do poder sobre a vida e a morte, mais do que em qualquer outra aplicação da lei, é o próprio Direito que se fortalece” (BENJAMIN, 2013, p. 68). Por conseguinte, a categoria “poder”, constitui elemento central do Direito, não apenas para sua instituição como também para sua manutenção⁸.

Sob este prisma, acaba sendo importante destacar que a ideia de violência utilizada por Benjamin detém um conteúdo muito aproximado da noção de poder⁹, pois ambas são meios que podem conduzir a criação ou manutenção do Direito, mesmo assim, ainda que de forma sutil, tal teórico as trata de forma diferenciada, na medida em que entende a violência como uma forma de poder, ou seja, há uma relação entre a espécie (violência) e o gênero (poder), inclusive por vezes utilizando expressões do tipo “poder-violência” (BENJAMIN, 2013, p.

⁷ Logo, considerando-se as palavras de Benjamin (2013, p. 66), “(...) a violência mostra-se numa função totalmente diferente da do seu uso simples para fins naturais. Consiste no uso da violência como meio para fins jurídicos, pois a submissão dos cidadãos às leis – no caso vertente, a lei do serviço militar obrigatório – é um fim jurídico. Se àquela primeira função da violência chamamos a função instituidora do Direito, a segunda pode ser vista como função que o mantém”.

⁸ Segundo Benjamin (2013, p. 69), “Todo poder, enquanto meio, tem por função instituir o Direito ou mantê-lo”.

⁹ Tal similitude encontra origem do ponto de vista semântico, haja vista que no texto original “Zur Kritik der Gewalt” a palavra “Gewalt” significa ao mesmo tempo “violência” e “poder”, logo algumas traduções como Benjamin (1986, p. 160), possuem nota de rodapé introdutória alertando o leitor sobre este aspecto, inclusive ao ponto de informar: “A intenção de Benjamin é mostrar a origem do direito (e o poder judiciário) a partir do espírito da violência. Portanto, a semântica “Gewalt”, neste texto, oscila constantemente entre esses dois pólos; tive que optar, caso por caso, se “violência” ou “poder” era a tradução mais adequada, colocando um asterisco quando as duas acepções são possíveis. (N.T.)”. Neste interim, apesar de por vezes recorrer a comparações entre as duas traduções, este artigo tem como base a tradução mais recente, elaborada em 2013.

77). Logo, a violência constitui uma variação do poder, que é tratada como exercício carente de legalidade (como meio ilegal ou para-legal do exercício do poder) ou ainda como elemento coativo, voltado para a imposição de uma determinada circunstância à revelia dos interesses da outra parte da relação, ou seja, como uma ameaça, perspectiva esta que leva a compreender a violência como um mal necessário, capaz de ser utilizada para reclamar a violação de um contrato (por intermédio da possibilidade de sanção) ou mesmo para a própria inauguração deste contrato (a partir da estipulação de cláusulas e imposição de encargos para as partes contratantes), (BENJAMIN, 2013, p. 70).

Desse modo, a consciência da existência de uma violência tácita intrínseca ao direito é o que lhe dá sustentabilidade, pois “Quanto desaparece a consciência da presença latente de violência numa instituição de Direito, esta entra em decadência” (BENJAMIN, 2013, p. 69), por outro lado a aplicação da violência não apenas constitui um recurso para a manutenção do Direito, como também pode ser utilizada para propriamente instituir um direito novo e, assim, regular as relações sociais, influenciando diretamente distintas estruturas (economia, educação, etc.) de modo a fomentar o florescimento de uma nova realidade.

324

(...) a função do poder como violência na instituição do Direito é dupla, na medida em que essa instituição se propõe ser *aquilo* que se institui como Direito, como seu fim, usando a violência como meio; mas, por outro lado, no momento da aplicação dos fins em vista como Direito, a violência não abdica, mas transforma-se, num sentido rigoroso e imediato, em poder instituinte do Direito, na medida em que estabelece como Direito, e nome do poder político, não um fim livre e independente da violência, mas um fim necessária e intimamente a ela ligado. A instituição de um Direito é instituição de um poder político e, nesse sentido, um ato de manifestação direta da violência. (BENJAMIN, 2013, p. 77).

Para melhor elucidar as circunstâncias tratadas, Benjamin exemplifica citando o poder da polícia, este não apenas conduziria a manutenção do direito, por intermédio das ações desenvolvidas com a finalidade de garantir a proteção dos fins, ou melhor, bens por ele tutelados, como também possibilitaria instituir o direito, por decretar medidas com validade jurídica, necessariamente valendo-se das lacunas da leis para estipular um conteúdo jurídico específico em face das demandas que a própria polícia é chamada para intervir, desse modo o Direito é criado num momento específico, mediante uma rápida análise da realidade factual. Neste contexto é importante ressaltar que:

A afirmação segundo a qual os fins do poder policial seriam sempre idênticos aos do restante Direito, ou pelo menos ligados a eles, é absolutamente falsa. Pelo contrário, o “Direito” da polícia designa aquele ponto em que o Estado – seja por impotência,

seja devido às ligações imanentes de toda a ordem jurídica – não está já em condições de garantir, através dessa ordem jurídica, os seus fins empíricos, que pretende atingir a qualquer preço. Por isso a polícia intervém em numerosos casos “por razões de segurança”, quando a situação legal não é clara, para não falar dos casos em que, sem qualquer consideração de fins jurídicos, constitui um incômodo brutal que acompanha os cidadãos ao longo de toda uma vida regulamentada, ou para e simplesmente o vigia. (BENJAMIN, 2013, p. 69).

Assim, a polícia constitui uma instituição que se utiliza do poder, ora da violência, para a garantia do Direito, ora o instituindo, ou mantendo as instituições e mecanismos até então existentes. Desse modo, como única forma de garantir o Direito, tanto o poder quanto a violência prescrevem a impossibilidade de igualdade em suas relações, a não ser que haja um outro poder ou violência em mesma escala, que se confronte diretamente com a imposição anteriormente estipulada, ou até mesmo a subjugue.

Em perspectiva semelhante, Tobias Barreto, ainda em 1892, já detinha tal entendimento quando expõe “A serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força (...)” (BARRETO, 1892, p. 354). Compreende-se a partir das palavras do célebre jurista brasileiro que até para instituir-se como Direito este detém a necessidade de impor-se e do mesmo modo ocorre para manter sua condição, por conseguinte, sua renovação ou alteração também deve basear-se num processo semelhante, de maneira que o Direito não se dissocia-se da ideia de força, a qual pode ser compreendida ora como poder ou ora como violência, de acordo com a previsibilidade jurídica do meio empregado ou de sua admissibilidade. Desta forma, segundo essa perspectiva, o Direito enquanto exercício de poder ou violência constituiria um meio para atingir finalidades defendidas ou protegidas por ele.

2 DIREITO, PODER E VIOLÊNCIA CONFORME NIKLAS LUHMANN

Antes de adentrar nas discursões propriamente ditas sobre direito e poder, é necessário tecer algumas considerações sobre a teoria de Luhmann, iniciando pelo apontamento de que este teórico é considerado “o mais relevante sociólogo do século XX” e tal posto se assenta na ideia de que sua concepção sociológica constitui mais do que uma teoria, verdadeiramente uma superteoria não-ontológica, que não se detém em descrever a sociedade, mas em explicar como as coisas funcionam ou são experimentadas. Isto faz com que sua teoria sirva de orientação para outras, contemplando um caráter de universalidade, e ao mesmo tempo não-

exclusivista, justamente por poder ser sustentada mesmo diante de outras descrições teóricas (ALBUQUERQUE, 2011, p. 92).

Ao tratar de um plano macrossociológico, Luhmann se utiliza da teoria dos sistemas sociais para descrever a funcionalidade da sociedade, sobretudo atentando as complexidades atuais, salientando que teoricamente a “comunicação” constitui uma categoria central (IZUZQUIZA, 1990, p. 24) a partir da qual partem os ensinamentos de tal pensador.

Logo, diante da amplitude teórica da sociologia Luhmanniana, tenta-se delimitar a abordagem teórica a ser tratada neste artigo a partir da análise das categorias “direito”, “poder” e “violência” como elementos essenciais para entender em que pontos seu pensamento difere ou se aproxima das concepções de Walter Benjamin, bem como sob qual circunstância vislumbra o Direito, como meio ou como fim.

Para melhor compreender o que é o Direito, é importante assinalar algumas considerações sobre a teoria dos sistemas tratada por Luhmann. Izuzquiza (1990, p. 17), ao suscitar o pensamento luhmanniano informa que o conceito de sistemas sociais é utilizado como um pressuposto, não como uma finalidade, nem tão pouco constitui um limite explicativo, uma vez que a ideia de sistema não se circunscreve a um pensamento fechado, que viesse a proporcionar uma linearidade de argumentos, passíveis de esgotamento conceitual e superação paradigmática, pressupõe verdadeiramente as ideias de autorreferência e autopoiese. Esta última, é tida como a possibilidade de criar sua própria estrutura¹⁰, olhando para dentro, ou seja, a partir de um rearranjo das estruturas internas, sem perder a cognitividade sobre seu entorno, fazendo com que o mesmo seja fechado e aberto ao mesmo tempo,¹¹ e que, por isso, o sistema não detenha um esgotamento, mas possa se auto reformular de acordo com as demandas as quais seja necessário intervir, constituindo, por conseguinte, um reiterado processo de diferenciação, sobretudo em relação ao meio ambiente. A partir de então, é importante salientar que a autopoiese se utiliza da autoreferência para a reprodução das estruturas do sistema de maneira que ambos os processos são importantes para produzir a unidade do sistema e de seus limites (LUHMANN, 1996, p. 26).

¹⁰ Conforme trata Luhmann (1994, p. 20), “Autopoiesis significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos. Isto ocorre ou não, de um momento para outro; não existem meias tintas ou terceiras possibilidades.”

¹¹ Conforme será tratado posteriormente, Luhmann (1994, p. 20-21) indica que: “(...) o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida da sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto: é fechado porque é aberto e aberto porque é fechado.”

Luhmann, sin embargo, recupera cuanto de positivo tiene el concepto de autorreferencia y hace del mismo un fundamento que possibilita que, a un tiempo, el sistema posea clausura y apertura. Em tanto un sistema es autorreferente y autopoietico se encuentran, efectivamente, clausurado em sí mismo. Y sólo em tanto se encuentra así clausurado podrá constituirse como un sistema digno de atención y sujeto de un conjunto de operaciones específicas. Pero esta autorreferencia es, al mismo tiempo, condición de la apertura del sistema. A un mayor nivel de clausura autopoietica y autorreferencia se da también un mayor nivel de apertura del sistema. (IZUZQUIZA, 1990, p. 21)

Para entender tal racioncínio, é importante compreender que a sociedade é constituída graças à comunicação, uma vez que por intermédio desta é que se dá o relacionamento entre pessoas, e por conseguinte a formulação do sistema, que, conforme tratado, seria autorreferente, porque observa para dentro de si para reorganizar suas estruturas, as quais a partir de uma autopoiese permite que tal sistema vivencie um constante processo de diferenciação, que pode ser encarado hoje como o avanço da sua burocratização, expressa pela quantidade de subsistemas que expressivamente lhe compõe, tal como o direito, a economia, a política, a educação, entre tantos.

327

Para nuestro autor, *la sociedad es un sistema autorreferente y autopoietico que se compone de comunicaciones*. A su vez, puede diferenciarse em distintos subsistemas, cada uno de ellos cerrado y autorreferente, que poseen un ámbito determinado de comunicaciones y de operación, que limitan su entorno y reducen la complejidad de un modo especializado. La sociedad se diferencia progresivamente, a lo largo de la evolución temporal y de la historia, em diferentes subsistemas sociales tales como el derecho, la economía, la política, la religión, la educación, etc. Y una sociedad avanzada será siempre una sociedad altamente diferenciada, em la que existan esos diferentes ámbitos de comunicación que son los diferentes subsistemas sociales. (IZUZQUIZA, 1990, p. 25)

Deste modo, é inicialmente sob este aspecto que Izuzquiza (1990, p. 18) chama a atenção para a diferença em relação ao conceito clássico de sistema, o qual é tido como “un conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí y que se encuentran separados de um entorno determinado”. Veja, o conceito Luhmanniano não perde seu olhar sobre o ambiente, o que lhe confere relativo grau de abertura, mas ao mesmo tempo sua autorreferência lhe possibilita o fechamento necessário a garantir a aderência de suas estruturas, e é por intermédio de um processo de autopoiese que este sistema se diferencia no decorrer do tempo.

A diferenciação que o sistema social realiza do seu entorno tem como base a operação comunicativa, pois “(...) el término <<sociedad>> hay que entender el sistema que comprende

todo tipo de comunicaciones, que reproduce la comunicación por medio de la comunicación y de esta manera se distingue de un entorno”. (LUHMANN, 1991, p. 26).

Baseado nesses pressupostos, pode-se compreender o direito como parte deste sistema social, ou seja, como um subsistema¹², que por intermédio da comunicação cria generalizações¹³ congruentes de expectativas, o que costumeiramente trata-se como norma. A indiferença frente expectativas particularizadas constitui medida essencial para sua manutenção enquanto direito, sobretudo pela necessidade de se garantir a segurança de expectativas próprias para com a congruência das expectativas gerais¹⁴. Logo,

O Direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste da disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra-fática. A coerção relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mas importantes casos pode motivar imposição de determinados comportamentos. A necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. (LUHMANN, 1983, p. 115).

328

É a partir destas concepções que Luhmann (1983, p. 121) expressamente define o direito como “(...)estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. Desta maneira, salienta-se que o Direito operativamente baseia-se na utilização de um código binário (jurídico/antijurídico), somente conhecendo esta operação como pertencente a este sistema (LUHMANN, 1994, p. 18).

De acordo com este contexto, Luhmann (1994, pp. 20-21) salienta que o direito não pode importar normas do ambiente, ou seja, para o mesmo não há um direito natural, nem tão pouco pode dar normas a este ambiente, uma vez que elas só existem dentro do sistema do

¹² Salienta-se que por várias vezes o Direito é tratado como sistema, mas é importante anotar que tal concepção é utilizado para considerar sua operacionalidade, enquanto autopoietico. Uma vez que o mesmo deve ser considerado dentro do sistema social.

¹³ Segundo Luhmann (2006, p. 48), “Os meios de comunicação simbolicamente generalizados só surgem no momento em que a técnica de difusão permite ultrapassar os limites da interação entre os presentes e programar informações para um número desconhecido de sujeitos ausentes e situações que não se conhecem ainda com exactidão”.

¹⁴ Conforme tratado por Luhmann (1994, p. 20), “(...) uma expectativa tem uma pretensão normativa, se sua comunicação promete que dita expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão. Isto é somente a manifestação de uma intenção subjetiva. O direito se produz, então, pela seleção e generalização de semelhantes pretensões normativas. Estas são válidas ao serem aceitas por outros, ao perdurarem, ou seja, quando podem ser repetidas em outros casos e formalizadas de maneira geral e relativamente livre do contexto. A semântica do “dever” simboliza o resultado de semelhante processo de generalização.”

direito, haja vista que a normatividade é processo que o mesmo utiliza para se operacionalizar. No entanto, é importante atentar que o sistema tem cognitividade aberta para o ambiente, proporcionando ao mesmo que se oriente em relação ao seu ambiente. Isso ocorre quando o sistema se confronta com desilusões frente as expectativas, momento este que a cognitividade promove um processo de aprendizagem, ou seja, estipula uma expectativa substitutiva responsável pela sua “adaptação” ao ambiente. Assim, o sistema jurídico deve ser encarado, ao mesmo tempo, como fechado e aberto. Fechado do ponto de vista normativo, mas aberto a partir do aspecto de sua cognitividade frente ao ambiente. E essa oscilação entre estas duas circunstâncias que sustenta sua diferenciação.

Luhmann (1983, p. 122) acrescenta ainda que o seu

(...) conceito de direito contém, assim, elementos constantes e variáveis. Como uma constante temos a função da generalização congruente, que tem que ser de alguma forma preenchida em toda e qualquer sociedade humana. Evolutivamente variável, por outro lado, é o grau de diferenciação dos mecanismos do direito, e com isso também o grau em que se formam estruturas e processos correspondentes ao conceito de direito.

329

Assim, tal concepção é importante para compreender o direito não apenas a partir da norma, relegando a decisão judicial à pura reprodução simbólica da norma, mas a partir da concepção que esta forma de comunicação produz e conduz a adequação das expectativas particulares à sua disposição, que encontra validade na norma, que por sua vez detém como raiz de sua validade a vinculação social, ou seja, a generalização decorrente da própria decisão judicial, que assim intervém no mundo concreto, por intermédio de processo autorrecursivo de validade, conforme o próprio Luhmann (1994, p. 21) indica:

Para recombinação contínua de reprodução fechada e orientação ambiental aberta, ou seja, de modelos normativos e cognoscitivos de expectativa, o sistema jurídico dispõe de duas formas de comunicação: decisões e argumentos. Decisões juridicamente vinculantes produzem-se quando o sistema jurídico utiliza a capacidade do sistema político de impor decisões coletivamente vinculantes, mesmo em caso de resistência. A integração da capacidade de aprendizagem se realiza aqui mediante programas de decisão, que adaptam sua aplicação às circunstâncias de uma situação concreta. Se isto não for suficiente, se prevê também a variabilidade dos programas de decisão, e se chega finalmente ao princípio da positividade do direito. O direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade. O próprio sistema jurídico há de acreditar nesta razão de validade.

Neste interim, compreende-se que o direito se reproduz por um processo autopoético, a partir de seu rearranjo estrutural, fazendo com que se reorganize, estructure os seus próprios fundamentos que servem de base para suas decisões, as quais criam ou reforçam estes



mesmos fundamentos. Ao mesmo tempo, é importante considerar que, por tratar-se de um sistema autorreferente e autopoético, o Direito não perde a expertise conquistada por intermédio das experiências passadas, mas as utiliza como um processo de aprimoramento, assim o mesmo acaba se auto utilizando para possibilitar sua diferenciação, verdadeiramente é como se funcionasse como um “meio” para os “fins” que ele próprio elege e, por conseguinte, o faz ser compreendido como um “fim em si mesmo”, mas não pelos valores que, sob o ponto de vista ontológico ou deontológico, carrega, tal como a doutrina clássica identifica o direito natural, mas pela sua operacionalidade. Sob esta circunstância é importante lembrar as palavras de Luhmann (1994, p. 28):

O direito se reproduz como direito, e não como ciência. A reprodução se realiza no âmbito dos acontecimentos fáticos elementares, no âmbito da comunicação de momento a momento. Isto requer um mínimo esforço estrutural, mas não, ou apenas em raras ocasiões, reflexão. Ao aumentar a complexidade, o direito pode desenvolver técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisões prévias semelhantes, armazenar tópica ou conceitualmente experiências convincentes; sobretudo, devido à formação das novas gerações, é capaz de desenvolver fórmulas de aprendizagem e dogmática mais sistematizadas, que podem englobar, cada vez mais, casos distintos num princípio.

330

Partindo da concepção de Luhmann (1994, p. 22) sob redundância, que segundo este seria a ligação entre argumentos a partir de conhecimentos comuns, que lhe reduziria o “valor informativo (efeito surpresa)” originando um processo de sobreposição, a decisão judicial teria maior sustentabilidade de acordo como o jurista aumenta ou diminui esta redundância, pois o uso exacerbado de argumentos redundantes pode, ao mesmo tempo dar maior força retórica, mas também pode inferir a perceptibilidade de implicativos além dos desejados, ao mesmo tempo a carência de informações redundantes pode ensejar o aumento da seletividade comunicativa, pois sob esta circunstância proporcionará a incompreensão imediata da comunicação fazendo com que o observador necessite buscar meios ou recursos além dos conhecimentos que já possua para entendê-la.

A partir de então, é importante situar a concepção Luhmanniana de “poder” e “violência”, sobretudo para possibilitar entender a diferenciação teórica que estabelece em relação a Walter Benjamin. Neste interim, salienta-se que já nas palavras iniciais do seu livro, intitulado “Poder”, Luhmann faz severas críticas as visões tradicionais do termo, as quais se utilizam de uma abordagem descritiva ou casuística, uma vez que, segundo o mesmo, tais

concepções baseiam-se em suposições ou até mesmo em análises de pontos isolados (LUHMANN, 1985, p. 03).

