

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 3 | Número 5 | Julho/Dezembro 2011

# ABDCONST

## ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Pidese canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 3, n.5 (jul./dez. 2011) - Curitiba: 2012  
Publicação semestral  
ISSN 2177-8256  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

### Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E  
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA  
DA ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos Pinto**

Graduado em Direito pela UNESP, Mestrando pela UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

### **António José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Doutor em Direito pela UFPR

### **Fábio Nusdeo**

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

### **Marco Aurélio Marrafon**

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcos Augusto Maliska**

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

**Marcus Firmino Santiago**

Professor no Instituto Brasileiro de Direito Público e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

**Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

**Ricardo Lobo Torres**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

**Editoração**

**Karla Knihs**

**Pareceristas deste número da Revista do ABDConst**

**Abraão Soares Dias dos Santos  
Gracco**

**Alexandre Gustavo Melo Franco  
Bahia**

**Alexandre Morais da Rosa**

**Alvaro Borges de Oliveira**

**Angela Issa Haonat**

**Ângela Maria Cavalcanti  
Ramalho**

**Antonio Gomes Moreira Maués**

**Claudio Gonçalves Munhoz**

**Eduardo Biacchi Gomes**

**Eliana Franco Neme**

**Eloi Martins Senhoras**

**Emerson Gabardo**

**Eroulths Cortiano Júnior**

**Everton das Neves Gonçalves**

**Fabianne Manhães Maciel**

**Fabício Ricardo de Limas  
Tomio**

**Jacqueline de Souza Gomes**

**Janaína Machado Sturza**

**Jean Carlos Dias**

**José Carlos Buzanello**

**José Renato Martins**

**Julio Pinheiro Faro**

**Jussara Maria Leal de Meirelles**

**Lucas Abreu Barroso**

**Lucas Catib De Laurentiis**

**Luciene Dal Ri**

**Maraluce Maria Custodio**

**Marcelo Lamy**

**Marco Aurélio Marrafon**

**Marcos Augusto Maliska**

**Marcos Catalan**

**Marcus Firmino Santiago**

**Mário Ferreira Neto**

**Martinho Martins Botelho**

**Micheli Pereira**

**Monica Bonetti Couto**

**Mônica Helena Harrich Silva  
Goulart**

**Ricardo Aronne**

**Sandra Sereide Ferreira da Silva**

**Túlio Lima Vianna**

**Valéria Silva Galdino Cardin**

**Vladmir Oliveira da Silveira**

# EDITORIAL

Constituição, Economia e Desenvolvimento, o título e temática da Revista da ABDConst denota o novo compromisso científico da pesquisa em Direito Constitucional com as coordenadas materiais do desenvolvimento e a economia nacionais.

Em épocas que o progresso mundial é marcadamente atribuído ao desenvolvimento econômico de países antes tido como periféricos, os nortes jurídico-políticos adotados por nosso país são pauta de discussão internacional.

Aqui se faz necessária uma ampla releitura de nossas bases e fundamentos teóricos, seja à luz do pensamento nacional, seja reavaliando movimentos estrangeiros.

Neste sentido, o quinto volume da Revista do ABDConst traz consigo uma profunda discussão do movimento *Law and Economics*, em sua perspectiva teórica e histórica. Destaca-se o artigo de Ugo Mattei, inédito no país, criticando aquele movimento internacional. Este trabalho traz importante perspectiva crítica para o pensamento jurídico pautado na eficiência e denota uma preocupação da Revista em contrastar as várias teorias e movimentos jurídicos, contribuindo para um debate acadêmico fecundo e profundo.

Além disto, seguem-se importantíssimos trabalhos que versam sobre direitos fundamentais e a dinâmica constitucional contemporânea. Aqui destaca-se artigo sobre o trabalho escravo, de Saldanha, Brum e Mello. Seguem-se importantes estudos sobre políticas públicas de saúde, capitalização de juros, sustentabilidade, investigação criminal, e justiça constitucional, democracia e concretização dos Direitos Fundamentais, proteção da concorrência, orçamento participativo e saúde pública e tutela constitucional dos bancos genéticos.

Com este panorama de estudo a Revista do ABDConst aposta na releitura dos fundamentos de nosso Direito Constitucional para a efetivação de uma teoria

constitucional que oriente, explicita e sirva como inspiração para o desenvolvimento nacional em bases democráticas, igualitárias e atinentes aos Direitos Fundamentais.

**Ilton Norberto Robl Filho**

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

**Rafael dos Santos Pinto**

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

# SUMÁRIO

## **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS FOR THE PROTECTION OF COMPETITION IN  
BRAZIL

*Pedro Luciano Evangelista Ferreira* .....227

## **A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

DEMOCRATIC LEGITIMATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE  
CONCRETION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Daniel Barile da Silveira / Elton Johnny Petini* .....251

## **A CONSTITUIÇÃO E A SUPRALEGALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAUSAS, JURIDICIDADE E CONSEQUÊNCIAS**

CONSTITUTION AND THE SUPRA-LEGALITY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS  
TREATIES IN BRAZIL: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CAUSES, LEGALITY AND  
CONSEQUENCES

*Robert de Alcântara Araripe Seabra / Clarissa Fonseca Maia / Mario Henryke  
Guerrero Palacios* .....274

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: PARTICIPAÇÃO POPULAR RUMO À JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

HEALTH PUBLIC POLICIES AND PARTICIPATIVE BUDGET: POPULAR PARTICIPATION  
ON COURSE TO A DISTRIBUTIVE JUSTICE

*Bethânia Pires Amaro* .....303

## **LIMITES E POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS À CRIAÇÃO DO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL**

CONSTITUTIONAL LIMITS AND POSSIBILITIES TO THE CREATION OF A GENETIC  
PROFILE DATA-BASE FOR CRIMINAL INVESTIGATION

*Carolina Grant* .....329

## **DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE: A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

SUSTAINABILITY CHALLENGES: A NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

*Giselle Marques de Araujo* .....360

**O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DE DIREITOS: A ANÁLISE DA  
COERÊNCIA SISTÊMICA ENTRE A RACIONALIDADE ECONÔMICA E A  
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO EUROPEU**

THE PRINCIPLE OF INDIVISIBILITY OF RIGHTS: AN ANALYSIS OF SYSTEMIC  
COHERENCE BETWEEN ECONOMIC RATIONALITY AND THE PROTECTION OF  
HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN CONTEXT

*Luís Felipe Bicalho* .....381

**CAPITALIZAÇÃO DE JUROS: UMA ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS?**

INTEREST ACCUMULATION: AN ABUSE IN CONTRACTS?