Tal crítica irá dar ensejo a uma visão particularizada de “poder” a ser elaborada por Niklas Luhmann, na medida em que o entende como elemento presente nas relações de comunicação social, identificando a sociedade como condição de sua possibilidade de existência (LUHMANN, 1985, p. 04). A efetivação desta comunicação ocorre quando um receptor compreende a seletividade de uma mensagem, por conseguinte o poder se manifesta quando há uma redução da insegurança na transmissão da informação, a partir não só da compreensão, mas da reprodução da seletividade, ou seja, decorre da aptidão para influenciar a seleção de ações ou omissões, o que é feito a partir de um processo de generalização e simplificação que proporcionará a redução das contingências e complexidades.

Um pressuposto fundamental de todo poder é, pois, que, no que se refere à seleção do poderoso Alter, existe insegurança. Alter dispõe, pela razão que for, de mais de uma alternativa. Ele pode, com respeito à escolha a ser feita pelo parceiro, gerar e superar, nele, insegurança. Esta passagem pela produção e redução da insegurança é um pressuposto específico do poder, condição do espaço de generalização e especificação de um meio de comunicação particular – e não uma fonte qualquer de poder entre outras. (LUHMANN, 1985, p. 08-09).

331

Essa influência e simplificação da seletividade constitui um elemento fundamental para a existência/manifestação do poder, pois o uso de coação reduz a seletividade a zero ou uma consequentemente violência física impõe a substituição do agir particular pela mera reprodução do agir do outro (LUHMANN, 1985, p. 09).

Em contraposição, haverá a elevação do poder quando este determinar uma seletividade frente as crescentes alternativas do poderoso ou do subordinado, deste modo “(...) O poder cresce com liberdades de ambos os lados; ele aumenta, por exemplo, numa sociedade, na medida em que gera alternativas” (LUHMANN, 1985, p. 09) e quanto mais improvável a realização do resultado almejado, maior será sua manifestação, o que ocorre também quando a disseminação desta seletividade, a partir de um processo de reprodução/ generalização, verdadeiramente constitui uma cadeia de ações. Deste modo, o poder demonstra sua funcionalidade para a regulação das contingências e redução das complexidades¹⁵.

¹⁵ Conforme menciona Simoni (2008, p. 156), “o exercício de atos de poder acontece na forma de um tipo especial de comunicação que vincula as comunicações ulteriores de um modo muito mais sutil (...) A obediência ao poder, nessa perspectiva teórica, está na própria seletividade de uma forma especial de comunicação que vincula”.

Logo, ao vincular decisões ulteriores a partir de um processo simbolicamente generalizado, o poder estrutura a realidade social e, sobretudo nas sociedades complexas atuais, favorece a estabilização das relações intervindo em diferentes subsistemas, entre os quais a economia e o direito, de tal sorte que este inter-relacionamento possibilita condições para uma coesão mínima, responsável pela manutenção de parâmetros mínimos da funcionalidade estatal.

Ressalte-se que para Luhmann, as relações sociais apenas são possíveis em razão da comunicação, que possibilita a instauração de novas realidades originadas basicamente em readequações dos modelos sociais existentes. Assim, desempenhando papel importante para garantir a estabilidade do sistema, especificamente o desenvolvimento destes rearranjos tem-se a comunicação poder, que se funda em códigos generalizados capazes de vincular as partes da relação comunicativa à realização de uma operação de seletividade, a partir de um processo de superação ou negação de possibilidades, proporcionando a redução da complexidade pelo agir.

Desse modo, como lembra Luhmann (1985, p. 18), “A constituição social da possibilidade do agir e a especialização nos mecanismos de controle a ele referentes têm sua função primária num desvio da produção de uma complexidade social maior (...)”, por conseguinte a falência do poder é responsável pelo aumento das contingências, que constituem uma realidade desfavorável sobretudo ao Direito, a não ser que o sistema se rearranje e estabeleça novas estruturas capazes de criar novas relações de poder, genericamente vinculantes.

Para Luhmann, a violência constitui um elemento distinto da ideia de poder¹⁶ pois ela impossibilita o desenvolvimento da escolha entre as alternativas sobre cumprir ou descumprir a ordem de poder. Sob este prisma, pode-se conjecturar que a violência é observada como um meio de impor uma determinada decisão a alguém frente ao processo seletivo do “poderoso”, ao mesmo tempo em que a ameaça de sua utilização constitui uma forma de determinar a reprodução de uma conduta, de maneira a não haver representatividade do poder¹⁷.

¹⁶ Posição semelhante é adotada por Hannah Arendt (2006, p. 118) quando deixa claro a distinção entre esses dois elementos, pois só há violência com a carência do poder: “[...]sabemos, o deberíamos saber, que cada *reducción de poder es una abierta invitación a la violencia; aunque sólo sea por el hecho de que a quienes tienen el poder y sienten que se desliza de sus manos, sean el Gobierno o los gobernados, siempre les ha sido difícil resistir a la tentación de sustituirlo por la violencia*”.

¹⁷ É de acordo com esta perspectiva que Albuquerque (2012, p. 221) observa: “Dentro do poder, a violência funciona como o zero para o dinheiro, ou seja, uma representação daquilo que ele não é (um re-entry da forma).

Apesar da distinção, violência e poder não constituem, para Luhmann, elementos de todo apartados, conforme lembra Albuquerque (2012, p. 220):

Para a teoria da comunicação simbolicamente generalizados, a violência (*Gewalt*, algumas vezes *physische Gewalt*) é o símbolo simbiótico vinculado ao poder. Trata-se, portanto, de uma representação simbólica do embate físico entre seres humanos, relacionado ao conflito. O embate em si não é descrito como comunicação, mas praticamente como ausência dela; (...) Sendo, assim, os sistemas sociais tendem a excluir o embate físico, rejeitando a violência em seu interior ou, mas especificamente, incluindo-a apenas no caso da violência legítima.

Ao longo de sua evolução, o poder foi relacionado com a violência legítima, com a inclusão daquela mesma violência que fora excluída, de modo a garantir a efetividade da exclusão. (...) Assim, por volta do século XIX, a capacidade de impor-se fisicamente surge semanticamente como requisito de um Estado. LUHMANN vê nessa concentração de meios de violência um evento evolutivo: o conflito violento é a variação, o Estado territorial concentrando a violência, a seleção estabilizada. O poder político, como meio de comunicação simbolicamente generalizado emerge, então, vinculado A violência legítima (incluída, capaz de produzir comunicação) e se torna a alternativa que compõe a comunicação pelo poder.

Assim, Luhmann não apenas distingue poder e violência, como também define uma ligação entre ambos, ainda que esta seja uma alternativa a ser evitada¹⁸, está presente no poder como situação limite, exercida por mecanismos simbióticos, uma vez que opera tanto no campo simbólico como orgânico¹⁹.

Neste contexto é importante ressaltar que, ao tratar da fundamentação do direito, especificamente do papel que a violência exerce em sua composição histórica, Luhmann (2014, p. 27) informa:

(...) a origem na violência não é compreendida como uma tese histórica que não tenha nada a ver com a atualidade. Se se interpretasse historicamente a tese da origem do direito na violência, isto conduziria somente à auto-referência, quer dizer, à concepção de que o direito, à medida em que se distanciava de sua origem, deveria constituir-se em origem de si mesmo. Não obstante, a violência é um contínuo fenômeno secundário do direito, ainda que externo.

Dentro do código bruto do meio (poder/não-poder), o não-poder, não é o valor de preferência porque a comunicação não poderá continuar mediante essa negação”.

¹⁸ Conforme assenta Luhmann (1985, p. 52): “A violência empregada intencionalmente contra homens é ordenada ao poder, como meio em relação ao agir, por *eliminar o agir pelo agir, excluindo assim também uma transposição comunicativa das premissas reduzidas da decisão*. Com estas propriedades, a violência física não pode ser poder, mas é o caso limite intransponível de uma *alternativa a evitar* constitutiva do poder.” (Grifo do autor)

¹⁹ “El poder se reproduce sólo en la forma directa de la obediencia. El medio correspondiente para la sanción es la fuerza física, que debe ser utilizable de manera generalizada, y que constituye también el mecanismo (o símbolo) simbiótico del poder. Sin embargo, el poder está simbolizado: los símbolos permiten tanto determinar e imponer decisiones (se deve hacer de esta manera, por éste y aquel motivo) como hacer posible el poder (desfiles, banderas, etcétera). El aspecto comunicativo sea sólo una amenaza, por el hecho de que de cualquier manera debe ser decidido.” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 126).



Em momentos seguintes, continua o autor a relatar que a violência pode ser introduzida no Direito a partir das lacunas, que geram ambiguidades, que são vertidas nos textos, possibilitando uma implementação no caso concreto, quando a decisão é imposta para “clarear algo”, desse modo apenas chega-se a decisões pontuais que se qualificam como violência. Dessa maneira, “(...) violência se disfarça de discricionariedade, de conceito jurídico indeterminado, de eleição metodicamente incontrolável do método da interpretação (...)” (LUHMANN, 1994, p. 27), logo o termo violência, nesse caso, se aproxima da ideia de insegurança jurídica na medida em que não há parâmetros (expectativas congruentes) previamente bem definidos, fazendo com que o decisor use de suas convicções para definir o conteúdo da norma, neste momento ele desenvolve um ato de violência uma vez que tal conteúdo não estava previamente convencionado na norma, contudo é necessário apontar que mesmo assim esta pode estar segundo a lei, caso seja desenvolvida a partir dos parâmetros estabelecidos e autorizados pelo ordenamento jurídico.

Neste interim, ao ponderar sobre a relação entre legitimidade e violência Luhmann (1985, p. 56) esclarece que:

Nem legitimidade nem violência surgem sem a mediação de processos simbólicos. Os conceitos não caracterizam nem uma oposição simples nem os dois pólos de uma dimensão unitária, de modo que se pudesse dizer: quanto mais violência tanto menos legitimidade e inversamente. Antes, existem interdependências simbólicas no sentido de que as regras das relações para com o plano simbiótico, isto é, para com o lado orgânico da vida comum, não podem ser encontradas sem se considerar as demais exigências ao meio de comunicação.

Por conseguinte, constata-se que a definição da legitimidade da violência, dependerá da comunicação, especificamente da significação que o próprio sistema de direito institui para tal conceito. Neste interim, não se obscurece que o poder exercido pelo Direito detém em sua constituição a violência, ainda que em segundo plano e sob a forma autorizada e definida por este sistema, manifestada principalmente a partir da ameaça da sanção.

CONCLUSÃO

A partir das considerações expostas pelos pensamentos jurídicos de Walter Benjamin e Niklas Luhmann, são analisados olhares distintos sobre a ideia de Direito, sobre a relação

entre meios e fins no âmbito jurídico e do papel do poder e violência para a composição estrutural da teoria jurídica.

Primeiramente, é importante destacar o posicionamento diametralmente oposto sobre a constituição do direito para tais autores, enquanto Benjamin vislumbra o poder (com conceitualmente aproximado da ideia de violência institucionalizada) como elemento vetor do Direito, para Luhmann a comunicação seria o elemento constitutivo do Direito, o qual é visto como sistema autorreferente e autopoietico, capaz de promover sua diferenciação em relação ao ambiente, ou seja, sua distinção quanto ao seu entorno.

Ao mesmo tempo, constata-se que sobre o ponto de vista operativo, o Direito para Benjamin constitui um meio para se atingir os fins juridicamente relevantes, ou seja, definidos pelo direito positivo, enquanto que para Luhmann, o Direito seria um sistema que tem como base a generalização de expectativas congruentes e que se utiliza da autorreferência para se reformular e de uma abertura cognitiva sobre o ambiente para evoluir/adequar-se estruturalmente por intermédio de um processo de autopoiese, logo sobre esta perspectiva o Direito opera como um fim em si mesmo, sistematicamente utilizando-se da comunicação e, vinculado a esta, do poder para desenvolver a estabilização das complexidades.

Neste contexto, apesar de constituir um ponto comum entre as teorias em análise a existência de certo liame presente entre “violência”, “poder” e “direito”, ressalva-se a diferenciação conceitual destes elementos e distinção teórica que tratam a relação entre poder-violência e direito. Enquanto que, para Benjamin violência e poder possuem conteúdo aproximado e estão relacionados à força coativa legitimada e institucionalizada pelo Direito para o exercício dos interesses que lhes são próprios, garantindo-se a proteção dos fins juridicamente relevantes, o que, por conseguinte, faz entender a relação entre o poder-violência e o Direito como um mutualismo, vislumbra-se diametralmente distinta a concepção utilizada por Luhmann, para quem a definição de poder parte da generalizada seletividade proporcionada pela comunicação, de forma que a ausência desta seletividade caracteriza a violência.

Sob o ponto de vista estruturante do Direito, a violência, para Luhmann, assume um papel secundário, presente sobretudo na sanção ou mesmo na ameaça a imposição desta, apesar de constituir uma situação limite a ser evitada, cuja legitimidade assenta na própria comunicação desenvolvida pelo sistema jurídico.



Por conseguinte, a divergência teórica demonstrada pelo posicionamento de ambos os teóricos demonstra a possibilidade do trato do Direito tanto como meios e fins, mas também ressalta a afirmação da presença do poder e da violência em sua estruturação e operacionalização frente a realidade fática.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti de. *Poder e violência no estado de direito: análise comparativa do pensamento de Hannah Arendt e Niklas Luhmann*. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-26032012-110804/>>. Acesso em: 26 set. 2015.

ARENDRT, Hannah. *Sobre la violencia*. Traducción de Guillermo Solana. Madrid: Alianza Editorial S. A, 2006. Disponível em: <<http://bello.cat/Sobre%20la%20violencia-H.%20Arendt.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

336

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Lammert&C, 1892.

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. Seleção e apresentação Wille Bolle. Tradução Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et. al. São Paulo: Cultrix; Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

_____. *O anjo da história*. Organização e tradução de João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, *Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales; 9).

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.



KELSEN, Hans. *O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Poder*. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. (Coleção Pensamento Político. 73).

_____. Límites de la comunicación como condición de evolución. *Revista Occidente*. n. 118, 1991, p. 25-44.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, jan. 1994, p. 15-29. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871>>. Acesso em: 26 out. 2015.

337

_____. *La ciencia de la sociedad*. Traducción de Silva Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales; 10).

_____. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Edições Vega, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. LXXIV (separata). Coimbra, 1998.

NUSSBAUM, Martha C. *Las fronteras de la justicia*. Consideraciones sobre la exclusión. Traducción de Ramon Vilà y Albino Santos Mosquera. Barcelona: Espasa Libros, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político, 50).

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMONI, Rafael Lazzarotto. A Comunicação do Poder em Niklas Luhmann. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 97, Belo Horizonte, jan./jun. 2008 p. 153-178. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/57/55>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

Submissão: 10/01/2016
Aceito para Publicação: 21/06/2016



INTERNET E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE DAS NORMAS
JURÍDICAS BRASILEIRAS A PARTIR DAS REPERCUSSÕES DO CASO NSA VS.

EDWARD SNOWDEN

*INTERNET AND PROTECTION OF PERSONAL DATA: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN
LEGAL STANDARDS THROUGH THE REPERCUSSIONS OF THE CASE NSA VS.*

EDWARD SNOWDEN

Salette Oro Boff*
Vinícius Borges Fortes**

RESUMO: A Constituição Federal do Brasil, no artigo 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da honra como um direito fundamental. O Marco Civil da Internet instituiu, no Brasil, diversidade de princípios e parâmetros para a regulação da internet no país. Observa-se, assim, a existência de uma lacuna no sistema jurídico brasileiro, de norma e infraestrutura, para a efetivação da garantia ao direito à proteção dos dados na internet como em outros países. Esta pesquisa busca responder em que medida a norma jurídica brasileira esta adequada como resposta aos atos de vigilância e monitoramento de informações e dados pessoais dos usuários praticada pela NSA – National Security Agency, a partir dos objetivos de (i) observar e mapear a interação de diálogos sociais e institucionais dos Estados Unidos na formação do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden*; (ii) observar e mapear os resultados do reconhecimento da violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como violação de direitos humanos; (iii) observar e mapear as normas jurídicas brasileiras constituídas a partir da compreensão jurídica da internet e as repercussões do caso *NSA vs. Edward Snowden*. A pesquisa desenvolve o método de análise do mapeamento crítico, analisando comparativamente a interação de diálogos sociais e institucionais nos Estados Unidos na formação do *backlash* no caso *NSA vs. Edward Snowden*, relacionado à vigilância e monitoramento de dados e informações pessoais pela agência estadunidense. O mapeamento crítico proposto nessa pesquisa leva em consideração os marcos regulatórios para a governança da internet no Brasil, e que tenham por escopo assegurar a proteção jurídica do direito à privacidade, à inviolabilidade dos dados pessoais, em equilíbrio com o direito ao acesso à informação, sobretudo em relação ao tema do estudo, que se concentra na compreensão de que a violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais configura uma transgressão aos direitos humanos. A pesquisa identifica que o Brasil possui normas jurídicas que atendem parcialmente aos anseios da sociedade em relação à proteção de dados pessoais, especialmente após a repercussão dos atos de vigilância em massa promovidos pelo governo dos EUA.

ABSTRACT: Brazilian Federal Constitution, Article 5, section X, ensure the inviolability of privacy, intimacy and honour as a fundamental right. The Brazilian Internet Bill of Rights (also called 'Marco Civil da Internet') instituted a diversity of principles and parameters for regulation of Internet in Brazil. Therefore, it can be verified the existence of a gap in Brazilian legal system, which cannot assure as effective guarantee to the right to data protection on the Internet as identified in other countries. This research seeks to analyze to what extent the Brazilian legal rules are appropriate to answer acts of surveillance and monitoring of information and personal data of users practiced by the NSA - National Security Agency. Its aim is (i) to observe and map the interaction between social and institutional dialogues in US in the backlash formation of the NSA vs. Edward Snowden case; (ii) to observe and map the results of the formation of the backlash of the NSA vs. Edward Snowden case through the recognition of the infringement of the right to privacy and protection of personal data as an infringement of human rights; and (iii) to examine and map Brazilian legal rules established based on a legal understanding of the Internet and the repercussions of the NSA vs. Edward Snowden. This research was developed through the method of analysis of critical mapping, comparatively analysing the interaction of social and institutional dialogue in the United States in the formation of backlash of NSA vs. Edward Snowden, which was related to the surveillance and the monitoring of data and personal information by the US agency. The critical mapping proposed in this study takes into account regulatory frameworks for the governance of the Internet in Brazil that have the scope to ensure legal protection of the right to privacy and inviolability of personal data, in balance with the right of access to information. The research emphasizes the understanding that the infringement of the right to privacy and the protection of personal data constitutes a violation of human rights. The study identifies that Brazil has legal rules that partially meet social concerns regarding the protection of personal data, especially after the impact of actions of mass surveillance promoted by the US government.

340

* Pós-doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional (IMED), Rio Grande do Sul.

** Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Professor do curso de Direita da Faculdade Meridional (IMED), Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Vigilância em massa. **KEYWORDS:** *Privacy. Surveillance. Cyberspace. Human rights. Ciberespaço. NSA vs. Edward Snowden.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Internet, ciberespaço e sociedade: a violação de direitos e o uso de dados pessoais. 1.1 A sociedade da relevância, o Estado de vigilância e a surveillance. 2 Uma análise da violação de dados pessoais na internet a partir do caso NSA vs. Edward Snowden. 2.1 O Direito brasileiro e as repercussões do caso NSA vs. Edward Snowden. 2.1.1 A tutela da proteção de dados pessoais em um contexto constituído a partir de uma compreensão jurídica da internet. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O progresso da humanidade se reflete, também, na capacidade de transmitir informações e as questões de “tempo e distância” no campo da informação tem sua dimensão reduzida. Com isso, o direito à informação expandiu-se, facilitando o acesso ao conhecimento, nos mais diversos pontos do planeta. Esse espaço ‘virtual’ criado, ou ciberespaço, é um espaço social, formado pelo fluxo de informações e dados transmitidos entre computadores, constituindo-se como uma rede aberta na qual qualquer pessoa pode ter acesso com a possibilidade de interagir, gerar dados, navegar e estabelecer relações na rede, por meio de provedores de acesso pelos quais se realizam várias atividades como o correio eletrônico; a computação de longa distância, o comércio eletrônico, o lazer, a pesquisa e outros.