*Giovani Frazão Della Villa* .....401

**O TRABALHO ESCRAVO E A(S) IDEOLOGIA(S) DOS DIREITOS  
HUMANOS E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM DESAFIO À  
FEIÇÃO SUBSTANCIAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

SLAVE LABOR AND THE IDEOLOGIES OF HUMAN RIGHTS AND THE SOCIAL  
FUNCTION OF PROPERTY: A CHALLENGE TO THE SUBSTANTIAL FACET OF THE 1988  
CONSTITUTION

*Jânia Maria Lopes Saldanha / Márcio Morais Brum / Rafaela da Cruz Mello*..425

**A ASCENSÃO E QUEDA DO LAW AND ECONOMICS: UM ENSAIO PARA  
O JUIZ GUIDO CALABRESI**

THE RISE AND FALL OF LAW AND ECONOMICS: AN ESSAY FOR JUDGE GUIDO  
CALABRESI

*Ugo Mattei / Tradução de Rafael dos Santos Pinto* .....441

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS** .....476



# FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL<sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS FOR THE PROTECTION OF COMPETITION IN BRAZIL

*Pedro Luciano Evangelista Ferreira<sup>2</sup>*

## Resumo

A Ordem Econômica é tão vital para o desenvolvimento e funcionamento da sociedade quanto a concorrência é elemento essencial para a existência de uma Ordem Econômica fundada no capitalismo como é o caso da sociedade brasileira. Atento a este aspecto o presente estudo irá pontear alguns aspectos da proteção constitucional da concorrência com especial ênfase à concorrência desleal. Inicialmente importa destacar a importância da concorrência e definir o que caracteriza a concorrência desleal para só então avaliar o histórico do tratamento constitucional dedicado ao assunto. Por fim, serão tecidas algumas considerações a respeito dos instrumentos de repressão à concorrência desleal no Direito Brasileiro.

**Palavras-chave:** Ordem econômica; Proteção à concorrência; Concorrência desleal; Direito penal econômico.

## Abstract

The economic order is as important for the development and functioning of a society as a free market is essential for the existence of a capitalist economic order like the Brazilian one. Paying attention to this assumption, this study will discuss some aspects of the constitutional protection of free market, specially emphasizing unfair competition. Firstly, it is important to stress the importance of a free market and to establish what exactly unfair competition signifies and, secondly, to evaluate the historic evolution of the constitutional dispositions regarding the topic. Finally, some considerations will be developed regarding legal tools for repression of unfair competition in Brazilian Law.

**Keywords:** Economic order; Free market protection; Unfair competition; Economic Criminal Law.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 03/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Advogado e professor de Direito Penal. Mestre em Criminologia e Direito Penal pela UCAM/RJ. E-mail: <evangelistaferreira@hotmail.com>



## 1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A intrincada gama de relações a que corresponde a chamada Ordem Econômica possui vital importância não só ao desenvolvimento, mas também, ao próprio funcionamento da sociedade moderna. Própria da natureza dinâmica destas relações em um sistema econômico livre é a luta entre vários produtores e comerciantes visando introduzir e vender seus respectivos serviços e mercadorias, não obstante a existência concomitante de outros artigos ou serviços similares. Este embate derivado da coexistência de vários agentes econômicos é denominado “concorrência”, termo derivativo do latim “*concurrentia*”, de “*concurrere*”, que significa *disputar, competir, porfiar, emular*. (BUENO, 1983, p. 284)

Ocorre que a concorrência constitui um elemento benéfico à Ordem Econômica haja vista ser indispensável ao bom funcionamento dos mercados, ser responsável pelo nivelamento de preços, pelo controle dos lucros e pela racionalização das formas de produção.

Porém, até o advento da Revolução Francesa ocorrida em 1791, o vocábulo “concorrência” não vai possuir a mesma importância e significação que possui nos dias atuais, pois o desempenho de grande parte das profissões estava rigorosamente regulado pelas diversas corporações, o trabalho dos artesões estava regulamentado por suas próprias associações e as poucas indústrias existentes eram controladas por verdadeiros monopólios. Somente depois de referido marco histórico é que ocorreu o surgimento de um lento e reduzido processo de competição, inicialmente verificado apenas entre cidades e regiões.

Só em meados da última metade do século XVIII, com a Revolução Industrial – considerada o ponto inicial do processo embriogênico do capitalismo moderno – tem-se uma modificação no panorama até então vislumbrado. Com o aparecimento desta nova forma econômica a situação mundial sofreu uma sucessão sistemática de mudanças que implicaram em uma variada gama de consequências estruturais, especialmente sobre o processo competitivo, que então passou a ser cada vez mais acirrado, dinâmico e abrangente.



Por conseguinte a concorrência cada vez mais se afastou do conceito de combate desportivo (*fair play*) e o mundo dos negócios passou a ser identificado como uma verdadeira selva em que a luta tornou-se uma constante. O reflexo de ideais capitalistas e individualistas no campo da concorrência mercantil deu azo ao surgimento de abusos e da utilização de variegados artifícios desleais na crescente busca por lucros extraordinários não raras vezes conseguidos pela infida subjugação dos demais concorrentes, tornando cada vez mais necessária e indispensável a intervenção estatal para a proteção e limitação jurídica da *liberdade de competir*, especialmente quando os integrantes da disputa – salutar e congênita a própria concorrência – fazem uso de práticas comerciais e industriais desonestas para a realização de seus intentos, atos estes que inserem-se no conceito de “concorrência desleal”.

Pelo importante papel que a concorrência possui dentro de uma sociedade pautada pelo capitalismo, o surgimento de vários atos perniciosos à fisiologia da concorrência chamou a atenção de economistas, políticos e juristas, atribuindo-se especial importância, necessidade e utilidade ao estudo destes atos, destacando-se dentre eles os atos de concorrência desleal. Proudhon citado por Emile James (1959, p. 146), já no século XIX declarava que “para que seja mantida a concorrência é necessário, por vezes, que o Estado intervenha para amparar os concorrentes mais fracos e impedir o seu desaparecimento”.

São várias as formas de prejudicar a concorrência podendo-se destacar a manipulação e o controle do processo de formação de preços, o controle da oferta ou da procura de bens, serviços ou de matéria-prima, a concentração desmedida de poder econômico e o abuso no exercício deste, com o intuito de destruir, eliminar ou incorporar os concorrentes mais fracos, como geralmente ocorre com a formação de trustes, cartéis, monopsonios, etc.

Outra forma de agressão ao bom funcionamento da disputa concorrencial é a concorrência desleal<sup>3</sup>, representada pelo conjunto de atos desonestos que buscam vantagens ilícitas por meio do ataque frontal ao estado normal da função lucrativa e

<sup>3</sup> Nota do autor: “*Concurrence déloyale*” no idioma francês, “*concorrenza sleale*” no idioma italiano, ou ainda, “*unfair competition*” no idioma inglês.



produtiva de estabelecimentos comerciais e industriais, subjungando e vitimizandoo, direta e indiretamente os demais concorrentes, o que pode também ocorrer pela desestabilização de sua clientela.

Alguns atos desonestos são tipificados em lei penal passando a ser chamados de “*crimes de concorrência desleal*” (figura delitiva tipificada). Sua previsão está voltada para a salvaguarda da liberdade de iniciativa e de concorrência cujo bem jurídico protegido possui natureza imaterial ou incorpórea porquanto é representado pela combinação de fatores de produção resultante da vontade livre do empresário no exercício de sua atividade criadora e do seu poder de iniciativa para materializar o seu intento (*animus*) em coordenadas espaço-temporais determinadas formando um todo objetivo composto pelo estabelecimento comercial ou industrial (*corpus*), seus sinais distintivos, invenções, etc.

Assim como os mercados também a concorrência tem ocupado papel preponderante dentro das sociedades em decorrência da própria pluralidade de agentes econômicos, sendo então considerada a grande lei sob a qual se realiza a produção e a troca; a relação que se estabelece entre indivíduos que aspiram as mesmas vantagens e porfiam em obtê-las.

Vale lembrar que em um momento inicial, a atuação destes agentes econômicos não era livre, mas ao contrário, estava sob rígido controle das corporações de ofício, das guildas e de outras agremiações medievais que atuavam segundo o regime de privilégios e monopólios. Assim, o problema da concorrência era disciplinado em momento anterior ao exercício da atividade econômica, no exato tempo em que os candidatos ao exercício de certa atividade econômica requeriam sua matrícula nas respectivas Corporações de Ofício, ocasião em que certamente haviam de ocorrer protecionismos marcados por critérios político-pessoais em detrimento de critérios objetivos para a regulamentação destas atividades.

Após a Revolução Francesa, com o liberalismo econômico, a revolução industrial, a evolução dos meios de transporte e o advento das primeiras formas de publicidade, a disciplina da concorrência apresentou-se como um problema jurídico a espera de solução uma vez que, proclamada a liberdade de ofício, trabalho ou profissão, começaram a surgir vários excessos e abusos por força do regime individualista em que para viver e prosperar o indivíduo não raras vezes procura



suplantar seus semelhantes. Vê-se, portanto, que as leis de conquista do mercado regem-se pelas “*leis do jângal*”: uma luta constante com a vitória daqueles que possuem maior aptidão, força, astúcia.

Em se tratando da concorrência, é forçoso repetir que decorre da própria natureza humana a necessidade de constante evolução e superação das próprias marcas individuais, bem como a superação dos demais concorrentes pelo esforço em atrair a atenção do mercado consumidor para as qualidades e vantagens do produto ou serviço que é ofertado em detrimento dos demais concorrentes, o que é extremamente válido para a coletividade sempre beneficiada pela oferta de uma variedade de produtos e serviços, desde que não sejam utilizados meios reprováveis e desleais por serem contrários às boas normas de concorrência quando então se pratica a “concorrência desleal”. A grande dificuldade da matéria está justamente em diferenciar a concorrência lícita da ilícita, eis que existe uma zona cinzenta que está a oscilar entre as mesmas.

## 2 DEFINIÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

A expressão “concorrência desleal” surgiu na França (*concurrence déloyale*) e foi consagrada pela maioria dos países e suas respectivas legislações surgindo os termos “*concorrenza sleale*” na Itália, “*unfair competition*” na língua inglesa e “*unlauterer wettbewerb*” para o idioma tedesco (DOMINGUES, 1984, p. 110). O termo “desleal” é sinônimo de “falso, infido, infiel, traidor, traiçoeiro”; ocorre que a conceituação da concorrência desleal não é tão difícil quanto a precisa demarcação das variadas formas pelas quais a mesma pode se manifestar, uma vez que a perfídia humana pode valer-se de diversos subterfúgios dependendo muito da ocasião em que se manifesta e dos meios utilizados.

A livre concorrência, assim como toda a liberdade, não é ilimitada (SOARES, 1989, p. 249), mas possui a sua esfera de legítima atuação estabelecida pela coexistência de outros agentes econômicos dotados de igual liberdade, limitação esta que é assegurada pela Ordem Constitucional e estabelecida em legislação específica. Quando estes limites são ultrapassados pela utilização de meios torpes com o fito de angariar vantagens indevidas econômicas de recursos alheios tem-se



presente a “concorrência desleal”, do que resta evidenciado com hialina clareza que no exercício da atividade destinada a reduzir ou eliminar a influência do concorrente no mercado não é permitida a utilização de todos os meios que possam servir a esse fim. Ascarelli (1960, p. 177) observa que a disciplina da concorrência não será completa sem a disciplina das modalidades de concorrência (leal e desleal), de modo que determinados atos de concorrência são punidos não porque são de concorrência, mas porque são desleais.

Preocupados em limitar a liberdade econômica, políticos, juristas e economistas se debruçaram sobre a questão buscando disciplinar a concorrência. Fez-se então necessária a imposição de “*regras ao jogo*” com a diferenciação entre as formas aceitas para a atração da clientela das não aceitas e a definição dos meios contrários ao uso comercial porque lesivos aos direitos de terceiros em razão dos expedientes utilizados, transfigurando a concorrência em “concorrência desleal”. Ocorre que alguns destes expedientes possuem acentuado potencial lesivo de modo que, por força do Princípio da Legalidade, são tipificados em norma penal, configurando a concorrência desleal criminosa ou os “*crimes de concorrência desleal*”.

Paralelamente ao combate dos atos de concorrência desleal, que ocorre no âmbito individual e são reprimidos pela esfera cível e penal, surge a repressão ao “abuso de poder econômico”, representado na formação dos *holdings*, *trusts* e cartéis e disciplinada pela legislação *antitruste*, ultrapassando o âmbito do presente estudo. Não obstante a absoluta necessidade destas duas formas de proteção da concorrência, elas não podem ser confundidas. A proporção da repressão ao abuso de poder econômico é muito mais ampla, uma vez que se destina a restabelecer a própria estrutura do mercado, ao contrário da repressão à concorrência desleal, que trata da proteção de um concorrente individual.

As definições do que seja a “concorrência desleal” oferecem certas dificuldades por utilizarem termos que variam de acordo com o grau de sensibilidade e moralidade de cada pessoa como “honestidade”, “moral”, “lealdade”, “boa-fé” ou “bons costumes”, de modo que o que é desleal para um pode não ser para outros, principalmente se for considerado o pluralismo ideológico-cultural das sociedades contemporâneas e o forte individualismo que é exaltado pelo ideário capitalista. Não



obstante isso Thomas Leonardos (1941, p. 06) opina ser a concorrência desleal “uma expressão que se define por si mesma e portanto sua interpretação emana do mero sentido gramatical”.

Ocorre que certas manifestações doutrinárias primam por destacar os meios utilizados, enquanto que outras se preocupam mais com os fins da concorrência desleal sem definir a natureza de seus atos, sendo, contudo, necessário ir além de simplistas concepções que pouco mais logram que afirmar que a concorrência desleal é “a concorrência que não deve ser feita”, ou o que é igualmente vago e impreciso, que “a concorrência é desleal... quando não é leal”. (LIMA, 1910, p. 22)

Surgem algumas definições mais adequadas para a concorrência desleal como a utilização de meios incorretos com o fito de modificar a normal relação de competição, a utilização de “truques sujos” (*dirty tricks*) como quer Delmanto (1975, p. 12), ou a utilização da força econômica de outrem, para a captação indevida de sua clientela sem esforço, na visão de Carlos Alberto Bittar (1989, p. 37). Outros buscam defini-la como “uma forma patológica da concorrência ‘tout court’, ou seja, um ilícito surgido de uma atividade lícita” (DOMINGUES, 1984, p. 110), representada por “atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos” (CERQUEIRA, 1956, p. 366), ou como observa Pontes de Miranda (1983, p. 278) com habitual destreza:

... todo o ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, ou somente gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende a de outrem, no plano da livre concorrência.