Nesse contexto, de inegável evolução das tecnologias, o avanço da internet e a constituição do ciberespaço carecem de uma análise jurídica, normativa, sociológica, cultural e até mesmo psicológica. Com a evolução dos recursos da internet, é oportuna a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital.

Contudo, também é indispensável refletir sobre os problemas jurídicos decorrentes da massificação do uso da internet. Assim, o estudo crítico no entorno do tema da proteção de dados pessoais é relevante para o meio jurídico, sobretudo quando se trata de uma reflexão frente aos marcos regulatórios do ciberespaço e as repercussões do caso de vigilância em massa denunciado por Edward Snowden, um ex-agente da *National Security Agency (NSA)*, dos EUA.

A pesquisa desenvolve o método de análise do mapeamento crítico¹, analisando comparativamente a interação de diálogos sociais e institucionais nos Estados Unidos na

¹ O termo mapeamento pode ser entendido como uma versão devidamente revista de uma análise analógica sem maiores questionamentos, efetuada rente à realidade, ou em outras palavras, a forma de análise jurídica não implica qualquer proposição transformadora para o direito. Mapeamento é a tentativa de descrever em detalhes a

formação do *backlash* no caso *NSA vs. Edward Snowden*, relacionado à vigilância e monitoramento de dados e informações pessoais pela agência estadunidense. O mapeamento crítico proposto nessa pesquisa leva em consideração os marcos regulatórios para a governança da internet no Brasil, e que tenham por escopo assegurar a proteção jurídica do direito à privacidade, à inviolabilidade dos dados pessoais, em equilíbrio com o direito ao acesso à informação, sobretudo em relação ao tema do estudo, que se concentra na compreensão de que a violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais configura uma transgressão aos direitos humanos.

Com essas considerações, pretende-se buscar resposta à seguinte indagação: em que medida a norma jurídica brasileira esta adequada como resposta aos atos de vigilância e monitoramento de informações e dados pessoais dos usuários praticada pela *NSA – National Security Agency*?

A pesquisa tem como objetivos: (i) observar e mapear a interação de diálogos sociais e institucionais dos Estados Unidos na formação do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden*; (ii) observar e mapear os resultados da formação do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden* a partir do reconhecimento da violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como violação de direitos humanos; (iii) observar e mapear as normas jurídicas brasileiras constituídas a partir da compreensão jurídica da internet e as repercussões do caso *NSA vs. Edward Snowden*.

E é justamente nesse contexto em que o estudo apresentado elucidará os conceitos fundamentais do ciberespaço, das perspectivas do direito à proteção de dados pessoais no ciberespaço, enfatizando a relação deste com o reconhecimento do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como direitos humanos, a partir de uma análise do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden*.

microestrutura juridicamente definida da sociedade com relação a seus ideais também articulados juridicamente. O segundo momento desta prática de análise deve ser chamado de crítica, isto é, uma versão revisada do que os juristas racionalistas desprezam como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar em detalhe as relações entre os arranjos institucionais da sociedade tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados por esses arranjos institucionais, na medida em que são frustrados ou cumpridos. (tradução nossa). (UNGER, 1996, p. 130).

1 INTERNET, CIBERSPAÇO E SOCIEDADE: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E O USO DE DADOS PESSOAIS.

Os dados pessoais tornaram-se o ‘petróleo da internet’ (LEMOS, 2012). Nesse sentido, no novo contexto global e social com o avanço da tecnologia da informação e comunicação, é indispensável estabelecer um marco conceitual para ‘ciberspaço’. De acordo com Lessig (2006), o conceito de ciberspaço, em si, varia rapidamente, sobretudo em razão da identidade evidenciada, no tempo e no espaço, de acordo com os objetivos de uso da rede pelos usuários.

Para exemplificar tal afirmação, Lessig (2006) refere-se ao discurso intitulado “Declaração de Independência para o Ciberspaço”, proclamado logo após o rompimento da cultura bipolar, com o fim da Guerra Fria, pelo compositor do *Grateful Dead*, banda de Rock dos anos 1960, John Perry Barlow, que também é fundador da EFF – *Electronic Frontier Foundation*, uma organização não governamental que tem como escopo a defesa dos direitos civis dos usuários da *Web*, no qual Barlow (1996, p.01) pronuncia: “Governos da Era Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do ciberspaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não tem soberania onde nos reunimos”.

343

A partir disso, identifica-se a percepção sobre o que é o ciberspaço e sobre a regulação e a governança da rede, especialmente com respeito ao alcance de instrumentos normativos que assegurem a proteção jurídica do direito fundamental à inviolabilidade dos dados pessoais ou venham a assegurar a proteção de direitos humanos no ciberspaço e, por consequência, neutralizem o abuso de poder de empresas e governos sobre dados e informações.

Pela visão reproduzida por Barlow como um expoente de defesa de direitos civis no ciberspaço, o discurso não era apenas de que o ciberspaço não poderia ser regulado pelo governo – pois ele não poderia efetivamente fazê-lo. O ciberspaço, por natureza, nascera inevitavelmente livre. Os governos poderiam ameaçar, mas o comportamento não poderia ser controlado; leis poderiam ser aprovadas, mas elas não teriam efetividade. Logo, dentro do ciberspaço não havia escolha sobre que tipo de governo instalar, eis que ninguém poderia reinar. Por consequência, o ciberspaço se constituiria em uma sociedade de tipo muito diferente: sem definição e direção, mas construído de baixo para cima. A sociedade deste espaço seria uma entidade totalmente auto-organizada, livre de governantes e de intervenção política (LESSIG, 2006).

Diante disso, é relevante diferenciar conceitualmente a internet do ciberespaço. Nem todos que se conectam à internet visitam o ciberespaço. A internet é que o meio através do qual o e-mail é entregue e as páginas da *Web* são publicadas. É o meio utilizado para fazer compras online ou assistir a vídeos por *streaming*. A Google está na internet, assim como o Facebook, o Twitter e outras mídias sociais.

Entretanto, o ciberespaço representa algo mais. Embora construído dentro da estrutura da internet, ele proporciona uma experiência mais rica. O ciberespaço é algo como quando o usuário se vê completamente envolvido pela intimidade provocada por um conjunto de mensagens de bate-papo instantâneo ou como a complexidade dos *Massively Multiple Online Games* (MMOGs), jogos que possibilitam a vários participantes jogarem simultaneamente por meio da internet, estando em diferentes lugares do mundo, porém envolvidos conjuntamente pelo mesmo ambiente virtual: o ciberespaço do MMOG (LESSIG, 2006).

Alguns indivíduos inseridos no ciberespaço acreditam estar em uma comunidade; outros simplesmente confundem suas vidas com sua existência no ciberespaço por meio de um avatar. Naturalmente, nenhuma linha nítida divide ciberespaço e internet. Há, porém, uma diferença importante na experiência com os dois. Possivelmente aqueles usuários que percebem a internet simplesmente como uma espécie de ‘páginas amarelas’ não reconhecerão o que os ‘cidadãos do ciberespaço’, como o mencionado ativista John Perry Barlow, falam e defendem. Para aqueles, o ciberespaço é algo obscuro ou simplesmente não existe (LESSIG, 2006).

Nesse contexto, percebe-se que, ao longo da história, as redes de comunicação foram criadas e aprimoradas, chegando ao patamar da criação de redes interligando computadores. A partir dessas redes foi constituída uma rede mundial de computadores, denominada internet. No princípio da década de 1990, a internet recebeu inovações para edição, acesso e compartilhamento de informações, dados e conteúdos, a partir dos protocolos da *World Wide Web*, adquirindo a partir de então a denominação ‘*Web*’. Na atualidade, rede, internet e *Web* correspondem ao mesmo meio utilizado para editar, publicar, compartilhar, armazenar e transmitir informações, dados, conteúdo e comunicação. Em uma conceituação mais profunda, o ciberespaço corresponde à interação mais intensa no uso dos recursos disponíveis para acesso via internet, estabelecendo uma organização social à parte, denominada de modos diversos, como se explicita a seguir.

1.1 A sociedade da relevância, o Estado de vigilância e a *surveillance*

Contemporaneamente, outras definições têm surgido como uma maneira de propor novos olhares sobre o que se reconhece como espaço gerado pela internet. A pesquisa identificou, na literatura recente, a atribuição de novos conceitos associados às transformações sociais causadas pela internet na sociedade em rede e na sociedade da informação.

Brito e Longhi (2014) defendem que a sociedade da informação está prestes a ser superada por um novo modelo de sociedade, denominado ‘sociedade da relevância’. Para sustentar a tese, os autores reportam-se ao cenário descrito por Pariser (2012), em que as organizações dos segmentos de mídia, tecnologia, comunicação e conteúdo interativo passaram a perceber que, com o crescimento cada vez mais intenso de dados e informações na *Web*, ainda que indexados e organizados por motores de busca, como o Google, a escolha da informação pelo usuário de internet tornou-se um problema. A solução veio com a criação de filtros capazes de coletar dados pessoais de navegação do usuário, possibilitando atrair a atenção do leitor pela oferta de conteúdo customizado, alinhado a seus interesses pessoais. Os filtros estabeleceram uma nova maneira de buscar e de encontrar informação na *Web*, utilizando a relevância dos resultados como maneira de estabelecer a rede entre o usuário e a fonte do conteúdo procurado.

Todavia, esta pesquisa não localizou outros estudos e fundamentos que sustentem a tese de Brito e Longhi (2014). Por isso, é categórico afirmar que ainda não ocorreu a dita superação de um modelo social. Acredita-se, por outro lado, que a sociedade da informação vivencia uma geração distinta daquela que originou sua conceituação genuína. Logo, poderia se falar em sociedade da informação 2.0 ou 2ª geração da sociedade da informação, mas não de sua superação por uma sociedade da relevância, sobretudo por ser a relevância um método inserido nos códigos de programação dos *softwares* que fazem o tratamento dos dados, do conteúdo, das informações e das comunicações que circulam na rede, oferecendo ao usuário resultados diferentes, conforme seu perfil. Portanto, a informação ainda é o elemento preponderante do modo de organização social vivenciado na contemporaneidade.

Outra atribuição conceitual identificada reside na definição de “Estado de vigilância”, defendida por Molinaro e Sarlet (2014, p. 30). De acordo com estes autores, assim como a sociedade em rede representa um novo modelo de sociedade, o Estado de vigilância

representa um novo modelo de Estado dentro da sociedade em rede, que consistiria em uma “forma de contaminação da democracia caracterizada pela intrusão dos governos e das corporações na liberdade e na privacidade de terceiros, sejam estes atores públicos ou privados”.

Os mencionados doutrinadores brasileiros reproduzem uma análise realizada por Balkin (2008), que reporta à criação de um “Estado Nacional de Vigilância” como um método de reação ao eventos que compuseram os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Para Balkin (2008), o governo estadunidense passou a utilizar a mineração de dados como um modo de analisar grandes volumes de dados, informações, conteúdos e comunicações.

Recentemente, Bauman e Lyon (2013) apresentaram uma análise relevante sobre esse contexto, sob o prisma do conceito de vigilância líquida. Para tais autores, a vigilância constitui uma dimensão elementar no mundo moderno. Em muitos países, as pessoas estão bastante conscientes sobre a maneira como o monitoramento em massa afeta suas vidas no dia a dia, pois as câmeras estão visíveis a todos, em diversos lugares públicos, não apenas em Nova Iorque ou Londres, mas também em Nova Déli, Shangai e Rio de Janeiro. Houve também, pós o ‘11 de setembro’, a proliferação de um aparato tecnológico para controle de passaportes e identificação pessoal por dados biométricos, assim como de escâneres corporais, capazes de revelar, em uma inspeção de segurança, os detalhes mais íntimos do corpo humano.

A vigilância líquida debatida pelos autores não é tanto um modo integral de definir o monitoramento em massa como um meio para orientar ou situar as mudanças nela ocorridas dentro da modernidade líquida, fluída e inquietante que se vivencia na atualidade. Trata-se de uma vigilância que adotou a otimização de dados, informações, comunicações e conteúdos para aproveitá-los nos mais diversos segmentos, seja no âmbito da segurança, seja no âmbito do consumo. Assim, *bits* de dados pessoais são obtidos para determinado fim e utilizados com absurda facilidade para outros diversos objetivos públicos e privados, o que confere à vigilância o alcance de formas antes não imaginadas, respondendo à liquidez e à reprodução desses meios como instrumentos legítimos para a sociedade (BAUMAN; LYON, 2013).

O conceito de Estado de vigilância defendido por Balkin (2008) e corroborado por Molinaro e Sarlet (2014) tem como elementos característicos a coleta, o agrupamento, o tratamento e a análise de dados com a intenção de identificar ‘potenciais ameaças’ à

segurança nacional, bem como administrar e prestar serviços sociais com maior eficiência, pela otimização do uso das informações. Por essa razão, é possível dizer que o Estado de vigilância encontra-se sob o pálio da sociedade da informação.

De acordo com Moraes e Neto (2014, p. 419),

A categorização dos seres humanos tem como finalidade a sua inclusão ou exclusão em determinados grupos. E, com isso, uma nova categoria entra em cena, a *surveillance*, a qual levanta barreiras virtuais, capazes, assim, de garantir ou impedir o acesso aos elementos indispensáveis para uma vida digna, como, por outro lado, permitir novas formas de gestão e controle de pessoas, empresas, governos etc. E os critérios para a obtenção e uso dessas classificações, ressalte-se, não se submetem aos tradicionais controles e limites democrático-territoriais, sendo geridos, tratados e utilizados a partir da ideia de segredo: seja de Estado, seja comercial, visto que tais informações e as análises que delas derivam são consideradas propriedade da empresa que as obtém e oferece o serviço.

Afirmam os autores que o contexto atual permite evidenciar uma categoria nova, dotada de maior complexidade que a vigilância. Assim, “(...) A mera tradução da palavra *surveillance* como ‘vigilância’ é inadequada para englobar um fenômeno tão complexo, afinal, não se está falando de um evento específico dirigido contra um sujeito determinado (como é o caso da vigilância) (...)” (MORAIS; NETO, 2014, p. 420).

De acordo com a visão de Moraes e Neto (2014), um dos elementos centrais para a caracterização da categoria *surveillance* reside no uso de dados pessoais indexáveis, cujas informações são processadas para diferentes fins. Assim, o armazenamento e o processamento ilimitado desses dados e informações em tempo real – características presentes na geração de tecnologias da informação e comunicação da atualidade – são fundamentais para a configuração do conceito de *surveillance*.

Nessa esteira, é oportuno fazer menção ao movimento *Cypherpunk*, capitaneado contemporaneamente por Julian Assange e a organização por ele fundada, o *Wikileaks*. O referido movimento defende abertamente a utilização da criptografia e de métodos semelhantes como recurso para promover mudanças sociais e políticas, de modo a burlar o Estado de vigilância, já que a criptografia seria o recurso adequado para a defesa contra o uso de técnicas de monitoramento e vigilância da navegação na internet (ASSANGE, 2013).

Um dos exemplos observado, com frequência, quanto ao Estado de vigilância, em uma sociedade oriental, está no caso da China, que utiliza da tecnologia da *Deep Packet Inspection*

(DPI)² para promover o bloqueio arbitrário e a filtragem de conteúdo. Recentemente, o governo chinês foi ‘vítima’ de uma manobra sintática que burlou os filtros que impossibilitavam a visualização de uma célebre imagem do episódio histórico conhecido como “Massacre da Praça da Paz Celestial”. Os cidadãos chineses que pesquisaram no dia 04 de junho de 2013 pelas expressões *Big Yellow Duck* passaram a ter acesso à imagem de um modo diverso do habitualmente bloqueado pela inspeção profunda de pacotes. Como resultado, os usuários de internet chinesa encontraram a imagem mostrada na ilustração 1 comparada à imagem original.

Ilustração 1: A China e o caso *Big Yellow Ducks*



348

Fonte: Adaptado de Tatlow (2013).

Como um modo de reconhecer o livre acesso à internet como um direito humano, a Organização das Nações Unidas emitiu o Relatório A/HRC/17/27, apresentado na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral, intitulado “Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão”, que levou em consideração atos de países que promoveram as seguintes ações:

² A DPI é um recurso tecnológico com o objetivo de gerenciar o tráfego de rede. Esse recurso possibilita que operadoras de rede realizem a análise profunda – por isso a denominação ‘inspeção’ é utilizada – dos pacotes de dados que transitam na infraestrutura de rede dessas operadoras, com uma finalidade primária de otimização dos custos, a partir do conhecimento do tráfego demandado pelos usuários. Assim, seria possível identificar quais serviços usados pelo usuário demandam maior banda de rede, ou seja, se determinado usuário utiliza a *Web* para navegação em *sites*, ou para assistir vídeos, ou acessar redes sociais. A adoção da DPI possibilitaria às operadoras fornecerem um serviço melhor qualificado ao consumidor (GEERE, 2012). Como bem refere Barretto (2013, p. 313), “(...) O lado ameaçador da técnica existe não só quando ocorre o abuso dela por má vontade, mas também quando ela é empregada de boa vontade para fins próprios legítimos. Ocorre o que Boudon chamou de ‘efeitos perversos’ da ação social”.

bloqueio arbitrário ou a filtragem de conteúdo³; criminalização de expressão legítima; imposição de responsabilidades intermediárias; interrupção do acesso à internet pela população, fundamentada na violação de propriedade intelectual; ciberataques; e proteção inadequada (ou insuficiente) do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais (RUE, 2011).

Observa-se, nas imagens contidas na Ilustração 1, o uso da internet de forma criativa para burlar uma violação ao livre acesso à internet, principalmente como forma de controle pela força e pelo poder em Estados não democráticos, o que, na visão da Organização das Nações Unidas, configura-se como uma violação de direitos humanos. O Relatório da ONU identificou manifesta transgressão dos direitos humanos, sobretudo daqueles previstos no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, interpretando-se sua extensão aos atos relacionados à internet, “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (RUE, 2011, p.01, tradução nossa).

349

Percebe-se, na atuação de governos, a aplicação de um denominado ‘poder potencial’, que consiste “[...] naquele que tem a capacidade de modificar o comportamento do outro, sendo, portanto, relação entre atitudes de quem tem a possibilidade de exercer o poder e as do sujeito passivo” (MORAES FILHO, 2009, p. 641).

³ Justamente nesse sentido, argumenta Monteiro (2013, p.01), em pesquisa desenvolvida pelo Observatório da Internet no Brasil, que a *DPI* é um recurso tecnológico cujos benefícios são altamente questionáveis, por permitir que provedores de acesso à internet obtenham os dados pessoais dos usuários e monitorem sua utilização da rede. Para a pesquisadora, a identificação do tráfego dos usuários poderia provocar “[...] ações desejadas pelo poder público, como controle de conteúdos acessados por cidadãos (censura), ou orientar interesses empresariais, como diferenciação de tráfego para serviços pouco desejados e competitivos aos seus serviços”, o que já ocorre em países com regimes governamentais democráticos e não democráticos. Exatamente nesse aspecto reside a controvérsia sobre a Recomendação *ITU-T Y.2770* (INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, 2012) que estabeleceu os requisitos de utilização da *DPI* nas próximas gerações de redes. Esse documento foi objeto de discussão e deliberação na *World Telecommunication Standardization Assembly*, realizada em Dubai, no final de 2012, dele resultou um tratado que não foi assinado por 55 países-membros, dentre os quais Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Chile, Colômbia, Reino Unido e Suécia (MONTEIRO, 2013).