Hermano Duval (1975, p. 126) observa que o legislador, seguindo o exemplo italiano, não definiu o que entende por concorrência desleal, limitando-se a elencar a linha dos atos de concorrência desleal utilizando o critério da casuística que, nada obstante jamais seja capaz de abarcar todo o seu conteúdo, tem dupla função prática: 1) Esclarecer o Ministério Público e Advogados; 2) limitar arbítrio judicial. Atento à Convenção de Paris o referido jurista oferece um conceito ético de



concorrência desleal como sendo “a agressão à atividade do concorrente em violação aos preceitos éticos da correção profissional”.

Poderiam ser apresentadas várias outras definições de concorrência desleal que pouco diferem entre si, porquanto ainda que os meios pelos quais a concorrência desleal se manifesta possam variar até o infinito, o fim é um só, qual seja, o de apropriar-se indevidamente de clientela alheia<sup>4</sup>.

### 3 ILÍCITOS CONCORRENCIAIS: DISCUSSÃO TERMINOLÓGICA E SUA DIFERENCIAÇÃO

Existem críticas à utilização do termo “concorrência desleal” uma vez que ela inicialmente estaria a exigir como pressuposto de sua configuração a presença de um elemento subjetivo de dolo ou fraude praticado por um empresário no embate concorrencial, enquanto que o direito positivo atual prende-se a aspectos objetivos. A nova denominação proposta é “concorrência ilícita extracontratual”, que se liga apenas a critérios objetivos e revela que a ilicitude não decorre de contrato, mas o entendimento predominante opta pela desnecessidade da criação de um novo *nomem iuris* porquanto “concorrência desleal” é uma expressão amplamente acolhida e consolidada na doutrina e legislação da grande maioria dos países, bastando para o perfeito deslinde da questão observar que atualmente o conceito subjetivo não é acolhido em sua extensão original. (DOMINGUES, 1984, p. 111)

Importa de igual modo realizar algumas distinções importantes que favorecem a precisa conceituação do que seja a concorrência desleal. Inicialmente vale diferenciar a concorrência desleal da concorrência *interdita* ou *não permitida*.

Na concorrência desleal, o empresário está autorizado por lei a concorrer, mas o faz de maneira desleal e ardilosa pela utilização de meios reprováveis para auferir vantagens indevidas à custa de esforços alheios, há o abuso do direito de concorrer, enquanto que na concorrência interdita ocorre o exercício de atividade econômica com inobservância às exigências formuladas pelo Direito para o seu

<sup>4</sup> Veja ASCARELLI, Tullio. *op. cit.* p. 179. No mesmo sentido: Di GUGLIELMO, Pascual. La concurrencia desleal. *In: Tratado de Derecho Penal Especial*. Dirigido por Enrique R. Aftalion. Tomo I, Libro VI. Buenos Aires: La Ley, 1969. p. 724.



exercício, havendo inexistência do direito de concorrer. A concorrência interdita pode ainda se dividir em *ilegal* e *anticontratual*, consoante as restrições resultem de diploma legal ou de instrumento contratual, respectivamente.

Também cumpre mencionar certa separação existente na doutrina quanto à utilização dos termos *concorrência ilícita* e *concorrência desleal*, o que atende mais a fins teóricos que práticos. Determinada parcela da doutrina abraça o entendimento de que a concorrência desleal é praticada com má-fé ou intenção fraudulenta, enquanto que a concorrência ilícita caracteriza-se pela ação negligente ou imprudente (Pouillet, Allart, Chenevard, Bry e Savatier) não obstante a opinião daqueles que utilizam as expressões concorrência desleal e concorrência ilícita como sinônimas (Gama Cerqueira, Pontes de Miranda, Ramella, Pichot, Bosio e Roubier). (CERQUEIRA, 1946, p. 371-374)

Hermano Duval entende que a concorrência desleal seria aquela definida em lei como tal enquanto que a concorrência ilícita compreenderia aqueles atos praticados no âmbito da concorrência tendentes a causar prejuízo ao concorrente pela captação indevida de clientela alheia, mas que não se enquadrariam nas definições jurídico-penais, sendo tratados pelo direito civil (conferindo o direito a perdas e danos em ressarcimento aos prejuízos causados), a exemplo do que ocorria na sistemática adotada pelo Código de Propriedade Industrial (parágrafo único do art. 178 do Decreto-lei nº 7.903, de 27.08.1945)<sup>5</sup>.

Partindo do pressuposto de que ilícito é todo ato proibido por lei e contrário ao ordenamento jurídico, enquanto que desleal é o ato reprovável porque contrário aos usos e costumes empresariais honestos sem, contudo, ficar estabelecido que a lei o proíbe, haverá distinção entre os atos de: a) concorrência ilícita; b) atos de concorrência limitada por negócios jurídicos, considerados relativamente ilícitos; c) a concorrência desleal prevista na Lei nº 9.279 de 14.05.1996 que revogou expressamente os arts. 169 *usque* 189 do Decreto-lei 7.903 de 27.08.1945, dando nova redação ao art. 196 do CP.

<sup>5</sup> Nota do Autor: Para tanto, basta conferir o índice de sua recomendável obra supracitada.



Pois bem, com relação aos atos previstos na Lei n.º 9.279/96 pode-se observar que quando o legislador procurou coibir certas armas e meios reprováveis buscou-se uma característica inerente a estes atos: a deslealdade, termo insuficiente para englobar todas as formas. Atento a esta situação Pontes de Miranda (1977, p.127) apresenta uma linha de raciocínio que a seu ver resolve a presente questão terminológica, pois quando se elencou em norma penal algumas espécies de atos, “... como que desapareceu a alusão à característica. A concorrência desleal fez-se ilícita”.

É válido, além disso, notar a categorização da concorrência desleal em: *específica* e *genérica*. A concorrência desleal específica é representada pelos atos que a lei considera como crimes, mas que estão protegidos pelas leis especiais de proteção de privilégios de invenções, modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais, marcas e nome comercial, elementos estes protegidos pelo regime da propriedade industrial, mas que também alteram a relação concorrencial. Já a concorrência desleal genérica é representada pelos demais atos que não estão inseridos nestas leis e são tratados – de maneira cumulativa ou alternada – pelo direito penal (mediante prévio processo de tipificação, constituindo os crimes de concorrência desleal) e pelo direito civil (gerando obrigação de indenizar o prejuízo decorrente). (CERQUEIRA, 1946, p. 371)

#### 4 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Já com relação às espécies de atos de concorrência desleal em sua ampla acepção, vale destacar o surgimento de várias classificações doutrinárias que variam de acordo com o critério utilizado por cada autor. D’Ávila Lima (1910, p. 17-18) aponta algumas delas como as formuladas por Blanc, Mayer e Waelbroeck que agrupam os atos de concorrência desleal conforme seu objeto: marcas, nomes, emblemas, etc.; por Allart e Darras que dividem em: a) fatos provocadores de confusão entre estabelecimentos, b) fatos provocadores de confusão entre mercadorias, c) fatos causadores de desvio de clientela, d) fatos de concorrência atentatórios de contratos realizados; por Émile Bert que divide apenas em fatos causadores de confusão entre estabelecimentos e produtos; e por Thaller que classifica os atos em: a) atos cujo objetivo é provocar o descrédito do concorrente ou



de sua mercadoria por meio de falsas declarações como o fim de lhe usurpar a clientela (*actio injuriarum*), b) atos hipócritas com o fim de confundir os dois estabelecimentos, empregando um concorrente os meios atrativos da clientela alheia.