2 UMA ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET A PARTIR DO CASO NSA VS. EDWARD SNOWDEN

A tese de sustentada por Balkin (2008) e denunciada por Assange (2013), evidenciada no exemplo de uso da *Deep Packet Inspection* pelo governo chinês, ganhou mais força e repercussão, em junho de 2013, quando o jornal britânico *The Guardian* noticiou, com exclusividade, a primeira matéria de uma série organizada e assinada pelo jornalista Glenn Greenwald sobre os programas de espionagem mantidos pela *NSA – National Security Agency*, a Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos. Ela realizava a coleta de dados de ligações telefônicas de cidadãos americanos e de fotos, *e-mails* e videoconferências de usuários vinculados aos serviços de internet fornecidos por empresas americanas, como Google, Facebook e Microsoft/Skype. Na sequência de reportagens, o jornal divulgou ao mundo que o colaborador das matérias era Edward Snowden, um ex-funcionário de uma empresa que prestava serviços à *NSA*. As informações entregues por Snowden possibilitaram detectar a existência de um sistema de vigilância secreto, denominado *XKeyscore*, o qual permitiria aos órgãos de inteligência dos EUA supervisionar ações de rotina comuns à maior parte dos usuários de internet no mundo (GREENWALD, 2013).

350

Não bastasse tal revelação, em outubro, o jornal *Washington Post* noticiou que a *NSA* teria realizado uma invasão secreta aos *links* de conexão aos *data centers*⁴ das empresas de tecnologia Yahoo e Google, em diversos países, tendo acesso a dados de expressivo número de contas de usuários, e também que os órgãos de inteligência estadunidenses fariam o monitoramento diário da localização geográfica de centenas de milhões de celulares no mundo todo (GELLMAN; SOLTANI, 2013).

O jornal brasileiro “O Globo” publicou, em julho de 2013, uma matéria intitulada “EUA espionaram de *e-mails* e ligações de brasileiros”⁵, referindo que brasileiros usuários de

⁴ Correspondem aos centros de processamento de dados, onde geralmente estão situados os servidores que armazenam dados e informações.

⁵ A questão envolvendo a *NSA* e a coleta de dados e informações pessoais singulares e de governos, inevitavelmente, adentra o tema da soberania dos Estados. Contudo, esta pesquisa não tem como pretensão aprofundar o tema vinculado à teoria do Estado, visto que o objeto da pesquisa concentra-se na demonstração de vulnerabilidades na proteção de dados pessoais na internet, no âmbito do direito brasileiro. Assim, ao tratar do tema da vigilância em massa e da *surveillance*, a pesquisa pretende apenas sinalizar as respostas institucionais já apresentadas como modos de solução dos episódios de vigilância realizados pela *NSA*, convergindo para a tratativa do tema da proteção dos dados pessoais e não para a crise conceitual da soberania dos Estados.

internet, membros do governo, empresas de segmentos-chave tinham sido vítimas do monitoramento proposto pelos programas da NSA (GREENWALD; KAZ; CASADO, 2013).

O caso em questão é um exemplo típico de formação de um *backlash* em âmbito mundial, adstrito à constatação da existência de um Estado de vigilância, por conta da evidente violação constitucional, seja no contexto do direito constitucional brasileiro, seja no da jurisdição norte-americana. A resposta para conflitos e violações de direitos dessa natureza costuma ser uma resposta constitucional, já que, nas palavras de Oliveira e Oliveira (2011, p. 105), “o caso fica por conta da compreensão da Constituição, da disputa entre direitos nela sempre abrigados (expressa ou implicitamente), o que não levaria ao ônus mais severo, drástico, de romper com ela, ou seja, romper com a tradição, com a história constitucional”.

Em conformidade com Post e Siegel (2007), a expressão *backlash* representa a concepção de reação contrária a uma medida ou decisão estatal, significando expressiva resistência, oposição jurídico-política de considerável intensidade sobre o caso em si, como se observa em *NSA versus Edward Snowden*.

O caso *NSA versus Edward Snowden* provocou o estabelecimento do que Oliveira e Oliveira (2011) definem como diálogos institucionais, por meio das interações entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, e como diálogos sociais, intermediados pela reação de atores sociais sob uma estrutura *multistakeholder* (usuários de internet, ativistas, empresas, pesquisadores, organizações não governamentais).

De acordo com Oliveira e Oliveira (2011, p. 124), um *backlash* se forma por três elementos: a decisão ou medida estatal levanta uma questão controversa; a decisão ou medida estatal levanta um sentimento de desconforto, irrisignação, resultante da interferência externa; a decisão ou medida estatal levanta uma subversão da ordem natural/política da mudança/afirmação da sociedade pelo envolvimento determinante do judiciário.

No contexto norte-americano, muitas foram as reações vinculadas ao caso *NSA versus Edward Snowden*. Inicialmente os atores sociais, por meio de diversas organizações não governamentais de defesa de direitos e liberdades civis, como a *Electronic Frontier Foundation*, a *Global Network Initiative* e a *American Civil Liberties Union*, manifestaram-se em repúdio às medidas adotadas pelos órgãos de espionagem vinculados à NSA.

Após a grande repercussão relacionada ao caso, as maiores empresas de tecnologia do mundo – *AOL*, *Apple*, *Facebook*, *Google*, *LinkedIn*, *Microsoft*, *Twitter* e *Yahoo* – apresentaram um manifesto denominado *Global Government Surveillance Reform*, no qual

sugerem um novo modelo de coleta e tratamento das informações dos usuários de internet. Em síntese, são propostos cinco princípios fundamentais: limitação da coleta de informações dos usuários pelos governos; fiscalização e prestação de contas; transparência sobre as exigências de governos; respeito ao livre fluxo de informações; evitar conflitos entre governos. (REFORM GOVERNMENT SURVEILLANCE, 2013).

Além dessas manifestações, foi constituída, nos EUA, a coalizão de *policy makers* OFF NOW, com o objetivo de promover a criação legislativa nos Estados americanos, bloqueando (ou até mesmo ‘anulando’) o prosseguimento das ações da *NSA*, tais como denunciadas por Edward Snowden. Até a data de 10 de janeiro de 2014, cinco Estados americanos (Califórnia, Arizona, Missouri, Kansas e Oklahoma) já haviam recebido propostas introduzidas por senadores do que a coalizão denomina de “*Fourth Amendment Protection Act*” (OFF NOW, 2014).

Na prática, a proposta legislativa tem como objetivos proibir as agências estaduais e locais de prestar qualquer apoio material à *NSA* sob sua jurisdição, inclusive através de utilitários de propriedade do governo, de fornecimento de água e de eletricidade; fornecer informações recolhidas sem mandado pela *NSA* e compartilhados com a aplicação da lei inadmissível em um tribunal estadual; impedir universidades públicas de servirem como centros de pesquisa ou meio de recrutamento da *NSA*; aplicar sanções contra empresas que tentam preencher necessidades não atendidas na ausência de cooperação do Estado (MAHARREY, 2014).

Como efeito das iniciativas dos atores sociais, dois cidadãos norte-americanos propuseram a ação civil nº 13-0851 (caso *Klayman et al. versus Obama et al.*), perante a Corte do Distrito de Columbia, com o objetivo de impedir a coleta de dados e informações pessoais dos usuários pelos programas da *NSA*, bem como de solicitar a destruição de todos os dados coletados até então. Em 16 de dezembro de 2013, o juiz federal Richard Leon deferiu a liminar pleiteada pelos requerentes afirmando, dentre outros fatores indicados na extensa decisão, que o programa de vigilância do governo dos Estados Unidos, a partir de metadados, constitui uma violação dos direitos de privacidade, ferindo a quarta emenda da Constituição. O juiz diz, em sua decisão, ter “dúvidas sobre a eficácia do programa de coleta de metadados como um meio de conduzir investigações sensíveis em casos que envolvam ameaças iminentes de terrorismo” (DISTRITO DE COLUMBIA, 2013).

Com objetivos similares à ação anteriormente mencionada, foi proposta a ação civil n.º 13-3994 (caso *American Civil Liberties Union et al. versus James R. Clapper et al.*) perante a Corte do Distrito de Nova York. Entretanto, diferentemente da decisão do juiz Leon, o despacho liminar do juiz federal William Pauley, publicado em 27 de dezembro de 2013, concluiu que a coleta de metadados pelos programas de vigilância da NSA está dentro da lei e não viola o direito de privacidade dos cidadãos norte-americanos, pois não haveria provas de que a agência teria utilizado esses dados para outras finalidades que não a investigação de ataques terroristas. Para o julgador, trata-se da aplicação da razoabilidade na interpretação da Quarta Emenda à Constituição estadunidense (DISTRITO DE NOVA YORK, 2013).

Após as decisões dos dois casos, as partes sucumbentes interpuseram recurso e os casos devem, em breve, estar na Suprema Corte dos EUA, que conferirá a ‘resposta constitucional’. É indispensável considerar a afirmação de Bateup (2006) de que, quando realizado o exercício do poder de revisão judicial, os juízes se envolvem em um diálogo interativo, interconectado e dialético sobre os significados constitucionais. Assim, os julgamentos constitucionais são, ou deveriam ser, produzidos por meio de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais (BATEUP, 2006). Indubitavelmente, no caso *NSA versus Edward Snowden* há uma reação diversificada no amplo exercício dos diálogos institucionais e sociais para a formação de um *backlash*.

Observa-se, contudo, que as reações aos diálogos institucionais identificados por essa pesquisa vão de encontro à solução proposta por Assange. Ele sugere que o único caminho para superar o Estado de vigilância sustentado por Balkin é o uso da criptografia, ou seja, da mais alta tecnologia para uso anônimo de recursos, dados, informações e conteúdos que trafegam na internet. Trata-se, portanto, de uma resposta não institucional típica do movimento *hacker* em uma geração mais recente representada pelos *cypherpunks*.

Conforme a visão dos autores referenciados nessa pesquisa, o Estado de vigilância representa uma nova formatação da organização de Estado. Ele adota parâmetros e tecnologias que utilizam as redes, em especial a internet no modelo vigente de protocolo *Web*, para promover o monitoramento e a coleta de dados, informações, comunicações e conteúdos, para atingir diferentes fins, em especial, o de estabelecer estratégias de segurança nacional. A conceituação de Estado de vigilância não se confunde com os conceitos de internet, *Web*, rede, ciberespaço, sociedade em rede e sociedade da informação, visto que essa nova

formatação de Estado corresponde à reformatação do modelo anterior com o aproveitamento dos insumos trazidos por diferentes conceitos.

2.1 O Direito brasileiro e as repercussões do caso *NSA vs. Edward Snowden*

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, no contexto brasileiro não houve a formação de um *backlash* com o desenvolvimento de diálogos institucionais advindos da repercussão do caso de vigilância em massa denunciado por Edward Snowden. Contudo, o Direito brasileiro já se apresenta dotado de algumas normas jurídicas que, em certa medida, atendem aos anseios jurídicos da sociedade, embora muitas outras se distanciem de uma compreensão jurídica da internet.

A Constituição Federal de 1988⁶ é cristalina ao reconhecer, como direitos fundamentais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e a imagem das pessoas, restando assegurado o direito à reparação pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação. Nesse mister, também é sabido que o artigo 5º, inciso XII, inclui, no rol de direitos fundamentais, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, excetuando as hipóteses vinculadas à produção de provas em investigação criminal ou instrução processual penal.

Diversas normas jurídicas brasileiras mantêm distanciamento de situações vinculadas aos novos fenômenos proporcionados pela internet, na sociedade da informação, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do *Habeas Data* (Lei n.º 9.507/97), a Lei Complementar n.º 105/2001 (que trata do sigilo sobre operações financeiras). Apenas a título exemplificativo e de modo a estabelecer uma relação entre as normas constitucional, consumerista, bancária e civilista, respectivamente, cita-se o caso observado em recente estudo desenvolvido no Instituto de Tecnologia de Massachussets, publicado por De Montjoye et al. (2015) na revista *Science*.

⁶ 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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

O estudo intitulado “*Unique in the shopping mall: On the reidentifiability of credit card metadata*” apresentou o desenvolvimento de um algoritmo matemático que, instalado dentro do sistema informacional de uma instituição financeira, foi capaz de coletar metadados anônimos, armazenados sob sigilo, obtidos a partir de compras realizadas com cartões de crédito, em estabelecimentos comerciais. De acordo com os resultados da pesquisa, foi possível identificar um consumidor pela coleta de dados de, em média, quatro operações financeiras com cartão de crédito (DE MONTJOYE et al., 2015).

Destarte, metadados anônimos e até mesmo protegidos por normas de sigilo bancário, tal como prevê a lei brasileira, tornam-se dados pessoais vulneráveis, eis que passíveis de identificação da pessoa em questão, ainda que sujeitos às proteções legais, especialmente as relacionadas com a tutela constitucional e civilista da vida privada. Abrem-se, com isso, diversas possibilidades de registro e tratamento dos dados, inclusive de maneira ilícita, por governos, empresas e indivíduos. Apesar da tutela constitucional e infraconstitucional mencionada, acredita-se na necessidade de melhor compreensão da internet no âmbito jurídico, de modo a conferir maior eficácia à proteção dos direitos fundamentais, conforme se vê a seguir.

355

2.1.1 A tutela da proteção de dados pessoais em um contexto constituído a partir de uma compreensão jurídica da internet

Diferentemente das normas jurídicas mencionadas anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou, recentemente, três legislações que passaram a tutelar direitos, considerando a internet como um ambiente merecedor de reconhecimento normativo, com a vigência da Lei de Acesso à Informação (LAI), em 2011; da Lei de Crimes Informáticos (LCI), em 2012; do Marco Civil da internet (MCI), em 2014. Além dos referidos diplomas legais, é relevante considerar, no contexto desta pesquisa, o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais em discussão no Brasil.

A partir da vigência da Lei n. 12.527/2011, popularmente conhecida como Lei de Acesso à Informação, foi regulamentado o acesso a informações, previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII, e 37, parágrafo 3º, inciso II, e 216, parágrafo 2º da Constituição Federal. Estão subordinados à referida lei os órgãos públicos que fazem parte da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, incluindo-se os Tribunais de Contas e o Ministério

Público, bem como autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais instituições sob o controle direto ou indireto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com aplicação estendida às instituições privadas sem fins lucrativos que desenvolvam ações de interesse público e recebam recursos públicos (BRASIL, 2011).

Salienta-se que a Lei de Acesso à Informação destina-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, observando princípios básicos da administração pública, tais como observância da publicidade como preceito geral, sendo o sigilo uma exceção; divulgação de informações de interesse público; utilização de meios de comunicação facilitados pela tecnologia da informação; entre outros (BRASIL, 2011).

O direito ao acesso à informação, assegurado pela norma jurídica em questão, é um mecanismo de fortalecimento da democracia e da participação política. Assim, o acesso à informação é um requisito prévio para a plena democracia, uma vez que é indispensável que os cidadãos estejam informados ou que tenham conhecimento suficiente sobre o seu objeto de participação no sistema democrático (GALINDO AYUDA, 2012).

Sob o prisma conceitual, a Lei de Acesso à Informação representa significativo avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, já que apresenta um rol de definições que se mostra atual e contemporâneo. Destacam-se as definições conferidas aos termos ‘informação’, ‘informação pessoal’ e ‘tratamento da informação’, por estarem diretamente vinculadas ao tema desta pesquisa. No âmbito dessa lei, compreende-se por ‘informação’ os “(...) dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”. A definição para ‘informação privada’ corresponde àquela “(...) relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. O conceito de ‘tratamento da informação’ identifica “(...) conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação” (BRASIL, 2011).

A Lei de Acesso à Informação determina que o tratamento das informações pessoais detidas por entidades e instituições nela abrangidas seja realizado de modo transparente, respeitando o direito fundamental à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o que, nos fundamentos defendidos nesta pesquisa, corresponde à proteção do direito fundamental à privacidade. A lei impõe restrições substanciais de acesso a

informações pessoais, como o acesso restrito às informações, pelo prazo máximo de cem anos, a agentes públicos autorizados, bem como a possibilidade de acesso ou divulgação a terceiros, mediante prévio consentimento do titular das informações, exceto nos casos previstos no regulamento.

A segunda norma jurídica brasileira contemporânea a recepcionar o contexto da internet é a Lei n. 12.737/2012, conhecida também como Lei de Crimes Informáticos, que alterou e incluiu dispositivos no Código Penal brasileiro. Em que pese a norma e a matéria não tenham relação direta com o tema de pesquisa desenvolvido nesta pesquisa, destaca-se o emprego de terminologias afins, as quais são tratadas de modo especial neste capítulo. Exemplo disso é o artigo 154-A, incluído no texto do Código Penal, que tipificou o crime de invasão de dispositivo informático como o ato de “(...) Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita” (BRASIL, 2012).

357

Depreende-se do diploma legal, que tutela os crimes informáticos, a preocupação do legislador em conferir maior proteção na seara penal aos dados, estendendo a compreensão do crime de invasão de dispositivo informático à obtenção, à adulteração, ou à destruição de dados e informações do titular do dispositivo, sem seu consentimento expresso ou tácito. Contudo, o legislador imprimiu à Lei de Crimes Informáticos uma economia textual desnecessária, não expressando questões relacionadas aos conceitos e às definições fundamentais para a aplicação da norma.

O terceiro diploma legal advindo de um cenário normativo contemporâneo, no Brasil, é a Lei n. 12.965/2014, popularmente denominada Marco Civil da Internet. Esta norma jurídica foi constituída após amplo debate colaborativo, em um processo pioneiro em âmbito global, instituindo uma carta de direitos para a internet no Brasil.

No que diz respeito ao tema desta pesquisa, assinala-se a importância do Marco Civil da Internet. Conforme observado no rol normativo – anterior à compreensão jurídica da internet até o advento do Marco Civil – o acesso aos dados e o registro da conduta de seus usuários eram plenamente destituídos de regulação específica, o que também permitiu que a internet se tornasse um ambiente hostil e de cometimento de abusos e violações de direitos. Um exemplo disso está na coleta deliberada de dados sigilosos, tanto em relação às informações quanto ao

histórico de navegação em *sites* da internet, bem como a frequente solicitação de tempo e conteúdo por autoridades públicas sem submissão à prévia análise judicial (LEMOS, 2014).

Nesse ponto específico, o Marco Civil representa o maior avanço normativo diretamente vinculado ao uso da internet na vida civil brasileira. Ele trouxe consigo algumas das respostas legislativas que contribuem para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e, principalmente, do reconhecimento de direitos e de sua extensão para a internet.

Inevitavelmente, a instituição do Marco Civil da Internet também trouxe ao meio jurídico o debate sobre a necessidade de uma norma jurídica que recepcionasse e reconhecesse direitos, dentro do contexto da internet no Brasil. Nesse ponto, a visão de Streck (2014, p. 335), sobretudo sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito, é esclarecedora:

[...] concordo que, em muitos casos, as novas leis são desnecessárias e não contribuem para uma configuração sistemática do nosso direito. No entanto, entendemos que isso não se aplica ao Marco Civil da Internet, se compreendermos a sua importância a partir da necessidade de se regulamentar o uso da internet no contexto brasileiro. Isso porque a Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97, tem-se mostrado insuficiente, uma vez que regulava uma realidade em que a internet não estava tão presente no cotidiano dos brasileiros como hoje, de forma que uma série de novos problemas surgiram, acompanhando o desenvolvimento tecnológico. Assim, é evidente que o estabelecimento de alguns parâmetros para a regulamentação do uso da internet no Brasil é um importante avanço para o devido tratamento jurídico das mais diversas relações sociais dela decorrentes no país.

358

O Marco Civil da Internet representou um significativo avanço no panorama normativo brasileiro, particularmente por recepcionar a compreensão jurídica da internet. Mais do que estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, estabeleceu que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamentos o respeito à liberdade de expressão; o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; a finalidade social da rede (BRASIL, 2014).

O MCI também consagrou princípios elementares para a regulamentação civil do uso da internet no Brasil. Assim, a disciplina de seu uso no país deve seguir os princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; da proteção da privacidade; da proteção dos dados pessoais, na forma da lei; da preservação e garantia da neutralidade de rede; da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os

padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; da responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; da preservação da natureza participativa da rede; da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios previstos na lei (BRASIL, 2014).

O rol de direitos e garantias aos usuários de internet no Brasil é um dos pontos fortes do Marco Civil da Internet, pois confere maior eficácia a direitos fundamentais já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo do advento da internet.

A carta de direitos da internet brasileira assegura aos usuários o acesso a ela como um elemento essencial ao exercício da cidadania, adotando a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como uma condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. A referida norma jurídica também assegura a inviolabilidade e a proteção da intimidade e da vida privada, bem como a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo determinação contrária por ordem judicial; a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo determinação contrária por ordem judicial; o não fornecimento a terceiros de dados pessoais, inclusive de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, exceto mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2014).

359

Observa-se, portanto, que o Marco Civil da Internet adianta-se no tratamento do tema da proteção dos dados na internet, exigindo que as informações sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais sejam claras e completas; sejam limitadas a finalidades que justifiquem a coleta; não sejam vedadas pela legislação; estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet (BRASIL, 2014).

No tocante à tutela da proteção dos dados pessoais na internet, o Marco Civil recepciona a exigência do consentimento expresso sobre a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais, deve isto ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais. Abre também a possibilidade de exclusão definitiva dos dados pessoais que tiverem sido fornecidos para determinada aplicação de internet, a requerimento do interessado, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros elencadas na lei (BRASIL, 2014).

Ainda, no que tange à inviolabilidade de dados pessoais na internet como uma garantia do direito fundamental à privacidade, o Marco Civil determina que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, devendo proceder do mesmo modo em relação ao conteúdo das comunicações privadas (BRASIL, 2014).

Há outro ponto que representa evolução normativa para a tutela de direitos na internet e que responde, parcialmente, os frequentes questionamentos sobre a eficácia normativa de uma lei nacional, quando estão em xeque a soberania dos Estados e a característica transnacional da rede. Ele diz respeito à determinação de que, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet, em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, devem ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, considerando que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil, mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior (BRASIL, 2014).

Contudo, há diversos dispositivos do Marco Civil da Internet que deverão ser submetidos a regulamento próprio, por meio de decreto. Dentre estes estão as medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo que devem ser informados, de modo claro, pelo responsável pela provisão de serviços, em atendimento aos padrões definidos em regulamento, respeitado o direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais; a prestação de informações pelos provedores de conexão e de aplicações de internet, de modo a permitir a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações; o procedimento para a apuração de infrações e a aplicação das penalidades previstas no Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014).

A discussão no entorno do tema do direito fundamental à proteção da privacidade e da inviolabilidade dos dados pessoais na internet não se encerra com o Marco Civil da Internet, nem com os decretos que regulamentarão os mencionados pontos. Este é um debate em construção a partir do levantamento de contribuições no portal “Pensando o Direito”⁷, vinculado ao *website* do Ministério da Justiça brasileiro. Ademais, conforme se vê a seguir, no mesmo sentido foi desencadeado o processo de recepção de contribuições para um anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais para o Brasil.

Ainda que não apresente aspectos explícitos relacionados à proteção da privacidade na internet, o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais no Brasil representa significativo avanço rumo à regulamentação da tutela dos dados. Do mesmo modo como vem ocorrendo com a regulamentação dos aspectos relacionados à privacidade e à proteção dos dados pessoais, previstos no Marco Civil da Internet, o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais também foi submetido a um debate a partir do levantamento de contribuições no portal “Pensando o Direito”⁸, vinculado ao *website* do Ministério da Justiça brasileiro.

Como muito bem refere Doneda (2006, p. 326), “[...] a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém não limitada a esta, e que faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento jurídico brasileiro”, especialmente no que diz respeito às normas jurídicas formuladas antes da compreensão jurídica da internet.

Na forma como foi apresentado para consulta e contribuição pública, o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais tem como objetivo a aplicação da norma a qualquer operação de tratamento realizada por meio total ou parcialmente automatizado, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independente do país de sua sede e do país onde esteja localizado o banco de dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional, excetuando-se os casos em que o tratamento dos dados foi realizado por pessoa natural para fins exclusivamente pessoais; ou realizados para fins exclusivamente jornalísticos (BRASIL, 2015).

⁷ O debate sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet recebeu contribuições até o dia 30 de abril de 2015, na plataforma Pensando o Direito (<http://participacao.mj.gov.br/marcocivil/>).

⁸ O debate sobre a regulamentação do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais recebeu contribuições até o dia 30 de abril de 2015, na plataforma Pensando o Direito (<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>).

Por análise comparativa das diretivas europeias destinadas à proteção de dados pessoais, verifica-se que o rol de definições do anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais é significativo e consistente para abranger diversas hipóteses fáticas, relacionadas ao que o anteprojeto define como tratamento de dados. Observa-se também que o anteprojeto brasileiro recepciona o conceito do consentimento como um dos elementos de tutela dos dados pessoais.

De acordo com Doneda (2006, p. 375), a “[...] reflexão sobre o papel do consentimento para o tratamento de dados pessoais é necessária para retirá-lo de uma posição na qual, escorado na tecnicidade, ele poderia neutralizar a atuação dos direitos fundamentais”. Assim,

[...] O consentimento para o tratamento dos dados pessoais toca diretamente elementos da própria personalidade, porém não dispõe destes elementos. Ele assume mais propriamente as vestes de um ato unilateral, cujo efeito é o de autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 377-378).

Os princípios da finalidade estão diretamente vinculados ao conceito de tratamento de dados, o qual assegura que estes devem ser tratados com finalidades legítimas, específicas, explícitas e conhecidas pelo titular, indo ao encontro do princípio da transparência, que garante aos titulares informações claras e adequadas sobre a realização do tratamento. Complementarmente, o princípio da adequação sugere que o tratamento deve ser compatível com essas finalidades e com as legítimas expectativas do titular, de acordo com o contexto do tratamento (BRASIL, 2015).

O princípio da necessidade ressalta que o tratamento deve se limitar ao mínimo necessário para a realização das finalidades almeçadas, abrangendo dados pertinentes, proporcionais e não excessivos, na mesma proporção em que o princípio da segurança determina que devem ser utilizadas medidas técnicas e administrativas constantemente atualizadas, proporcionais à natureza das informações tratadas e aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. Nesse sentido, é fundamental a aplicação do princípio da prevenção, que determina a necessidade de serem adotadas medidas capazes de prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, considerando os riscos existentes (BRASIL, 2015).

Destarte, o princípio do livre acesso garante a consulta facilitada e gratuita pelos titulares sobre as modalidades de tratamento e sobre a integralidade de seus dados pessoais. Isto permite a aplicação do princípio da qualidade dos dados, que assegura a exigência de

exatidão, clareza e atualização dos dados, de acordo com a periodicidade necessária para o cumprimento da finalidade de seu tratamento, e a observância do princípio da não discriminação, que assegura a neutralidade no tratamento dos dados, o qual não pode ser realizado para fins discriminatórios, vinculando-se integralmente à preocupação manifestada no núcleo do anteprojeto, no que diz respeito aos dados sensíveis (BRASIL, 2015).

CONCLUSÃO

Na busca de resposta ao problema formulado, qual seja o de verificar em que medida a norma jurídica brasileira esta adequada como resposta aos atos de vigilância e monitoramento de informações e dados pessoais dos usuários praticada pela *NSA – National Security Agency*, a pesquisa cumpriu os quatro objetivos específicos.

A partir de uma construção teórica do contexto histórico e social da internet e do ciberespaço, foi possível observar e mapear a interação de diálogos sociais e institucionais dos Estados Unidos na formação do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden*, bem como observar e mapear os resultados da formação do *backlash* do caso *NSA vs. Edward Snowden* a partir do reconhecimento da violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como violação de direitos humanos.

Por outro lado, a partir da identificação e aprofundamento das normas jurídicas brasileiras, foi possível observar e mapear as leis brasileiras constituídas a partir da compreensão jurídica da internet em meio às repercussões do caso *NSA vs. Edward Snowden*.

Destarte, foi possível evidenciar que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Crimes Informáticos e do Marco Civil da Internet, mantém grande proximidade com a compreensão jurídica da internet e seus efeitos para a vida em sociedade. Embora o Direito não seja a única resposta, assim como não será sempre a mais adequada, ao tutelar de modo específico temas como a proteção de dados pessoais, bem como aprofundar a proteção dos direitos fundamentais na internet, pode-se afirmar que tais leis representam uma resposta coerente e eficiente sobre os efeitos gerados a partir da repercussão do caso de vigilância em massa desenvolvido pela *National Security Agency*, dos EUA.

Evidentemente, o tema não se esgota com as evidências parciais e preliminares apresentadas neste estudo. Como abordado no último subtítulo, o Brasil ainda carece de regulamentações importantes no âmbito do Marco Civil da Internet, assim como urge a



instituição de uma lei geral de proteção de dados pessoais, especialmente no contexto da internet.

Em uma adaptação livre do trecho⁹ da obra de Orwell (1983), “[...] ao futuro ou ao passado, a um tempo em que o pensamento seja livre [...]”, que, na internet ou fora dela, os homens sejam iguais, e que não vivam sós – a um tempo em que a verdade exista e que cada sujeito tenha a possibilidade de decidir quais de suas informações são privadas e quais são públicas, e em que o que for feito também possa ser desfeito: da era da navegação privada na internet, da era da *accountability* de quem monitora, da era do direito de deletar os dados pessoais, da era da proteção da identidade *online*, da era da privacidade na internet – saudações!

REFERÊNCIAS

ASSANGE, J. *Cyberpunks: Liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

364

BALKIN, J. *The Constitution in the National Surveillance State*. 2008.

BARBER, L. How a soccer star sparked the freedom debate of our age - FT.com. *The Financial Times*, 27 maio 2011.

BARLOW, J. P. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

BARRETTO, V. *O Fetiche Dos Direitos Humanos E Outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BATEUP, C. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, p. 05–24, 2006.

BAUMAN, Z.; LYON, D. *Vigilância líquida*. Madrd: Grupo Planeta Spain, 2013.

⁹ Ao futuro ou ao passado, a um tempo em que o pensamento seja livre, em que os homens sejam diferentes uns dos outros, em que não vivam sós – a um tempo em que a verdade exista e em que o que for feito não possa ser desfeito: da era da uniformidade, da era da solidão, da era do Grande Irmão, da era do duplispensamento – saudações! (tradução nossa) (ORWELL, 1983).

BERNAL, P. A. Web 2.5: the symbiotic web. *International Review of Law, Computers and Technology*. v. 24, n. 1, p. 25–37, 1 mar. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 12.737, de 30 de novembro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. *Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRITO, A. U. DE; LONGHI, J. V. R. Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79–92.

CASTELLS, M. *The Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society, and Culture*. [s.l.] Wiley, 2011.

_____. *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*. Cambridge (UK): Polity Press, 2013.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *CGI.br - Resolução CGI.br/RES/2012/008/P*. São Paulo: [s.n.]. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2012/008>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

DE MONTJOYE, Y.-A. et al. Unique in the shopping mall: On the reidentifiability of credit card metadata. *Science*. v. 347, n. 6221, p. 536–539, 29 jan. 2015.

DISTRITO DE COLÚMBIA. *Civil Action 13-0851: Klayman, et. al. vs. Obama, et. al.* Disponível em: <https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2013cv0851-48>.

DISTRITO DE NOVA YORK. *Civil Action 13-3994: American Civil Liberties Union, et. al. vs. James R. Clapper, et. al.* Disponível em: <<http://online.wsj.com/public/resources/documents/clapper.pdf>>.

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALINDO AYUDA, F. Democracia, Internet Y Gobernanza: una Concreción. (Spanish). *Revista Seqüência*. v. 33, n. 65, p. 33–56, dez. 2012.

GARCÍA MARCO, F. J. Documentos jurídicos y estándares técnicos. In: GALINDO, F. (Ed.). *El derecho de la sociedad en red*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p. 41–61.

GEERE, D. How deep packet inspection works. *Wired*. abr. 2012.

GELLMAN, B.; SOLTANI, A. NSA infiltrates links to Yahoo, Google data centers worldwide, Snowden documents say. *The Washington Post*. 30 out. 2013.

GREENWALD, G. NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily. *The Guardian*. 6 jun. 2013.

GREENWALD, G.; KAZ, R.; CASADO, J. EUA espionaram milhões de e-mails e ligações de brasileiros - Jornal O Globo. *O Globo*. jul. 2013.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Recommendation Y.2770: Requirements for deep packet inspection in next generation networks*. Dubai: [s.n.]. Disponível em: <<http://www.itu.int/rec/T-REC-Y.2770-201211-I/en>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

KEEN, A. The Cult of the Amateur: How blogs, MySpace, YouTube, and the rest of today's

user-generated media are destroying our economy, our culture, and our. *Random House LLC*, 2008.

_____. *Digital Vertigo: How Today's Online Social Revolution Is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us*. London: Little, Brown Book Group, 2012.

KÜSTER, I.; HERNÁNDEZ, A. De la Web 2.0 a la Web 3.0: antecedentes y consecuencias de la actitud e intención de uso de las redes sociales en la web semántica. *Universia Business Review*. n. 37, p. 104–119, 2013.

LEMOS, R. 10 perguntas para Ronaldo Lemos, especialista em direito digital. *Istoé Dinheiro*. dez. 2012.

_____. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, G.;

LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 03–11.

LESSIG, L. *Code*. 2. ed. New York: Basic Books, 2006.

MAHARREY, M. *California Lawmakers Introduce Fourth Amendment Protection Act, push back against NSA spying*. Disponível em: <http://www.offnow.org/california_lawmakers_introduce_fourth_amendment_protection_act_push_back_against_nsa_spying>. Acesso em: 10 jan. 2014.

MARTINELLI, G. N. S. F.; GOBI, G. O princípio da natureza participativa no Marco Civil da Internet: uma abordagem sobre a sua importância. In: LEITE, G. S.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165–215.

MOLINARO, C. A.; SARLET, I. W. Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29–48.

MONTEIRO, M. *O Padrão Técnico de Inspeção Profunda de Pacotes de Rede | Observatório da Internet no Brasil*. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/o-padrão-tecnico-de-inspecao-profunda-de-pacotes-de-rede/>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

MORAES FILHO, J. F. Poder. In: BARRETTO, V. DE P. (Ed.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 640–642.

MORAIS, J. L. B.; NETO, E. J. A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 417–439.

OFF NOW. *Oklahoma state legislator introduces bill to banish NSA*. Disponível em: <http://www.offnow.org/oklahoma_state_legislator_introduces_bill_to_banish_nsa>. Acesso em: 10 jan. 2014.

OLIVEIRA, F. C. S.; OLIVEIRA, L. P. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*. v. 1, n. 14, p. 103–132, 2011.

PARISER, E. *O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. v. 42, p. 373–433, 2007.

REFORM GOVERNMENT SURVEILLANCE. *Reform Government Surveillance*. Disponível em: <<https://www.reformgovernmentsurveillance.com/>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

RUE, F. LA. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, publicada na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral ocorrida em 16 de maio de 2011*. New York: [s.n.]. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015.

STECKLOW, S.; SONNE, P. Shunned Profiling Technology on the Verge of Comeback - WSJ. *The Wall Street Journal*. 24 nov. 2010.

STRECK, L. Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da internet. In: LEITE, G. S.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333–345.

TATLOW, D. K. Censored in China: “Today,” “Tonight” and “Big Yellow Duck” -



NYTimes.com. *The New York Times*. 4 jun. 2013.

VAIDHYANATHAN, S. *La googlización de todo*. Madrd: Océano, 2012.

Submissão: 30/09/2015
Aceito para Publicação: 06/12/2015



O ESTADO CONFSSIONAL E A CIDADANIA NO IPÉRIO LUSO-BRASILEIRO: OS DISPOSITIVOS PENAIIS DO TRATADO DE 1810 FACE À CONSTITUIÇÃO DE 1822

CONFSSIONAL STATE AND CITIZENSHIP IN THE LUSO-BRASILIAN EMPIRE: THE CRIMINAL RULES OF THE TREATY OF 1810 IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF 1822

Jairdilson da Paz Silva*

RESUMO: A discussão que se gerou entre juristas e políticos na época dos trabalhos constituintes deixava claro que seria impossível deduzir do texto constitucional as noções claras de quem era cidadão, estrangeiro ou outra classe de indivíduos, que residiam dentro das fronteiras do império. Principalmente pelo simples fato de que a natureza e a conotação civilizacional do conceito de cidadania do século XIX eram demasiado elitistas para uma real inclusão. Entretanto, o modelo constitucional em matéria de confesionalidade havia sido o modelo gaditano. Ainda assim, o Tratado de Amizade e Aliança entre Portugal e Grã-Bretanha garantia que as isenções já pactuadas e previstas no Tratado firmado em 1654 seguiriam valendo. Ademais, aquele Tratado contava com uma parte penal, onde eram descritas as infrações em matéria religiosa e as respectivas penas a serem aplicadas, de acordo o caso.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição de 1822. Cidadania, Confesionalidade. Direito Penal. Tratados de 1810.

ABSTRACT: The discussion at the time of the constituent work made it clear that it would be impossible to deduce from the constitutional text clear notions of who was the citizen, the foreigner or any another class of individuals residing within the borders of the empire. This impossibility was observed mainly due to the simple fact that the nature and the civilizational connotation of citizenship in the nineteenth century were too elitist for real inclusion. Therefore, the constitutional model that inspired the confessional regulation had been the Constitution of Cadiz. Despite these facts, the Treaty of Friendship and Alliance between Portugal and Britain guaranteed that the exemptions already agreed in the Treaty signed in 1654 were still in force. Moreover, that treaty had a section that regulated criminal issues, in which infringements on religious matters and their respective penalties, according to the case, were described.

KEYWORDS Constitution of 1822. Citizenship. Confessional. Criminal Law. Treaty of 1810.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Cidadania e critérios confessionais: a constitucionalização da soberania nacional. 1.1 A Constituição de 1822: a definição do cidadão com liberdade de consciência e a dualidade cidadã de Siyès. 1.2 O Tratado de Amizade e Aliança entre Portugal e Grã-Bretanha: a extraterritorialidade e os dispositivos penais. 1.3 As discussões no Parlamento sobre a liberdade de consciência dos estrangeiros no gozo dos direitos de cidadãos: “contentar aos estrangeiros e contentar a religião” – a equação de difícil fórmula. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A formação do Império português se deu sobre uma base cristã/católica que se impôs ao conceito mesmo de cidadão que se conformaria em ambiente constitucional. Houve discussões entre juristas e políticos no momento dos trabalhos constituintes, onde se deixou explícito que uma dedução simples e direta do texto de quem era cidadão, ou qual o papel do

* Pós-doutor em História do Direito Constitucional pela Universidad de Salamanca, Espanha. Doutor em História do Direito Constitucional pela Universidad de Salamanca, Espanha. Mestre pela Università Degli Studio di Milano e Università Degli Studio di Messina, Itália. Mestre pela Universidad Internacional de Andalucia e Universidad de Huelva, Espanha. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca, Espanha. Licenciado em História pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

estrangeiro acatólico no texto constitucional e na sociedade de então, não passaria. O conceito de cidadão sofre alguma simbiose no XIX, dado que a natureza e a conotação civilizacional emolduravam, como fronteiras nem sempre fixas, a elitização do termo. A priori, a Constituição de Cádiz foi o farol constitucional em matéria de confessionalidade para o império em questão. Portanto, quando se assina o Tratado de Amizade e Aliança em 1810, as garantias e isenções pactuadas vão se impor ao texto constitucional Luso-brasileiro aprovado em 1822. E para que tais disposições pudessem conviver em um universo católico, aceitas por pressões econômicas e geopolíticas, um conjunto de dispositivos penais passaram a conformar o texto do tratado, onde o acatólico se defrontava com regras infracionais em matéria religiosa, com as respectivas penas a serem aplicadas, com escopo a impedir o proselitismo protestante. Isto gera uma matização à imposição confessional da cidadania que destoa da inspiração gaditana.

O Império português se expandiu com a meta da cristianização da conquista, fazendo com que a construção da identidade portuguesa se fizera pela força, à dimensão providencial e messiânica. A catolicidade foi promovida a elemento de identidade no Império, mas, também é verdade que foi um elemento destrutivo desta mesma unidade. Dado que a mera conversão não satisfazia como elemento aglutinador da busca pela homogeneização do Império. “Portugal, nação fidelíssima, tinha como principal missão combater os infiéis e dilatar a fé de Cristo”¹. No estatuto colonial faltava o cariz da unificação desde as mais diversas facetas. Assim que eram considerados “naturais” os nascidos de pais portugueses, segundo as Ordenações Filipinas (II, 55), e por tanto gozavam do estatuto pleno de ser português, usavam o direito português e se sujeitavam à justiça portuguesa. Enquanto isso, havia no império os que eram considerados como estrangeiros, liberados da obediência ao governo e ao direito português. Desta forma estavam considerados os “sobas amigos, más não vassalos” de

372

¹ A estratégia portuguesa era, principalmente no caso que nos interessa mais, o Brasil, cristianizar para homogeneizar a conquista e o império. Más se mostrou um verdadeiro fracasso, como destaca Ronald Raminelli, no caso dos povos tupinambás do Brasil. Para saber mais leia-se em RAMINELLI, Ronald. Império da fé: Ensaio sobre os portugueses no Congo, Brasil e Japão. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos trópicos*. A dinâmica imperial portuguesa (Séculos XVI-XVIII). Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2001, p. 245 e ss.