Ainda que várias classificações tenham sido encontradas – sem significativa variação, diga-se de passagem – a classificação que será adotada no presente estudo é de autoria de Gama Cerqueira e – sem prejuízo das demais classificações – foi escolhida por melhor se adequar à legislação brasileira, qual seja: a) meios de causar confusão entre estabelecimentos, produtos ou serviços; b) meios de prejudicar a reputação do concorrente (denegrimiento); c) aliciamento e suborno de empregados; d) violação, divulgação ou exploração de segredos; e) violação de contratos.

a) meios de causar confusão entre estabelecimentos, produtos e serviços: ambicionando vantagens econômicas à custa do esforço alheio, o concorrente desleal pode fazer uso de atos capazes de confundir o mercado consumidor em sua relação de identificação. Por meio da confusão de seus produtos, estabelecimentos ou serviços o concorrente desleal busca assemelhar-se ao concorrente para colher os frutos da capacidade deste. O elemento comum destes atos é a sua capacidade para causar engano à clientela alheia, sendo atualmente destacado o papel preponderante da publicidade que pode ser utilizada de forma mendaz ou enganosa chegando inclusive a ocultar ou alterar elementos da publicidade alheia. Com relação à criação plagiada (elemento distintivo do estabelecimento, dos produtos ou serviços) vale esclarecer que deve ser uma criação que esteja sendo utilizada pelo seu titular desde período anterior, em atendimento e observância a teoria do pré-uso necessariamente aplicável à questão.

Com relação à confusão entre estabelecimentos destaca-se a utilização de nome ou de insígnia iguais ou semelhantes ao do concorrente de modo a iludir o público sendo de igual modo possível a utilização de pseudônimos, alcunhas ou outras formas pelas quais o concorrente possa vir a ser conhecido e identificado. Também cumpre observar a deslealdade do concorrente que busca assemelhar a disposição externa de seu estabelecimento com estabelecimento de terceiro concorrente e para tanto imita as suas peculiaridades arquitetônicas, vitrinas, suas



cores características, formato e cores das placas ou outros elementos identificadores além de quaisquer outras características externas dotadas de individualidade própria desde que sejam capazes de identificar o estabelecimento. *Exempli gratia*, não é por que certo estabelecimento comercial foi pintado da cor branca ou que possui estampado em sua fachada o desenho de um livro (em se tratando de uma livraria) que os seus demais concorrentes deverão se abster desta cor ou desenho. Devem os mesmos agir com certa originalidade, ou melhor, com aptidão para distinguir seu estabelecimento dos demais concorrentes pela variação de um ou mais fatores de identificação (disposição de símbolos, desenhos, cores, grafismo, etc.). A configuração da concorrência desleal exige uma ação mais contundente que realmente possa causar engano e confusão entre os estabelecimentos. Também são passíveis de serem imitados os anúncios, reclamos, catálogos, folhetos publicitários, circulares, prospectos, uniformes, sinais típicos externos de veículos da empresa ou quaisquer outros meios de propaganda e identificação, especialmente diversos e amplos nos dias atuais.

Na concretude dos atos do concorrente desleal deve ficar evidenciada a capacidade para causar engano, não sendo suficiente a verificação de distante semelhança. Da mesma forma deve ser destacada a individualidade própria do elemento do estabelecimento do concorrente lesado. Conjugada a estes dois fatores deve também ser observada a própria localização entre os estabelecimentos envolvidos, uma vez que se torna mais difícil a confusão entre estabelecimentos distantes, salvo algumas exceções especiais.

Com relação à confusão entre produtos do concorrente de igual forma é possível a utilização de variados atos e recursos como a utilização de marcas e sinais distintivos semelhantes ou iguais, a utilização de componentes, a imitação de embalagem, invólucro, rótulo ou de quaisquer partes que integrem o produto desde que estes elementos de ligação entre empresário e consumidor não sejam vulgares, padronizados para referido produto ou que não pertençam ao domínio público.

Para configurar a concorrência desleal entre produtos (e da mesma forma entre serviços) são válidas as considerações realizadas a respeito da possível confusão entre estabelecimentos, ou seja, o elemento que foi ardilosamente “copiado” deve ser dotado de relativa originalidade em sua forma ou esteticidade



que muitas vezes propicia o instintivo impulso aquisitivo e, da mesma forma deve ser verificada na cópia ou imitação a capacidade para causar engano, sendo insuficiente mera aparência entre o modelo e o objeto imitado. Em razão da importância que as campanhas de *marketing* ocupam no sucesso dos negócios do empresário a concorrência desleal pode ocorrer inclusive com a utilização de sócia de pessoa utilizada pelo concorrente, ou ainda de vozes e sons quando a publicidade fizer uso de meios sonoros.

b) meios de prejudicar a reputação do concorrente (denegrimiento): por formas de denegrimiento entende-se todos os atos públicos ou reservados que sejam capazes de macular, manchar ou infamar tanto a própria pessoa do concorrente como seu estabelecimento, seus produtos e serviços, quer o fato seja falso ou verdadeiro desde que exagerado e com o intuito de afastar a sua clientela. Neste sentido o concorrente desleal pode fazer agir de inúmeras formas e mais uma vez a publicidade adquire especial vulto porquanto anúncios abusivos podem derrear a reputação, o crédito e a confiança do mercado (consumidor e fornecedor) no empresário, no seu estabelecimento, nos seus produtos e serviços.

Em se tratando da pessoa do empresário podem ser atacados o seu crédito, a sua honorabilidade pessoal ou a sua capacidade profissional para atacar sua reputação e afastar a sua clientela, como na hipótese de um falso rumor de que o mesmo esteja à beira da falência e de que em razão disso não poderá cumprir com as obrigações perante o público consumidor/fornecedor, o que por certo causará um abalo em suas relações empresariais quando então o empresário poderá realmente ter a falência decretada, semelhante ao que ocorre com o fenômeno da “profecia que se autorrealiza”.