Angola² - aos quais fazia referência o Regimento dos Governadores – e os “índios bravos” brasileiros³.

Entretanto, houve, segundo Fernando Catroga, uma “estatização” do cristianismo a partir do século XVI, fruto da aliança entre o trono e o altar para justificar o poder absoluto dos monarcas. O princípio fixado no Tratado de Westfalia, firmado em 1649, depois das guerras religiosas, era o de “*une roi, une foi, une loi*”, que era estabelecida como uma premissa para a salvação coletiva. Esta também será a justificativa para a revogação do apaziguador Edito de Nantes em 1685. A crescente simbiose do poder temporal ao imiscuir-se nos assuntos da igreja, faz com que os monarcas assumam o papel central para impor as premissas de Westfalia. A necessidade de sedimentar o poder vai impor a necessidade de criar uma “*patria communis*”, que o Estado-Nação precisará mais que nunca, para sustentar que exista uma “pátria grande”, e fará falta para isso, uma unidade legal, religiosa e linguística. Assim que a heterogeneidade ficou fora dos planos, em um império multifacetado: cultural, linguística e religiosamente⁴.

As teorias do contrato social, em palavras de Fernando Catroga, secularizaram os conceitos de soberania do Estado, desenvolvido por Jean Bodin, como também o sentido do poder constituinte que passará a residir no “*Povo*” ou na nação, de acordo ao sistema constitucional. O direito de resistência frente ao soberano, ao poder absoluto, passa pela modernização e aplicação nos movimentos revolucionários tanto nas Colônias Anglo-saxãs da América, como na França. Ali se verá por primeira vez plasmar-se em um documento escrito os direitos e deveres dos cidadãos. Portanto, se constitucionalizam tais direitos, posto que não só são declarados senão que se estabelecem os instrumentos de proteção a estes mesmos direitos. Dado que as teorias contratuais (Locke, Hobbes, Rousseau), e a presença do jusnaturalismo vão declarar e compor estes direitos, enquanto que a teorização da divisão dos poderes do Estado (Montesquieu) vai ser a garantia de sobrevivência e aplicação destes

² SILVA, Cristina Nogueira da. *A cidadania nos Trópicos*. O Ultramar no constitucionalismo monárquico português (c. 1820-1880). Lisboa: Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Direito), 2004, p. 28 e ss.

³ HESPANHA, Antônio Manuel. *A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes*. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos trópicos*. A dinâmica imperial portuguesa (Séculos XVI-XVIII). Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2001, p. 170 e ss.

⁴ CATROGA, Fernando. Em nome da Nação. In: CATROGA, F.; ALMEIDA, Pedro Tavares de (Cords.). *Res Pública: Cidadania e representação política em Portugal, 1820-1826*. Biblioteca Nacional de Portugal-Assembleia da República: Lisboa, 2010, p. 22 e ss.

mesmos direitos dos cidadãos⁵. Será tanto Rousseau como Locke quem estarão presentes naqueles processos revolucionários descritos, como também os passados na península ibérica, dado que são tributários do processo francês⁶. É verdade que para concretizar a secularização do Estado, sempre se sofreu um antagonismo das religiões históricas e, sobretudo, da Igreja Católica. “Se pode dizer que, nesta experiência, na herança da religião civil de Rousseau se desenvolveu todas suas potencialidades para transformar numa estrita religião política (...)”, ademais, “o Estado não se limitará a uma atitude de indiferença diante dos que consideravam seus adversários, más reagia para conseguir nacionalizar às consciências”⁷.

1 CIDADANIA E CRITÉRIOS CONFESSIONAIS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL

A constitucionalização da soberania nacional foi o reflexo das teorias da autossuficiência do Estado e foi potencializado pelas teorias do contrato social. Siéyès, quando escreve, o celebre ensaio *Quest-ce que le tiers état?* em 1789, demonstrará uma interconexão entre as concepções de soberania popular e soberania nacional, prognosticando uma anterioridade da relação entre governantes e governados, dado que o poder constituinte estava identificado com a nação inteira, e o “Povo” identificado com os governados. Estas ideias, para Catroga, se refletiram na Declaração de 1789, na tentativa de evitar uma fragmentação corporativa semelhante ao do Antigo Regime: “A origem de toda soberania reside essencialmente na Nación. Nenhum órgão, nem nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela” (art. 3)⁸. Este mesmo princípio passará à Constituição francesa de 1791, igualmente no artigo 3º, como também aos

374

⁵ Idem. p. 24.

⁶ “Devido ao peso francês nos processos revolucionários, em particular nos de Espanha e Portugal, ir-se-á dar relevo a Rousseau. Como outros contratualistas (Hobbes, Locke), o autor das Confissões também pensava que a ausência de autoridade conduziria ao estado de guerra. Daí a necessidade de os indivíduos se associarem para superar a precariedade do seu estado de natureza. Todavia, para ele (ao contrário de Locke), a sociabilidade não era uma característica pré-existente ao contrato, mas fruto do sentimento de seres livres. E seria contraditório que cada indivíduo detivesse uma autoridade natural sobre o outro. Só a convenção, baseada na vontade unânime de todos, legitimaria um pacto social que possibilitasse a liberdade recíproca dos seus membros, organizados em comunidade política”. Ibidem.

⁷ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores*. Secularização, laicidade e religião civil. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2010, p. 223 e ss.

⁸ DECLARATION DE DROITS DE L’HOMME ET DU CITOYEN (1789). Art. 3º. “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément”.

constitucionalismos de influência francesa, como a Constituição espanhola de 1812, a portuguesa de 1822⁹, assim como a brasileira de 1824.

É intrínseco à gênese do Estado Moderno, segundo Zília Osório de Castro, a centralização desde a visão do poder, o que vai provocar uma confrontação entre o Estado e a Igreja. Em Portugal, para aquela autora, se notarão duas fases daquela relação: a primeira na fase pombalina, o paralelismo de poder que exercia a igreja rivalizando com o poder do próprio Estado dentro de sus fronteiras parecia inaceitável e conflituosa. Mitigando sobre maneira a noção de soberania do Estado à época. Já na segunda fase, no âmbito da concepção liberal vintista o poder religioso será visto como um poder inerente à concepção mesma de Estado, ou seja, um instrumento ao serviço do Estado. Deste modo, o sentimento religioso defendido em sua sacralidade, seria confrontado com uma dimensão laica, quando posto no âmbito da perspectiva política¹⁰.

Com base no art. 3º da Declaração francesa podemos conectar a discussão estabelecida, tendo como referência os estudos do professor Manuel Hespanha, com as permanências do Antigo Regime e as inovações liberais que se refletirão na Constituição vintista¹¹. Em flagrante contradição analisamos o art. 26 da Constituição portuguesa, inspirado na Declaração francesa, aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, que dirá: “A soberania reside essencialmente na Nação. Não pode, portanto, ser exercitada senão por seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública, que não derive da mesma Nação”; e o art. 25, da mesma constituição, onde se declara a confesionalidade da Nação portuguesa. Como dirá aquele professor, a soberania seguia guardando determinados déficits, como se verá no âmbito do art. 25, que institui que: “A Religião da Nação Portuguesa é a Católica Apostólica Romana. Ainda que se permita aos estrangeiros o exercício particular de seus respectivos cultos”¹². Esta opinião de respeitar aos

375

⁹ CATROGA, Fernando. *op. cit.*, p. 27 e ss.

¹⁰ “Daí, enfim, a complexidade de uma evolução marcada por tensões mais ou menos profundas a nível ideológico, institucional, político e religioso, encaradas como incidências particularizadas de um mesmo movimento cultural”. CASTRO, Zília Osório de. *Cultura e Política. Manuel Borges Carneiro e o Vintismo*. v. II. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, Universidade Nova de Lisboa, 1990, p. 587.

¹¹ HESPANHA, A. M. *Guiando a mão invisível*. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004, p. 90 e ss.

¹² “Esta disposição he, não só incompatível com o princípio da tolerância, principio essencial em um systema verdadeiramente constitucional, mas além d’isso inexecuível. Ninguém sobre a terra tem direito para prescrever aos cidadãos portugueses que pensem de tal ou tal modo em matéria de religião. Ninguém lhe pode prohibir quaisquer práticas que se chamem religiosas, quer profanas, uma vez que elas não ofendam nem a liberdade, nem a propriedade, ou o bom nome de alguém”. FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Breves observações sobre a*

estrangeiros a liberdade de culto, más com restrições, figura no art. 8º de um projeto constitucional que aparece no ano de 1821, assinado por um Lusitano Filantropo¹³.

Destacadamente se nota um poder externo que se imiscui na máxima do art. 26; a Religião Católica Apostólica Romana é apresentada pela mesma constituição como o elemento, ou corporação, que vulnera à autossuficiência da soberania da Nação. Assim também passa com a cidadania, dado que no art. 19 da Constituição vintista se fixava como um dos principais deveres desta, o de venerar à Religião¹⁴. Não que com isto chegasse a desnaturalizar aos não católicos¹⁵. Más, não era somente nesta matéria onde a soberania cedia passo. No art. 8º se previa ceder a apreciação dos abusos da liberdade de imprensa em matéria religiosa à censura episcopal. Como também se previa celebrar, para marcar o início dos trabalhos das assembleias eleitorais, uma missa ao Espírito Santo (art.52), como nos demais atos eleitorais (art. 70). Se institui, ademais, que no juramento – sobre os Santos Evangelhos – do rei, dos deputados eleitos e dos Conselheiros de Estado, por encima de tudo, estava o compromisso de manter a Religião Católica Apostólica Romana (arts. 78, 126 y 166). Mais ainda, a Constituição começava em seu preâmbulo com a invocação do “Nome da Santíssima e Indivisível Trindade”¹⁶. E onde o rei terá o tratamento de “Majestade Fidelíssima” no art. 127.

A fórmula de sanção às leis dada pelo rei, prevista no art. 113: “Dom F... pela graça de Deus e pela Constituição da Monarquia (...)”, fazia com que “se incluísse na titulação régia

376

Constituição Política da Monarchia Portuguesa decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821. Paris: Rey E. Gravier, 1837, p. 9.

¹³ “Sobretudo estabeleçamos boa educação e instrução, pois que os fins procedem dos princípios: e como felizmente professamos a Religião Catholica Romana, as mais sejam toleradas quanto aos estrangeiros sem sinal exterior de culto, mas o público sustente só àquela e os seus ministros”. *Fantasia Constitucionaes, seguidas por algumas reflexões, da Razão, e da Experiência*, publicadas por um Lusitano Filantropo. Lisboa: Imprensa Nacional, com licença da Comissão de Censura, 1821, p. 5.

¹⁴ Silvestre Pinheiro Ferreira vê nestes conselhos de moral como impróprios da legislação. FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portuguesa decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821.* Paris: Rey E. Gravier, 1837, p. 17; está republicada em HESPANHA, A. M.; SILVA, Cristina Nogueira da (dir.). *Fontes para a história constitucional portuguesa.* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2004 (Sítio da Biblioteca Nacional, Lisboa).

¹⁵ HESPANHA, A. M. *op. cit.*, p. 90 e ss.

¹⁶ Para Silvestre Pinheiro Ferreira esta invocação é uma incongruência por parte de uma Assembleia Legislativa que não pretende derivar seu poder do chamado direito divino; e é inútil, porque não influi no cumprimento da constituição”. FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portuguesa decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821.* Paris: Rey E. Gravier, 1837, p. 1; está republicada em HESPANHA, A. M.; SILVA, Cristina Nogueira da (dir.). *Fontes para a história constitucional portuguesa.* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2004 (Sítio da Biblioteca Nacional, Lisboa).

uma perturbadora referência à dupla origem e legitimidade do poder real”¹⁷. Era igualmente perturbador o fato de que no art. 31 se estabelecesse que a dinastia reinante era a Sereníssima Casa de Braganca. Esta dupla definição de onde provinha a soberania na referida constituição, fez com que Silvestre Pinheiro Ferreira, um destacado publicista português, fizesse a seguinte crítica:

Não se achando os monarcas colocados no alto emprego que ocupam por efeito duma graça mais especial da divindade do que qualquer outro funcionário público; não achamos razão para se conservar no regime constitucional esta cláusula do absolutismo. No antigo sistema ela significava que não era pela vontade da nação, mas só por uma especial determinação da divindade, e dela imediatamente, que os monarcas haviam recebido o seu poder. Mas em uma constituição que assenta no princípio da soberania do povo aquela frase ou é absurda, ou absolutamente ociosa.¹⁸

Ainda que o fato de não ser católico o rei, não estava expressamente previsto entre os impedimentos de acesso ao trono, como está o fato de que fora estrangeiro¹⁹. Entretanto, a confessionalidade do Estado português rendia também a estas partes do poder em matéria religiosa, como o estabelecimento do Patronato, que permitia apresentar os bispos e controlar alguns benefícios eclesiásticos, regulamentado no art. 123, V. Também reservava ao rei o privilégio de conceder o Beneplácito régio, outorgando ou negando a eficácia no reino a quaisquer decretos conciliares, cartas papais ou constituições eclesiásticas, art. 123, XII. Mas, ao final o artigo 10º da Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789 não será transposto de todo ao texto português vintista. Aquele artigo declara que: “Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, inclusive religiosas, com tanto que sua manifestação não altere a ordem pública estabelecida pela lei”. Mais ou menos uma síntese deste artigo pode ser divisada no art. 25 da Constituição de 1822.

Como já destacamos no momento que discutimos sobre o conceito de cidadania na Constituição portuguesa, o termo “cidadão português” trouxe algumas incertezas e temores de alguns deputados, principalmente brasileiros, mas não somente, de que as populações autóctones dos quadrantes do Império pudessem ficar fora da declaração, formalmente universalizante, do texto constitucional. Provocando, por tanto, o princípio da incerteza por parte das populações nativas sobre a cidadania e da nacionalidade, posto que o texto constitucional não fazia clara distinção entre uma e outra definição.

¹⁷ Idem. p. 91.

¹⁸ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ HESPANHA, A. M. *op. cit.*, p. 91 e ss.

Nos dirá Cristina Nogueira da Silva que, ao declarar a religião católica como religião oficial do Estado, e ao omitir os problemas relacionados com o pluralismo religioso das sociedades ultramarinas, o texto constitucional português conduzirá a uma série de indefinições e incertezas existentes ao redor da própria definição de cidadania e da nacionalidade do universo das populações autóctones do ultramar português, não católicas. Apesar de que houvesse adotado como critério para fixar a cidadania o *ius solis* em detrimento do *ius sanguinis*²⁰.

Está claro que aqui não buscaremos tratar todas e cada uma das partes e problemas do Império português na temática da cidadania relacionada com o problema da confessionalidade do Estado, senão que, pelo contrário, trataremos de redefinir e direcionar a discussão para o que tange a parte americana do Império, sobretudo o Brasil.

1.1 A Constituição de 1822: a definição do cidadão com liberdade de consciência e a dualidade cidadã de Siéyès.

378

A discussão que se gerou entre juristas e políticos na época dos trabalhos constituintes deixava claro que seria impossível deduzir do texto constitucional as noções claras de quem era cidadão, estrangeiro ou outra classe de indivíduos que residia dentro das fronteiras do império. Principalmente pelo simples fato de que a natureza e a conotação civilizacional do conceito de cidadania do século XIX eram demasiado elitistas para uma real inclusão. Ademais, o conceito de “Nação”, para tais juristas e políticos, era a de uma associação voluntária, um conjunto de indivíduos unidos pela adesão de um mesmo “contrato social”, ainda que não se levasse em conta a cor da pele, a cultura ou a religião²¹. Isto estava nos discursos, mas era muito diferente na prática. Silvestre Pinheiro Ferreira ao analisar o art. 21 da Constituição portuguesa dirá que fazer diferença entre a fruição ou não dos direitos civis

²⁰ SILVA, Cristina Nogueira da. Liberdade e tolerância religiosa: “portugueses não católicos” no ultramar do século XIX. *Historia Constitucional*. n. 8, 2007, p. 42. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/08/index.html>>. Acessado em: 18 jan. 2016 Ademais, os problemas relacionados à cidadania neste período foram discutidos amplamente em SILVA, Cristina Nogueira da. *A cidadania nos Trópicos. O Ultramar no constitucionalismo monárquico português (c. 1820-1880)*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Direito), Lisboa, 2004. Acerca da administração portuguesa em África, principalmente em Angola, veja-se o trabalho de SANTOS, Catarina Madeira. *Um governo “polido” para Angola, reconfigurar dispositivos de domínio (1750-c. 1800)*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas). Lisboa, 2005.

²¹ SILVA, Cristina Nogueira da. *op. cit.*, p. 42 e ss.



por nacionais e estrangeiros, seria inútil, dado que todos devem ter estes direitos. Mas, quanto aos direitos político

A sua importância é tal, que seria barateá-los conferir o exercício deles a alguém, só porque nasceu em tal, ou tal país, e de tais, ou tais pessoas. Estas circunstâncias não têm ligação alguma com as condições de capacidade. Outras são as provas que a lei deve exigir, quer dos nacionais, quer dos estrangeiros, para eles poderem exercer aqueles direitos políticos.²²

Assim, Silvestre Pinheiro Ferreira, no Título II (Dos Direitos Cívicos), Capítulo I (Das Garantias Individuais), do Projeto de Lei Fundamental de sua autoria, se pronuncia deste modo sobre a liberdade de consciência:

Art. 17 – Em virtude do direito de liberdade, e nos termos do artigo 13, é lícito ao cidadão: parágrafo I. – Professar quaisquer doutrinas religiosas e praticar quaisquer atos de culto externo, segundo os ditames da própria consciência²³

Ao mais puro estilo revolucionário francês, o publicista português propõe uma liberdade de consciência. E de uma maneira mais tolerante, no projeto de Leis Orgânicas, na Parte I, Capítulo V (Da Naturalização dos Estrangeiros), no art. 478, trata do processo de naturalização dos estrangeiros²⁴, o que está bastante ao estilo liberal. Em realidade, “a Nação portuguesa era por eles (juristas e políticos) identificada desde um registro duplo, como um contrato, mas também como uma comunidade orgânica, um conjunto de pessoas ligadas pela mesma língua, cultura, genealogia e religião. Era também uma comunidade afetiva, baseada nos laços que ligavam os cidadãos portugueses à comunidade, privilegiando os sentimentos de amor, fidelidade e implicação moral, facilitados pela convivência histórica e intergeracional. No Ultramar, onde viviam pessoas com hábitos, costumes, religião e raças diferentes, não era fácil saber quem era ou não era português”²⁵.

379

²² FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *op. cit.*, p. 7 e 8.

²³ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Projeto de Código Político para a Nação Portuguesa*. Ministro de Estado honorário, sócio da Academia das Ciências de Lisboa e correspondente do Instituto de França. Paris: Casa de Rey; Gravier; J. P. Aillaud, 1838, p. 6.

²⁴ *Idem*. p. 126.

²⁵ SILVA, Cristina Nogueira da. *op. cit.*, p. 42 e ss. Veja-se também em SOBRAL, José Manuel. O Norte, o Sul, a raça, a nação - representações da identidade nacional portuguesa (séculos XIX-XX). *Análise Social*. v. XXXIX, n° 171, 2004, p. 277 e ss.