Já com relação aos produtos e serviços um exemplo bem claro é a comparação depreciativa. Todo empresário tem o direito de proclamar as qualidades dos produtos ou serviços que oferta enaltecendo-os até o exagero, contudo não pode asseverar a superioridade dos mesmos comparando e indicando – seja de maneira direta ou de forma insinuante e perceptível – os produtos ou serviços de seus concorrentes com apreciações negativas, como a falta de qualidade, a presença de defeitos, etc. Assim, o empresário pode anunciar que seus produtos são os melhores, mas não pode falar que seu produto é melhor que o produto de



determinado concorrente. Havendo menção aos demais concorrentes a propaganda deve manter-se nos limites da generalidade sem especificações depreciativas.

c) aliciamento e suborno de empregados: na primeira espécie, o suborno, tem-se a corrupção da consciência alheia, por meio de dinheiro, honorarias ou coisas equivalentes, a chamada peita que corresponde delito de funcionário, que, no exercício de suas funções ou em razão delas, recebe recompensa ou vantagens de concorrente desleal para omitir-se na prática de seus deveres funcionais, com prejuízo de terceiros, no caso, principalmente do concorrente lesado. Nesta situação é punível, tanto o concorrente desleal que suborna o empregado como o empregado que se deixa subornar.

Já o aliciamento de empregado trata-se de questão de delicada análise, uma vez que não de ser contrapesados dois princípios importantes, quais sejam: a lealdade das relações concorrenciais e a liberdade de trabalho. A contratação de empregado oriundo de empresa rival mediante oferecimento de uma remuneração mais generosa ou de outras vantagens não é em si ilícita, mesmo que haja a transferência direta de um emprego para outro. A ilicitude está presente no ato de má-fé que tiver como fim direto e imediato danificar a empresa concorrente desfalcando-a em seus recursos humanos.

d) violação, divulgação ou exploração de segredos: no desenvolvimento de suas atividades o empresário pode descobrir um novo método, processo ou forma de garantir maiores lucros e vantagens perante seus demais concorrentes. Em determinadas situações, não há o registro da invenção porque é importante ao empresário manter em segredo a sua descoberta de modo a beneficiar-se por um tempo indefinido da mesma; são os chamados segredos de fábrica, segredos de fabricação ou segredos industriais.

Em razão da grande escalada tecnológica que ocorre nos dias atuais, estes segredos possuem destacado valor econômico, sendo frutos do trabalho criativo livre do empresário, de modo que a espionagem industrial constitui ato de concorrência desleal. Não se estabelece que o segredo possua todos os requisitos exigidos para as invenções privilegiáveis, mas como corolário lógico mister tratar-se de algo novo, que ainda não tenha sido utilizado ou que não esteja em vias de ser registrado.



Situação especial surge com relação ao ex-empregado que adquirindo novo emprego e pode valer-se dos conhecimentos adquiridos no desempenho de sua profissão, o que não constitui crime por força da própria liberdade de trabalho. Para evitar este risco de ter o seu segredo de fábrica divulgado, o empresário pode valer-se de cláusula que estipule – no momento de contratação do empregado – que o mesmo não poderá divulgar quaisquer segredos de fabricação que lhe forem revelados, mediante estipulação de penalidade apropriada.

e) violação de contratos: a violação de contratos é figura típica do direito civil e constitui modalidade de concorrência desleal<sup>6</sup>, existindo o entendimento de que a mesma se trata de *concorrência ilícita anticontratural* ou *concorrência interdita contratual* (MATTIA, 1977, p. 126). No momento em que um estabelecimento empresarial é vendido, muitas vezes fica estabelecido no contrato que o vendedor não poderá se restabelecer novamente com o mesmo gênero de empresa uma vez que o comprador almeja com a realização do negócio não apenas adquirir o estabelecimento, havendo também a expectativa de granjear a clientela formada. Surge a chamada “cláusula de interdição da concorrência” ou “pacto de não concorrência”, que busca evitar que o antigo titular se restabeleça novamente porquanto a venda do estabelecimento implica certa renúncia do vendedor em favor de comprador, mediante contraprestação estabelecida no instrumento contratual. Vale lembrar que a clientela não gera direito patrimonial, não pode ser objeto de venda ou cessão, de modo que a previsão contratual pode assegurar ao comprador certos direitos, por meio da renúncia expressa do vendedor a clientela que porventura tenha formado.

Impende esclarecer que o pacto de não concorrência não pode ser absoluto porquanto devem existir limitações de tempo e espaço para que a liberdade de profissão e ofício não seja comprometida. Na ausência de previsão expressa, há a possibilidade do vendedor se estabelecer novamente desde que o comprador não seja prejudicado com sua concorrência. Há que se ponderar que na compra de um estabelecimento empresarial não há a venda da clientela<sup>7</sup> (e nem pode haver), mas

<sup>6</sup> Ver: Cerqueira, 1946, p. 384. No mesmo sentido: Bittar, 1989, p. 56.

<sup>7</sup> Nota do Autor: Vide as considerações sobre clientela possível e clientela real realizadas quando do tratamento dos elementos do fundo de comércio.



fica clara a expectativa de mantê-la, a probabilidade de manter o negócio uma vez que a clientela representa a prosperidade do negócio. Para que haja razoabilidade na decisão acerca do pacto de não concorrência e suas respectivas limitações espaço-temporais, este deve ser interpretado à luz das circunstâncias específicas do caso concreto. O “pacto de não concorrência” também pode ser utilizado para proteger o empregador contra a concorrência de seu empregado durante a vigência do contrato de trabalho (por violar o dever geral de lealdade) ou mesmo depois de havê-lo encerrado, disposição perfeitamente válida no Direito brasileiro segundo Arnold Wald e Alberto Xavier (1981, p. 41), tendo em vista o disposto no art. 115 do CC, no art. 482, “c” da CLT e em norma penal versada adiante, desde que, repita-se, existam limitações razoáveis de tempo e espaço para a duração desta cláusula conciliando desta forma a liberdade contratual das partes para impedir a concorrência desleal (quando o empregado atuasse no mesmo ramo de atividades de seu antigo empregador) com o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, princípio este que não autoriza a prática da concorrência desleal.

Deve ficar claro, porém, que a quebra de um pacto de não concorrência ainda que possa configurar concorrência desleal, não configura necessariamente um crime de concorrência desleal ou concorrência desleal criminosa, porquanto a proibição decorre de instrumento contratual e não da norma penal incriminadora. Porém, nada obsta a ocorrência concomitante da concorrência anticontratual e a concorrência desleal criminosa.

Por fim, encerrada a classificação de Gama Cerqueira, vale citar uma figura peculiar que no entendimento de Carlos Alberto Bittar (1989, p. 52) também constitui ação de concorrência desleal: a concorrência parasitária.

Compulsando o diploma penal atualmente em vigor, verifica-se que não há a inclusão da concorrência parasitária dentre os crimes capitulados dessume-se, portanto, tratar-se de ato verificável apenas na esfera cível. Contudo, ainda que ao presente estudo sejam prioritárias as questões jurídico-penais, breves considerações a respeito não são prejudiciais e podem clarear ainda mais a definição de concorrência desleal.

Consiste a concorrência parasitária no aproveitamento indevido de *marketing* alheio na busca de lucros sem esforço próprio, como a utilização de



anúncios do concorrente, a imitação cabal de produtos em seu aspecto exterior com a utilização de materiais de qualidade inferior o que compromete e prejudica as vendas do produto autêntico. A concorrência parasitária pode ainda ocorrer com a utilização de marcas de grande conhecimento em produtos de outro gênero, questão que adentra a esfera de violação de marcas existindo uma verdadeira miríade de possibilidades, *v.g.*, a utilização de marca conhecida de produtos eletrônicos (SONY) para um produto alimentício, ou a marca de um automóvel (FORD) para peças de vestuário, situação esta, que tanto mais se afasta da concorrência desleal quanto mais a diversidade entre os produtos seja capaz de evitar a confusão entre os mesmos. Existe também outra acepção para concorrência parasitária que seria aquela em que um concorrente imita sistematicamente a atividade do rival como os métodos de venda, produção, propaganda, o que, em tese, pode configurar um crime de concorrência desleal desde que seja capaz de desviar a clientela por meio de confusão, por exemplo. (DELMANTO, 1975, p. 259)

Por fim há que se destacar que concorrência desleal não se confunde com a propriedade industrial, confusão ocasionada pelo próprio legislador que ao transladar os crimes de propriedade industrial do Código Penal para lei específica, fez o mesmo com os crimes concorrenciais. Observe-se que os bens jurídicos protegidos são distintos e da mesma forma as pretensões e ações que os protegem, opinião, aliás, pacífica na doutrina.

Destarte tornou-se necessária a criação de regras a serem observadas pelos empresários no embate concorrencial em favor da própria preservação deste, surgindo então duas espécies de regras, conforme entendimento de Fábio Konder Comparato (1967, p. 30): a) normas que procuram assegurar aos empresários o direito de exploração exclusiva de bens dotados de valor econômico de sua criação ou aquisição mediante a concessão de privilégios, surgindo o Direito Industrial; b) regras disciplinadoras que visam reprimir a concorrência desleal.

Assim, tem-se por delineada a definição do que se entenda por concorrência desleal e suas categorizações, não havendo que se confundi-la com a propriedade industrial, pois ainda que todas as suas possíveis formas de realização não sejam



taxativamente enumeráveis, podem ser classificadas de acordo com vários critérios de orientação, se manifestam em esfera determinada (concorrência) e possuem a mesma motivação (tirar clientela de outrem).

## 5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL

A ordem jurídica é piramidal, de cima para baixo, sendo que as normas inferiores retiram das superiores seus fundamentos de validade<sup>8</sup> em um processo de derivação que se inicia no Texto Constitucional e passa por todos os demais escalões hierárquicos até chegar ao mais ínfimo instrumento legislativo introdutor de normas. Em se verificando confronto ou dissonância da norma inferior com a norma superior, aquela irremediavelmente sucumbirá, porque será inválida. Destarte, para que a norma jurídica seja válida é imprescindível que a mesma esteja em perfeita sincronia e plena conformidade com a Constituição Federal/1988.

Vale lembrar que é a Constituição Federal quem define a própria organização político-administrativa do Estado brasileiro bem como o seu fim. É no Texto Maior que está assentado um extenso rol de direitos individuais e coletivos, de garantias fundamentais e a própria organização dos poderes. Da mesma forma, referido texto legislativo é a sede de todos os princípios que norteiam a ordem econômica, financeira e social, representando em última análise o baldrame axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A supremacia da Constituição exerce influência decisiva sobre toda e qualquer norma punitiva de modo que o direito penal – assim como os demais ramos das ciências jurídicas – mantém íntimas relações com o direito constitucional. De igual forma o crime, podendo ser entendido como um conflito entre os direitos do indivíduo e da sociedade, deve se alinhar aos preceitos constitucionais. Por força

---

<sup>8</sup> Nota do Autor: Segundo o jurista austríaco Hans Kelsen em sua consagrada obra “Teoria Pura do Direito”, as normas hierarquicamente inferiores devem estar em perfeita concordância com a norma máxima (Constituição) e retirar dela os seus fundamentos de validade não se admitindo em hipótese alguma contradições materiais, caso contrário, estarão contaminadas pela inconstitucionalidade que representa uma nulidade absoluta.



desta relação existente torna-se imperioso ao bom êxito de todo estudo jurídico apurar sua respectiva fundamentação no altiplano constitucional, como requisito essencial à interpretação e aplicação de qualquer norma penal.

A propósito, impende observar que a interpretação sistemática é considerada o método por excelência, indispensável ao estudo do Direito por examinar o comportamento e as reações da norma com os demais preceitos do sistema em um esforço de contextualização. Desta forma, mister analisar os fundamentos constitucionais da repressão à concorrência desleal com especial destaque para a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988.

As cartas constitucionais de 1824 e de 1891 foram omissas com relação à ordem econômica, o que só vem a confirmar a sua marca individualista, haja vista limitarem-se a enunciar sua declaração de direitos, dentre os quais interessam ao presente trabalho a inviolabilidade da liberdade e da propriedade.

A primeira Constituição brasileira a dedicar atenção à Ordem Econômica foi a Constituição de 1934, que em seu Título IV continha 29 artigos e 16 parágrafos (arts. 115 *usque* 143) e tratava da “ordem econômica e social”, no que foi seguida pela Carta de 10 de novembro de 1937 (Da ordem econômica - arts. 135 *usque* 155) e pela Constituição Federal de 1967 (Título III - Da ordem econômica e social - arts. 157 *usque* 166).

Em se tratando da relação existente entre a Ordem Econômica prevista pelas normas constitucionais e a concorrência, como processo de circulação e orientação livre da mais completa informação econômica – tanto ao nível de consumidor como produtor – deve-se recordar a presença de duas figuras relevantes, quais sejam: a livre iniciativa e a livre concorrência.

A livre iniciativa representa uma liberdade regulamentada de o empresário dispor de suas atividades econômicas sem ingerências estatais desde que sua atividade esteja adequada aos valores de justiça social, enquanto que nos moldes atuais a livre concorrência não é somente aquele sistema de competitividade criado



pelo mercado de maneira espontânea, mas aquele outro que deriva de um conjunto de regras essencialmente impostas em nome de determinada política econômica.

Neste momento são igualmente válidos e importantes os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como a forma como os mesmos foram inicialmente recepcionados em nosso país no período colonial (*fase pré-constitucional*) e também as considerações a respeito da insustentabilidade econômica do “*laissez-faire*”; todavia a análise detida destas questões extrapola os contornos do presente artigo e serão abordadas em momento posterior.

O fruto mais elaborado deste longo processo de maturação, o atual texto constitucional promulgado em 1988, segue com pequenas variações a linha adotada pelas Constituições anteriores ao prestigiar de maneira expressa a liberdade de iniciativa, assegurando com isto uma imprescindível esfera de livre atuação, demarcada e balizada expressamente por meio da fixação de determinados valores sociais sob os quais foram edificados a Ordem Econômica nacional. Enquanto o exercício das prerrogativas dos agentes econômicos enquadrar-se e não se confrontar com quaisquer destes valores, ele será necessário, legítimo e livre.