1.2 O Tratado de Amizade e Aliança entre Portugal e Grã-Bretanha: a extraterritorialidade e os dispositivos penais.

Como já pudemos constatar, o modelo constitucional em matéria de confessionalidade havia sido o modelo gaditano (Constituição de Cádiz), ainda que bem mais intolerante que o texto português. Era assim, porque Portugal tem uma construção histórica diferente da espanhola, como se pode imaginar, como também é importante ressaltar os tratados de 1810 firmados quando do desembarque do rei D. Joao VI, então príncipe regente, com Inglaterra, que previa a liberdade de culto para os ingleses no território do império português, destacadamente no Brasil, onde se encontrava a Corte nestes momentos. O Tratado de Amizade e Aliança entre Portugal e Grã-Bretanha garantia que o Tribunal da Inquisição continuaria sem ter jurisdição sobre a porção americana dos domínios portugueses e que os vassallos britânicos seguiriam gozando das isenções já pactuadas, e previstas no art. 5º do Tratado de Westminster firmado em julho de 1654²⁶. Entretanto, é o Tratado de Comércio e Navegação, também de 1810, a norma que garantia a liberdade de consciência aos súditos de sua majestade britânica, com a seguinte dicção:

Art. XII. Sua Alteza Real O Príncipe Regente de Portugal declara e se obriga no seu próprio Nome, e no de Seus Herdeiros e Sucessores, a que os Vassallos de Sua Majestade Britânica residentes nos seus Territórios, e Domínios não serão perturbados, inquietados, perseguidos, ou molestados por causa da Sua Religião, mas antes terão perfeita liberdade de Consciência, e licença para assistirem, e celebrarem o Serviço Divino em honra do Todo Poderoso Deus, quer seja dentro de suas Casas particulares, quer nas suas particulares Igrejas, e Capelas, que Sua Alteza

²⁶ A GENERAL COLLECTION OF Treatts of Peace and Commerce, Renunciations, Manifestos, and other Publick Papers, from the Year 1642, to the End of the Reign of Queen Anne. v. III. LONDON: J. J. and P. Knapton, J. Darby; T. Uibwihter; A. Ward; A. Bettsworth and C. Hitch; J. Pemberton, J. Osborn and T. Longman; C. Rivington; F. Clay; J. Batiey; R. Hbit, and T. Hatchstt, M.DCC.XXXII (1732), p. 99.

CARTA DE LEI DE 26 DE FEVEREIRO DE 1810. Ratifica o Tratado de Amizade e Aliança entre o Príncipe Regente de Portugal e El' Rey do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda, assinado no Rio de Janeiro a 19 desde mês e ano. Art. IX. Não se tendo até aqui estabelecido, ou reconhecido no Brazil a Inquisição, ou Tribunal do Santo Officio, Sua Alteza Real O Príncipe Regente de Portugal guiado por uma illuminada e liberal Política aproveita a oportunidade que Lhe offerece o Presente Tratado, para declarar espontaneamente no Seu Próprio Nome, e nos Seus Herdeiros e Sucessores, que a Inquisição não será para o futuro estabelecido nos Meridionaes Domínios Americanos da Coroa de Portugal. Sua Majestade Britannica em consequência desta Declaração da Parte de Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, se obriga da Sua Parte, e declara, que o Quinto Artigo do Tratado de mil seiscentos cincoenta e quatro, em virtude do qual certas Isenções da Autoridade da Inquisição eram concedidas exclusivamente aos Vassallos Britannicos, será considerado como nullo e sem ter efeito nos Meridionaes Domínios Americanos da Coroa de Portugal. E Sua Magestade Britânica consente que esta ab-rogação do Quinto Artigo do Tratado de mil seiscentos cincoenta e quatro, se estenderá também a Portugal, no caso que tenha logar a abolição da Inquisição naquele País por Ordem de Sua Alteza Real o Príncipe Regente, e geralmente a todas as outras Partes dos Domínios de Sua Alteza Real, onde venha a abolir-se para o futuro aquelle Tribunal.

Real agora, e para sempre, graciosamente lhes concede a permissão de edificarem, e manterem dentro dos seus domínios. (...). De mais estipulou-se, que nem os Vassallos da Grande Bretanha, nem outros quaisquer Estrangeiros de Comunhão diferente da Religião Dominante nos Domínios de Portugal, serão perseguidos, ou inquietados por matérias de Consciência tanto nas Suas Pessoas como nas Suas Propriedades, em quanto eles conduzirem com Ordem, Decência, e Moralidade, e de uma maneira conforme aos usos do País, e ao Seu Estabelecimento Religioso, e Político²⁷.

Também neste Tratado, que previa reciprocidade para os cidadãos portugueses em matéria religiosa em Grã-Bretanha, conta igualmente com uma parte onde descreve a aparência que devia ter a igreja de fé protestante e proibia o uso das campanas para marcar a hora dos serviços religiosos. Outrossim, contava o art. XII de uma parte penal, onde se descrevia as infrações em matéria religiosa e as respectivas penas a serem aplicadas, de acordo ao caso.

Assim que, no caso de incumprimento, por parte dos cidadãos britânicos, com o dever de respeitar à religião oficial do Estado, estavam previstas várias punições. Ainda que os mesmos tratados firmados entre o rei português e o rei britânico previam a extraterritorialidade para os cidadãos britânicos, isto é, teriam juízes e jurisdição próprios. Entretanto, no caso de que façam proselitismo, os britânicos que assim delinquirem, poderão ser mandados sair do país, onde a ofensa fora cometida. Também previa que os que em público se portassem com falta de respeito ou com improbidade com os ritos e cerimônias da Religião católica dominante, para estes será chamada a Policia Civil, que poderá castigar com multas ou prisão domiciliar. E em caso de que a ofensa seja muito grave, e tão avultada que perturbe a tranquilidade pública, e ponha em perigo a segurança das Instituições da Igreja, e do Estado, estabelecidas pelas leis, para estas pessoas que fossem autoras de tais ofensas, em existindo provas de fato, poderá ser mandada sair dos domínios de Portugal. Se pacta também, de forma recíproca, que os portugueses lhes permitirão aos britânicos que levem a cabo seus funerais, em lugares convenientes para isto, sem que se lhes perturbem, por motivo quaisquer, os ditos funerais ou as sepulturas dos mortos²⁸.

Nas Bases da Constituição portuguesa, aprovadas em 1821, já previa em seu art. 17 que a Religião Católica Apostólica Romana seria a religião da Nação portuguesa, discutida e

²⁷ CARTA LEI DE 26 DE FEVEREIRO DE 1810. Ratifica o Tratado de Comercio e Navegação entre o Príncipe Regente de Portugal e El Rey do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda assinado no Rio de Janeiro aos 18 deste mês e ano.

²⁸ Idem. Art. XII do Tratado.

aprovada na sessão das Cortes constituintes do dia 17 de fevereiro de 1821. Também nesta mesma sessão decreta-se a suspensão da Ordem de Expulsão dos judeus, decretada pelo Rei D. Manuel, em dezembro de 1496 e executada a princípios da quaresma de 1497. As Cortes decretam ademais, que desta data em diante ficam renovados, confirmados e postos para que vigorem todos os direitos, faculdades, liberdades e privilégios que os primeiros reis do reino de Portugal concederam aos judeus, e que constavam nas Ordenações Afonsinas L. 2º, nº. 7. Este decreto também é extensivo aos mouros expulsados de Portugal²⁹. De modo que, nas Cortes constituintes portuguesas, ao contrário do que se possa pensar, muitos deputados propugnaram pela conciliação entre direitos políticos e liberdade religiosa, assim que não imperava a intolerância religiosa completamente, como veremos das dicções dos senhores deputados.

1.3 As discussões no Parlamento sobre a liberdade de consciência dos estrangeiros no gozo dos direitos de cidadãos: “contentar aos estrangeiros e contentar a religião” – a equação de difícil fórmula.

382

Posto para ser discutido no plenário, o art. 25 do projeto da Constituição, na sessão do dia 3 de agosto de 1821, causou entre os deputados numerosas questões sobre ser tolerante ou intolerante em relação aos estrangeiros, principalmente por estar previsto nos artigos precedentes à possibilidade de dar-se a cidadania também a estrangeiros. O primeiro dos deputados a pronunciar-se foi o Sr. Trigoso; o referido deputado via como correta a declaração de que seja a religião oficial do Estado a Católica Apostólica Romana, mas, aludia a uma questão de direito, onde se declarasse que a Religião Católica é, e será, a religião da Nação portuguesa. Enquanto isso, este mesmo deputado era de opinião que a segunda parte do artigo não devia entrar na Constituição, onde se previa liberdade de consciência aos estrangeiros. E de modo a não causar prejuízos nem à Religião nem à sociedade, se devia regulamentar dita liberdade aos estrangeiros, posto que seria uma temeridade permitir “*a todos os estrangeiros o exercício particular dos seus respectivos cultos, sem ao mesmo tempo estabelecer leis regulamentares que restrinjam o exercício destes cultos particulares*”³⁰. Outro deputado, o Sr. bispo de Béja, apreciava que uma nação não estava obrigada a permitir

²⁹ DCGECNP. Sessão do dia 17 de fevereiro.

³⁰ DCGECNP. Sessão do dia 3 de agosto de 1821, p. 1771 e 1772.

aos estrangeiros o exercício dos respectivos cultos, mas, matizava que existe esta obrigação prevista nos tratados e concessões legais que permitam aos estrangeiros o livre exercício de seu culto. Outrossim, opinava que a religião católica era uma religião de concórdia, desde sua condição de bispo, assim vai dizer que:

Não me oponho à tolerância, pelo contrário sempre sustentei que a tolerância civil se ajuste com o espírito, e máximas do cristianismo. A religião cristã proscree os erros, mas ela nos ensina a suportar os errantes, pois a sua base é a caridade. Não é uma religião de discórdia, como falsa, e temerariamente Rousseau a descreve no seu contrato social: pelo contrário ela tende a reunir todos os homens, ensinando-nos que todos são irmãos, impondo-nos uma rigorosa obrigação de obedecer às autoridades legítimas, ainda que sejam heterodoxas, e perseguidoras. Ela não quer conquistar senão pela persuasão³¹.

Opinião interessante trouxe o ilustríssimo deputado, Sr. Antônio Pereira; primeiro com uma constatação assaz importante de que ao declarar como Religião oficial a Católica, se deduzia que todo português devesse professar dita religião, e em segundo lugar, igualmente se deve inferir que nenhum português pode adotar outra religião diferente desta, que a Nação autoriza. Assim que pensava que o artigo devesse ser redatado de forma ainda mais intolerante, com a seguinte dicção:

A Religião da Nação Portuguesa é a Católica Apostólica Romana, deixa consequentemente de ser cidadão Português aquele que a não professar; poderá, contudo, permitir-se aos estrangeiros o exercício particular dos seus respectivos cultos: desta maneira o artigo fica mais completo, e expressivo, e a Religião mais eficazmente garantida³².

Para o Sr. Deputado Luís Monteiro, havia um problema de proporções muito maiores, prevista na relação, que era o de declarar cidadão ao estrangeiro naturalizado e ao mesmo tempo declarar a confessionalidade da Nação. Dado que a equação não parecia tão simples, como opinavam alguns deputados, posto que, contemplar aos estrangeiros e contentar à religião no texto constitucional, resultava assaz difícil, de modo que julgava que esta discussão devia ser apazada:

Parece que este artigo devia ficar adiado, porque tem conexão com o outro, porque, por exemplo, se admitirem como cidadãos Portugueses os filhos dos estrangeiros, é preciso depois combinar se os filhos dos Protestantes criados na Religião de seus pais hão de obrigar-se à força a seguirem a Religião Católica; ou se se devem excluir da sociedade. Temos Portugueses nas possessões da África com diferentes seitas, ora se todos estes homens são tidos por vassallos Portugueses, é necessário ver se

³¹ DCGECNP. Sessão do dia 3 de agosto de 1821, p. 1772.

³² DCGECNP. Sessão do dia 3 de agosto de 1821, p. 1773.



havemos de prescindir deles serem Portugueses todos, ou se havemos de prescindir da Religião³³.

É evidente que o deputado não pretendia pôr à prova o nível de tolerância como se infere de sua seguinte intervenção, mas traz uma alerta interessante sobre o conflito entre declarar cidadão aos estrangeiros e excluir da cidadania pela declaração de que fosse a religião oficial a Católica Romana.

Uma posição muito mais sensata, defendeu o Sr. deputado Castello Branco, um eclesiástico, que pensava ser tarefa difícil a posição de legislador ao ter que conciliar as leis políticas com as matérias religiosas:

Nós somos Legisladores políticos, e, entretanto somos Legisladores políticos de uma nação que professa, e tem jurado professar a religião Católica Apostólica Romana; por consequência incumbe-nos uma grande obra, e vem a ser conciliar as leis políticas, e as que houvermos de fazer, com essa mesma religião, conciliar os interesses políticos da nação, que por uma parte somos obrigados a promover, com essa mesma religião, que por outra parte somos obrigados a sustentar intacta; a obra algum tanto é dificultosa, mas tudo se pode conciliar³⁴.

Entretanto o mesmo deputado via algo de dificuldade naquela tarefa de conciliação de leis políticas com as matérias religiosas, *“principalmente quando já vi enunciar uma lei penal neste mesmo Congresso; e vinha a ser que todo aquele que não abraçasse esta religião não poderá ser cidadão”*³⁵. Opinava o mesmo deputado que este princípio vai chocar-se em sua integralidade aos princípios políticos: *“não dá lugar na Constituição a admitir no nosso grêmio cidadãos estrangeiros, quando eles se acharem nas circunstancias em que a Constituição os admite”*³⁶. E aceita que é um ponto de discussão política muito interessante, e que ninguém pode desentender-se das vantagens do assunto:

Ora este estrangeiro que nós vamos admitir podem ter sido criados em outra religião. Devemos nós obrigá-los a largar a religião de seus pais? Nós quereríamos excluí-lo do nosso seio? Iriamos pôr uma barreira entre nós, e todos os cidadãos para admitir aqueles estrangeiros que podem aumentar a nossa população, a nossa indústria, os interesses da nação, as forças da sociedade? Nós iríamos cortar pela raiz todos os bens que dali pode resultar à sociedade³⁷.

³³ DCGECNP. Sessão do dia 3 de agosto de 1821, p. 1773.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Idem. p. 1774.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Idem. p. 1774.

Vai declarar o mesmo deputado que intui das declarações dos ilustres membros da Assembleia, aquelas afirmações que fez mais acima. Ademais, explica que ainda que seja ministro da mesma igreja a que se atribuí a condição de religião do Estado, isso não lhe tira a consciência de que também é um legislador designado para desempenhar as funções a que foi chamado pela Nação. Assim que, nem todos os deputados estavam seguros de que a intolerância religiosa, que se colidia com os direitos políticos, devesse ser adotada. Ao final ficou aprazada a discussão nesta sessão acerca do art. 25.

Na sessão do dia 6 de agosto de 1821, as discussões sobre se se devia adotar ou não a tolerância religiosa e a liberdade de consciência foram muito duras. A primeira e a segunda parte do artigo 25 foram bastante debatidas. Na primeira parte, onde se declarava a Religião da Nação portuguesa a Católica Apostólica Romana suscitava dupla discussão: primeiro, que decretar a liberdade de consciência³⁸ e não estabelecer como fé protegida – a Católica – iria contra o mandato recebido pelos deputados se constituía em um problema; posto que juraram o estabelecido nas Bases da Constituição que manteria a Religião Católica. E em segundo lugar, se se devia tratar a matéria religiosa, principalmente sobre a tolerância religiosa concedida aos estrangeiros, no âmbito constitucional ou em lei regulamentaria. Ao que se refere à segunda parte do artigo, no qual se admite a tolerância religiosa aos estrangeiros, as discussões iriam no sentido de que se havia atribuído já nos Tratados de 1810 com Inglaterra a liberdade de todos os cultos, por tanto, não era necessário discutir o tema³⁹. Por outro lado, muitos deputados, principalmente o bispo de Béja, opinavam que não se admite a liberdade de consciência aos portugueses⁴⁰, e se estes mudassem de religião se lhes deviam punir com a perda dos direitos de cidadão, afirmação que foi contestada por outros deputados. A evocação

385

³⁸ DCGECNP. Sessão do dia 6 de agosto de 1821, p. 1803. O deputado Trigoso afirmava que não se devia ser nem totalmente intolerante nem completamente tolerante, e ademais afirmava: “*Os Índios devem ser catequisados, e ainda que sejam sujeitos ao império português a Constituição mesma no artigo 180, manda prover a sua conversão, e civilização. Os espanhóis têm índios nas suas Américas, e apesar disto os espanhóis decretaram que a Religião Católica Apostólica Romana era a única do país. Em quanto aos estrangeiros nós temos tido estrangeiros que tem filhos e que se tem naturalizado; nada mais resta que continuar-se a seguir acerca deles, o que até agora se tem praticado*”.

³⁹ DCGECNP. Sessão do dia 6 de agosto de 1821, p. 1804. Deputado Soares Franco: “*Apoio, pois, o artigo como está, e tiraria a palavra particular, dizendo – o exercício de seus respectivos cultos. – O tratado de 1810, diz – com tanto que não façam prosélitos, e se ofenda a tranquilidade do Estado – ela está consignada nos tratados; por consequência, não é preciso por ora, que se estabeleça; e quando for preciso não tira que ela seja posta numa lei constitucional; torno a repetir, que não sou do voto que se permita a tolerância, ou o mudar de Religião; porque em fim acaba de jurar-se a Religião Católica que é a verdadeira (...)*”.

⁴⁰ Idem. p. 1805. Declara o bispo de Béja, deputado das Cortes que: “*Do espirito do artigo 25 da Constituição se conclui, que aqueles Portugueses que abandonarem a Religião dominante, ou negarem algum dos seus dogmas não devem gozar dos direitos de cidadão*”.

à história de Portugal era algo recorrente nas discussões, cheias de exemplos de tolerância, e das desgraças advindas, quando se optou pela intolerância, com a expulsão dos judeus e mouros. Exemplifica o deputado Franzini com um fato da história recente (em sua época) de Portugal de tolerância, quando diz:

Nada direi a favor da tolerância depois de se ter expendido esta matéria tão sabiamente; entretanto vou a fazer uma reflexão que adoptada esta doutrina em contrário retrogradaria o sistema de princípios liberais; porque nunca vi que em Portugal deixassem de ter empregos públicos homens mesmo de outra religião; e ainda há pouco nós acabamos de ver um Vice-Rei de Portugal Protestante. Agora o decretar que qualquer ficaria excluído de todos os empregos uma vez que não praticasse a Religião Católica, seria no meu modo de pensar o mais absurdo⁴¹.

Assim que muitas foram as vozes a favor da liberdade de consciência e pela tolerância religiosa, com sobrados argumentos históricos, tanto da tradição portuguesa de ser tolerante como das nações que ao momento eram exemplo de adoção da tolerância e a prosperidade que depreendia desta atitude do Estado, tais como Inglaterra, Estados Unidos da América, Holanda, França etc. Mas, em dois momentos chamou a atenção sobre as populações autóctones; uma na fala do deputado Trigoso e outra na fala do deputado Borges Carneiro. Nos conta Cristina Nogueira, em análise a estes mesmos documentos, que “ademais da hipótese, ambiciosa, da liberdade religiosa, duas outras orientações surgiram nas Cortes vintistas. Uma delas foi a tolerância religiosa, pela qual se devia instituir a tolerância relativamente aos protestantes e aos *infiéis* ou ‘*Étnicos*’, Mouros e Judeus⁴². Às outras orientações, pelo contrário, se manifestou favorável a exclusão das populações nativas, havendo sido expressamente assumida por um deputado cuja opinião era de que as opções religiosas deviam valer como critério de acesso à cidadania portuguesa”⁴³.

Estes debates continuaram na sessão do dia 8 de agosto para definir mais especificamente a liberdade de consciência para os portugueses e se era motivo de exclusão da cidadania que o português abandonara a religião católica. O primeiro deputado a manifestar-se foi o Sr. Pereira do Carmo que estava a favor de que se concedesse aos

⁴¹ DCGECNP. Sessão do dia 6 de agosto de 1821, p. 1805. Aqui o deputado se refere a Lord Beresford, com a expulsão dos franceses e o domínio britânico em Portugal enquanto a Rainha D. Maria I e o Príncipe Regente se encontravam no Rio de Janeiro.

⁴² Idem. p. 1801. Dep. Borges Carneiro: “*Isto digo dos Protestantes, a quem chamamos hereges, é aplicável aos infiéis, quero dizer Étnicos, Mouros e Judeus. Não basta proscriver-nos a ideia de obrigá-los à força, e com coação física a seguir a nossa Religião*”.

⁴³ SILVA, Cristina Nogueira. *op. cit.*, p. 43 e 44. DCGECNP. Sessão do dia 3 de agosto de 1821, p. 1773, Dep. Antônio Pereira.

estrangeiros a tolerância civil. Logo outro deputado, o Sr. Bispo de Béja, suscitou a questão sobre os portugueses que abandonassem a religião católica, se se devia considera-los cidadãos com o gozo de todos os direitos ou não. Também, explica que não se devia confundir tolerância civil com proteção. E explica: a primeira, consistiria em não perseguir aos delitos de consciência; a segunda, consistiria em defender à religião dos insultos. Por tanto, se aplica a pena de perda dos direitos políticos aos portugueses que abandonassem à fé dominante. E, a cima de tudo, levanta outra questão fulminante: se aquele que abandona a fé católica não está privado da cidadania, tão pouco estaria o rei que abandone a fé de sua coroa⁴⁴. Para corroborar as ideias um tanto reacionárias do bispo, pede a palavra o deputado Pinheiro de Azevedo, que era contrário a que se declarasse direta ou indiretamente a liberdade de consciência. Que seria o mesmo que decretar que qualquer um que não siga a religião dominante possa ser cidadão português. Argumenta, outrossim, que estaria contra do que estava estabelecido nas Bases Constitucionais. E segue suas imprecisões dizendo que as nações que decretaram a liberdade de consciência eram porque já tinham estas mesmas liberdades antes de decretar, e cita os exemplos dos Estados Unidos da América, Holanda e Inglaterra. Compara também a situação dos portugueses a dos espanhóis, que não decretaram a liberdade de consciência: *“A liberdade de consciência iria encontrar a opinião pública; causar grandes desgostos à nação, e desacreditar o congresso”*⁴⁵.

387

Na mesma sessão do dia 8 de agosto, outro deputado, o Sr. Moura, se pronuncia que se deve *“combinar a liberdade de pensar com os interesses políticos do Estado”*⁴⁶. Ainda mais, defende que o artigo 25 seja aprovado sem quaisquer alterações. E segue dizendo que a liberdade de consciência, ou a liberdade de pensar e de adotar qualquer opinião em matéria religiosa, é um direito imprescindível e ilimitado que ninguém pode contestar. Enquanto que a liberdade de culto pode ser perfeitamente objeto de uma legislação específica. Está convencido, ademais, que é a mais pura verdade que proscrever o culto público de todas as religiões e adotar um só culto como dominante e substituir a intolerância civil pela intolerância religiosa não seria nem conforme à razão, nem à justiça, nem à política. Sua

⁴⁴ DCGECNP. Sessão do dia 6 de agosto de 1821, pp. 1818 e 1819, Deputado Sr. bispo de Béja.

⁴⁵ DCGECNP. Sessão do dia 6 de agosto de 1821, p. 1819, Deputado Pinheiro de Azevedo.

⁴⁶ DCGECNP. Sessão do dia 8 de agosto de 1821, p. 1819, Deputado Moura.

receita para o que denomina “*indiferentismo religioso*”⁴⁷ seria proclamar a tolerância de todos os cultos.

Em réplica àquelas ideias, o deputado Correa de Seabra é da opinião de que a tolerância religiosa não deveria ser sancionada em um artigo constitucional. E argumenta que ao decretar dita tolerância não estava na delegação que a Nação lhes havia concedido e jurada nas Bases que estabelecia uma religião de Estado. Entretanto, vai admitir que se pode transigir sobre este tema no futuro, com outras noções, tendo a tolerância por vantagem. É da mesma opinião do deputado Pinheiro Azevedo, de que Portugal estaria na mesma situação que Espanha, que não sancionou a tolerância, e as nações que o fizeram, era porque se achavam em umas mui diversas circunstâncias. Assim que, para este deputado, devia-se admitir a necessidade de que viessem estrangeiros para povoar o Brasil, e, portanto, não se devia ser intolerante com estes. Vai dizer, ainda mais, que a procuração dada pela Nação mandava manter à religião católica, sem admitir outra religião para os portugueses. E mandava excluir dos direitos políticos a todos os que não professassem a religião católica⁴⁸. Este deputado não via nenhuma violência ao retirar os direitos políticos aos que não fossem católicos, e cita como exemplo a impossibilidade de nomear para magistrado o indivíduo que não esteja licenciado, e não vê nisso violência alguma ou coação aos sentimentos religiosos de cada um. E faz referência de seu relativismo às populações autóctones do ultramar:

Vejo objetar contra isso, que nós já de fato temos nos Estados Ultramarinos cidadãos que são gentios, e que não devemos agora por esta clausula da Constituição excluí-los da nossa sociedade; porém não reconheço por cidadãos Portugueses os Tapuias bravios do Brasil, ou os gentios da Costa da África: temos quando muito uma certa dominação sobre os que estão aldeados, que só dura enquanto eles querem. E se se fala desta desgraçada gente deve ser só por nos lembrarmos de cuidar com todo o zelo em os catequizar, e tratar com toda humanidade. Só a religião pode abolir na Europa a escravatura, adoçar os costumes bárbaros do Norte, e melhorar os costumes corrompidos dos romanos: só ela, pregadas por ministros pios e zelosos, é quem tem podido tirar da barbárie os Tapuias e Africanos que se tem civilizado, e poderá civilizar o resto se nisso se puser o devido cuidado. Não é com a tolerância, mas só com o ensino da religião que os havemos de habilitar para serem cidadãos portugueses; porque só assim os podemos pôr em estado de civilização; sem o que não podem fazer parte de uma sociedade civil, em que haja ideias de justiça, amor da pátria, e obediência às leis⁴⁹.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Enquanto se propugnava por excluir aos portugueses que abandonassem a religião dos direitos políticos, os cidadãos portugueses não podiam ser expulsos do Reino senão em virtude de lei ou sentença criminal. Esta afirmação se pode encontrar em LOPES PRAÇA. *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*. Coimbra: Imprensa Literária, 1878, p. 158.

⁴⁹ DCGECNP. Sessão do dia 8 de agosto de 1821, p. 1821, Deputado Correa de Seabra.

Assim que deduzimos da intervenção do deputado que seu conceito de cidadania era bastante restringido para o ultramar, e passava também por processos civilizacionais que incluíam tanto a educação como a religião; esta enquanto meio último para adquirir a cidadania, fazendo parte da sociedade civil, imbuídos da ideia de justiça, de amor à pátria e obediência às leis como bem prescrevia o artigo 19 da Constituição vintista.

Então, nas acaloradas discussões, entre o deputado Abade de Medrões, que irritado com a proximidade das questões e extensões das intervenções, e seus colegas deputados, resolve sintetizar as questões na ordem do dia na Assembleia constituinte:

Pergunta-se em primeiro lugar, se os portugueses que não professarem a religião católica, devem gozar dos direitos dos cidadãos: em segundo lugar, se as nações estrangeiras se há de conceder a tolerância de culto, segundo as diferentes religiões: em quarto lugar (não disse a terceira), se é aqui lugar próprio para estabelecer este artigo: e ultimamente, se é melhor, suprimir inteiramente o artigo⁵⁰.

Conclui o referido deputado que ao consentir aos estrangeiros o culto de sua religião, é antes que nada, uma providência política e que pouco tem que ver com outras questões de ordem religiosa. E diz assim certamente pensando nos Tratados de 1810, que foram mencionados muitas vezes nas sessões das Cortes.

O Sr. Deputado Vaz Velho argumenta que está a favor de que no caso de troquem de religião, aos portugueses se lhes devem privar dos direitos políticos. Para ratificar seu posicionamento faz referência ao mandato concedido pela Nação no sentido de proteger à religião dominante⁵¹. Neste sentido vai manifestar-se o deputado Fernandes Thomaz, que levanta a questão de permitir aos portugueses a tolerância religiosa, e pensa que a questão não está suficientemente debatida para seguir para a aprovação. No que estava de acordo o bispo de Bejá. Em seguida o deputado Moura volta à carga dizendo que é contrário a privar dos direitos de cidadão aos portugueses que mudem de religião.

Também outro deputado, o Sr. Guerreiro, suscita algumas questões no sentido das discussões. Deste modo, se declara contrário a que se prive aos portugueses que abraçarem outra religião, que não seja a do Estado, de seus direitos políticos; o que considera um ataque à liberdade do cidadão proibir a mudança de religião. Admoesta a seus companheiros que é

⁵⁰ *Idem.* p. 1821, Deputado Sr. Abade de Medrões.

⁵¹ *Idem.* p. 1822, Deputado Vaz Velho.

necessário sancionar a liberdade de culto ainda que não seja o da religião dominante. E assim termina dizendo que:

Concluo daqui que é absolutamente necessário decidir-se esta questão; o interesse da sociedade, e o direito natural exigem que se estabeleça indistintamente a liberdade de exercício particular de qualquer culto religioso. O meio de estabelecer isto é muito fácil, pois basta tirar somente a palavra Estrangeiros; concebendo-se o artigo desta maneira: permite-se o exercício particular de qualquer outro culto religioso⁵².

Portanto, este deputado estava a favor da implantação da liberdade de consciência no Império português. Mas, nesta linha de discussão, o deputado Sousa Magalhães vai dizer que os redatores do artigo discutido não quiseram estabelecer a intolerância. Ademais, faz referência à concordata firmada entre a Santa Sé e Napoleão Bonaparte em 1801, e na qual, por ser interessante à França a boa convivência política com os protestantes, estes seriam tolerados, ainda que a religião católica permanecia como religião protegida da Nação. E era de opinião que o artigo devia passar tal qual se encontrava nas Bases da Constituição. De maneira que para os deputados, em sua maioria, se dava o entendimento de que os estrangeiros seriam alijados da cidadania por ter outra religião:

Que não se segue da disposição do parágrafo, nem se pode seguir, de modo nenhum, que seja necessário a um estrangeiro mudar de religião para obter carta de naturalização⁵³.

A isto contesta o deputado Guerrero:

É certo que em nenhuma parte do projeto da constituição se opõe obstáculo ao concedimento de semelhante carta; mas se em alguma das legislaturas eu fosse deputado, e um estrangeiro me pedisse carta de naturalização, eu não a podia conceder, tendo sido aprovado este parágrafo; e a razão é clara; porque estabelecendo-se que fica permitido aos estrangeiros o exercício particular de seus respectivos cultos, logo o contrário sensu está proibido aos cidadãos portugueses, por paridade da razão não deve ser permitido ou admitir-se qualquer no número de cidadãos portugueses sem professar a religião católica⁵⁴.

Para rebater as críticas sobre os impedimentos para que os estrangeiros conseguissem a carta de naturalização, o deputado Moura alude ao art. 22 da Constituição, onde figuravam os requisitos para que um estrangeiro alcançasse a naturalização no Império português.

O art. 22 diz que para se conceder carta de naturalização aos estrangeiros concorrerão três requisitos; nenhum deles é a religião; logo os mais artigos da

⁵² Idem. p. 1822-1823, Deputado Guerreiro.

⁵³ Idem. p. 1823, Deputado Moura.

⁵⁴ Idem. p. 1824, Deputado Guerreiro.

Constituição positivamente, claramente determina que só sejam os requisitos necessários, e não outros, para qualquer estrangeiro obter carta de naturalização⁵⁵.

O deputado Peixoto, era da opinião de que o artigo ficasse como estava. Mas, enquanto à questão de que se deve ou não perder os naturais portugueses a cidadania se abraçasse outra religião, ele via a conveniência e utilidade de atribuir aos estrangeiros a cidadania, ainda que de outros credos, porque já haviam nascido nestes mesmos credos, mas, esta conveniência e utilidade não passava com o natural do Império português, dado que seria um escândalo público:

Estão em muito diversas circunstancias os Portugueses que abandonam a religião de seus pais, porque são infalivelmente mal vistos dos seus compatriotas; pois que por um ato positivo romperão um vínculo sagrado, que não menos que o civil, os alcançava com os seus concidadãos. É esta a ordem natural das opiniões humanas, que as leis não podem, nem devem destruir⁵⁶.

E vendo o perigo de que se aprovasse a liberdade religiosa nas Cortes, ameaça o deputado sr. Abade Mendrões:

Toda nação se escandalizariam se nós permitíssemos a liberdade de consciência. Nós temos prometido manter a Religião Católica Apostólica Romana, e conserva-la ileso⁵⁷.

Complementa o mesmo deputado que causariam ainda mais escândalo o português que largando a sua religião pudesse entrar em um emprego público. E finaliza a discussão com a sugestão do deputado Soares Franco:

Parece-me que se deve neste artigo acrescentar a palavra e filhos; de sorte que se diga: permite-se com tudo aos estrangeiros e seus filhos. Dizendo e seus filhos⁵⁸, quando estes, querendo-se naturalizar-se, queiram conservar a religião de seus pais, o poderão fazer. Assim ficam tiradas todas as dúvidas⁵⁹.

⁵⁵ Idem. p. 1824, Deputado Moura.

⁵⁶ Idem. p. 1825, Deputado Peixoto.

⁵⁷ Idem. p. 1825, Deputado Abade Mendões.

⁵⁸ O registro civil foi um instrumento de prova da nacionalidade que nem todo português possuía, católicos ou não católicos. Somente em 1878, em Portugal, através do regulamento de 28 de novembro se criou um registro civil, somente para os não católicos. Ainda que o governo não mandou aplicar de imediato este regulamento no ultramar, dado que ali, em muitas províncias só havia sido instituído no século XX. COELHO, Manuel Trindade. *Manual político do Cidadão português*. Lisboa: Parceria A M. Pereira, 1906, p. 379 e ss.

⁵⁹ Idem. p. 1825, Deputado Soares Franco. Veja-se mais em RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Do direito português da nacionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 15-16.

Por mais sensata que parecesse a proposição do deputado, o artigo foi submetido à votação, por encontrar-se já bastante discutido, segundo o presidente das Cortes, e foi aprovado tal como estava proposto nas Bases da Constituição.

De tal artigo se abstrai a tolerância religiosa aos estrangeiros sem tratar dos pormenores espinhosos que viemos tratando. Por força dos Tratados de 1810 uma matização ao princípio da intolerância religiosa, imposto pelo modelo gaditano, espanhol, alcançou a Constituição de 1822. Embora aqueles tratados impusessem a liberdade de consciência ao governo e territórios do Império Luso, uma parte penal foi manejada como instrumento de contenção ao proselitismo no universo católico do Império. Se bem é verdade que o mesmo se dava, através do Princípio da reciprocidade dos tratados, no Império britânico, ou seja, em ambiente protestante.

CONCLUSÃO

Há que se ressaltar em toda esta discussão que aos estrangeiros se lhes permitia, depois de conseguida a carta de naturalização, votar nas eleições primárias, mas estava vetado a que estes pudessem apresentarem-se para deputados, por exemplo. Entendia-se assim que o português que adotasse outra religião perderia seus direitos políticos de cidadão⁶⁰. Portanto, todos os outros naturais do Império eram potencialmente cidadãos, desde que abraçassem a fé católica, ainda que isso não estivesse explícito no texto constitucional, se depreende da leitura do art. 19 onde se estabelecia a obrigação, como um dos deveres dos cidadãos portugueses, de professar a religião católica. No texto final da Constituição de 1822, aos estrangeiros estava garantida a liberdade religiosa, como já prescrevia o Tratado de 1810, no entanto, não ficou muito bem claro si este ao obter a cidadania portuguesa devesse abdicar de sua religião, ou os filhos destes nascidos no Império português, mas educados na religião protestante. O Tratado de 1810 vigorou até a dissolução do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e muito mais além, posto que foi incorporado na década de 1820 ao ordenamento do Brasil independente. Como pudemos constatar, os dispositivos penais previstos no âmbito do Tratado e no âmbito de um Estado confessional tiveram matizes ideologizados – econômicos se se preferir – introduzidos para que o fator não fosse absoluto. Mesmo no ambiente da Assembleia Constituinte, o Parlamento vai discutir a imposição de um dispositivo penal no texto da

⁶⁰ Para ampliar mais estas discussões leiam-se em SILVA, Cristina Nogueira da. *op. cit.*, p. 45 e ss.



Constituição, que previa que o português que abandonasse a religião oficial do estado seria punido com a perda da cidadania. O Tratado traz um elenco de normas que disciplinam a vida social e suas interações com o ambiente social católico, como também normas penais para coibir determinadas atitudes proselitistas, por exemplo. Houve vozes no Parlamento pedindo, por conveniência, a liberdade de consciência, e em parte foram acatadas quando se permite aos estrangeiros a liberdade de culto no império, ademais, porque já havia antes sido permitido através dos referidos tratados que assina o governo português com a Grã-Bretanha.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Carta de lei de 26 de Fevereiro de 1810*. Ratifica o Tratado de Amizade e Aliança entre o Príncipe Regente de Portugal e El Rey do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1810.

_____. *Carta lei de 26 de fevereiro de 1810*. Ratifica o Tratado de Comercio e Navegação entre o Príncipe Regente de Portugal e El Rey do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1810.

393

CASTRO, Zília Osório de. *Cultura e Política*. Manuel Borges Carneiro e o Vintismo. v. II. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, Universidade Nova de Lisboa, 1990.

CATROGA, Fernando. Em nome da Nação. In: CATROGA, F.; ALMEIDA, Pedro Tavares de (Cords.). *Res Pública: Cidadania e representação política em Portugal, 1820-1826*. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, Assembleia da República, 2010.

_____. *Entre deuses e césores*. Secularização, laicidade e religião civil. 2ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

COELHO, Manuel Trindade. *Manual político do Cidadão portuguez*. Lisboa: Parceria A M. Pereira, 1906.

FRANÇA. ASSEMBLEIA NACIONAL. *Declaration de Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: 1789.

FANTASIAS Constitucionaes, seguidas por algumas reflexões, da Razão, e da Experiência. Publicadas por um Lusitano Filantropo. Lisboa: Imprensa Nacional, com licença da Comissão de Censura, 1821.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portugueza decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821. Paris: Rey E. Gravier, 1837. In: HESPANHA, A. M.; SILVA, Cristina Nogueira da (dir.). *Fontes para a história constitucional portuguesa*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Sítio da Biblioteca Nacional, 2004.

_____. *Projeto de Código Político para a Nação Portugueza*. Ministro de Estado honorário, sócio da Academia das Sciencias de Lisboa e correspondente do Instituto de França. Paris: Casa de Rey; Gravier; de J. P. Aillaud, 1838.

HESPANHA, Antônio Manuel. A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, Joao; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos trópicos*. A dinâmica imperial portuguesa (Séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. *Guiando a mão invisível*. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004.

LOPES PRAÇA. *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*. Coimbra: Imprensa Literária, 1878.

RAMINELLI, Ronald. Império da fé: Ensaio sobre os portugueses no Congo, Brasil e Japão. In: FRAGOSO, Joao; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos trópicos*. A dinâmica imperial portuguesa (Séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Do direito português da nacionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

SANTOS, Catarina Madeira. *Um governo “polido” para Angola, reconfigurar dispositivos de domínio (1750-c. 1800)*. Lisboa: Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas), 2005.



SILVA, Cristina Nogueira da. *A cidadania nos Trópicos. O Ultramar no constitucionalismo monárquico português (c. 1820-1880)*. Lisboa: Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Direito), 2004.

_____. Liberdade e tolerância religiosa: “portugueses não católicos” no ultramar do século XIX. *Historia Constitucional*. n. 8, 2007. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/08/index.html>>. Acessado em: 5 de Jan. 2016.

SOBRAL, José Manuel. *O Norte, o Sul, a raça, a nação - representações da identidade nacional portuguesa (séculos XIX-XX)*. v. XXXIX, nº 171. Lisboa: em Análise Social, 2004.

REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVES. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: I. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1821.

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: II. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1821.

395

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: III. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1821.

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: IV. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1821.

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: V. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1822.

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: VI. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1822.

_____. *Diário das Cortes Gerais, Extraordinária e Constituintes da Nação Portuguesa*. Segundo Anno da Legislatura. Tomo: VII. Lisboa: Na Imprensa Nacional, 1822.

Submissão: 18/01/2016
 Aceito para Publicação: 26/03/2016