A postura do legislador constitucional de 1988 é decidida e clara uma vez que o texto da CF/88 já no art. 1º, inciso IV, trata de esclarecer que a República Federativa do Brasil - formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal – é um Estado Democrático de Direito que está fundamentado nos valores sociais do **trabalho** e da **livre iniciativa**.

Conforme esclarece Price Waterhouse (1989, p. 149) os valores sociais do trabalho são aqueles que objetivam a satisfação da sociedade, protegidos de maneira direta pela efetivação dos direitos sociais reservados ao trabalhador de modo que sua menção explícita é uma inovação do legislador de 1988, enquanto que a livre iniciativa é requisito básico para o desenvolvimento do País e fundamenta a própria Ordem Econômica e Financeira.

Mais adiante, no Título VII, Capítulo I, o legislador achou por bem repetir a matéria quando tratou especificamente da Ordem Econômica e Financeira do país e determinou os princípios gerais da atividade econômica reforçando mais uma vez o



papel da livre iniciativa e da livre concorrência como verdadeiras vigas mestras da atividade econômica nacional (art. 170, inc. IV<sup>9</sup>).

Neste sentido, tudo aquilo que contrariar estes princípios, por obstruir o livre acesso aos mercados e a livre permanência nos mesmos ou prejudicar de qualquer forma a própria normalidade das condições de mercado, *verbi gratia*, a concorrência desleal (criminosa ou não), os trustes e os cartéis; deve ser reprimido e condenado pelo ordenamento jurídico brasileiro porque contrário aos seus próprios fundamentos.

O que se pretende é assegurar uma verdadeira liberdade de escolha da parte do consumidor, medida pelo estado concorrencial do mercado que é avaliado tanto pela efetiva pluralidade de produtores, vendedores e compradores como também pela própria lisura dos mesmos. Somente com o preenchimento destes requisitos é que pode ser mensurada a quantidade real de alternativas viáveis que garantem a liberdade de escolha. A defesa da concorrência não ocorre apenas por razões econômicas, mas também por razões de Ordem Pública já que visa repelir as concentrações excessivas de poder de modo a evitar o dirigismo econômico que compromete a própria transparência do mercado.

Ocorre que buscando atender a tal desiderato, os poderes públicos não devem intervir sobre a atividade econômica com vistas a criar um modelo de concorrência perfeita que, como visto, só atende a fins teóricos por não se adequar às verdadeiras características estruturais do mercado atual. Assim, o surgimento de certas distorções manifestadas em comportamento abusivos, fraudulentos e/ou emulativos faz surgir a necessidade de sua repressão uma vez que:

A ocorrência de práticas desvirtuadoras da livre concorrência fere o direito subjetivo daqueles que, ao lançarem-se no mercado, o fazem sob o manto certo da proteção dos princípios da Constituição referente ao livre mercado. (BASTOS, 1995, p. 272)

---

<sup>9</sup> **Art. 170 - CF/88** - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;



Ainda que breves, as presentes considerações já são por si só capazes de demonstrar os fundamentos constitucionais de proteção da concorrência e de repressão a concorrência desleal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 se filiou de maneira aberta e franca ao sistema econômico erigido sobre a livre iniciativa, as leis de mercado e a livre concorrência.

A concorrência desleal, com suas mais variadas formas de manifestação, representa efetivamente uma “prática desvirtuadora” da livre concorrência por alterar o normal funcionamento do mercado em prejuízo dos concorrentes leais que são aqueles que atuam em respeito e observância aos ditames constitucionais.

Mesmo estando definidos os principais baluartes (livre iniciativa e livre concorrência) que fundamentam a repressão à concorrência desleal, poderia se aventar a incursão de mais alguns valores que repelem indiretamente esta ardilosa prática. Um deles é a própria instituição da propriedade privada (art. 170, II) que além de ser considerada como direito essencial também é um dos fundamentos da ordem econômica e financeira garantindo ao seu legítimo detentor a desimpedida faculdade de usar, gozar e dispor de uma determinada coisa provida de conteúdo econômico, desde que atendida a sua função social, conceito este que, em se tratando de bens de produção e concorrência, de forma alguma permite a prática de simulações, atos fraudulentos, logros e atos criminalizados e norma penal.

Contudo, elencar todos os valores que são direta e indiretamente afetados pela concorrência desleal não levaria necessariamente a sua fundamentação. Haveria sim um alargamento um tanto perigoso na medida em que não existiria definição precisa dos fundamentos do combate a esta reprovável conduta.

Assim, da análise do texto constitucional em vigor decorre que o fundamento da repressão aos atos de concorrência desleal reside na proteção da livre iniciativa e livre concorrência que são os alicerces da atual Ordem Econômica, ainda que outros valores possam ser afetados, estes não podem, de *per si*, estar aptos para tal fundamentação.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituto di diritto industriale**. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1960.
- ASÚA, Luiz Jimenez de. **La ley y el delito. Principios de Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1954.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BASTOS, Celso. Legislação antitruste. Predatoriedade. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 11, São Paulo: RT, abr./jun. 1995.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BIRNFELD, Walter de Campos. **Da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Edição Brasil Patentes, 1937.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1983.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946. Vol. I.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Vol. II - Tomo II - Parte III.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. 2. ed. revista e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. Vol. II.
- CLARK, John Maurice. **A concorrência como processo dinâmico**. Forense: Rio de Janeiro, 1966.
- COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. *In: RT 375*, jan./1967.
- DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.
- Di GUGLIELMO, Pascual. La concurrencia desleal. *In: Tratado de Derecho Penal Especial dirigido por Enrique R. Aftalion*. Buenos Aires: La Ley, 1969. Tomo I, Libro VI.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. Publicidade e propaganda das marcas e a retificação publicitária. **Revista Forense**, vol. 285, jan./fev./mar. 1984.
- DUVAL, Hermano. **Concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 1975.



JAMES, Emile. **O Pensamento Econômico no Século XX**. Rio de Janeiro: Agir, 1959. Vol. I.

LEONARDOS, Thomas. **A concorrência desleal no Código Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1941.

LIMA, José Lobo d'Avila. **Da concorrência desleal**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1910.

MATTIA, Fábio Maria de. O direito de autor e a concorrência desleal. **Revista Forense**, vol. 257, jan./fev./mar 1977.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo XVI.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado - Parte especial**. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo XVII.

SOARES, José Carlos Tinoco. A concorrência desleal na América Latina e em outros países. **RT 643**, maio 1989.

WALD, Arnoldo; XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência. Validade e seus efeitos no Direito Brasileiro. **RT 552**, out. 1981.

WATERHOUSE, Price. **A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**. Price Waterhouse - Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.



# A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

DEMOCRATIC LEGITIMATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE CONCRETION OF  
FUNDAMENTAL RIGHTS

*Daniel Barile da Silveira<sup>2</sup>*

*Elton Johnny Petini<sup>3</sup>*

## Resumo

O Poder Judiciário, ao exercer a denominada jurisdição constitucional, penetra nos territórios onde os poderes políticos, em regra, são os responsáveis pela atuação preponderante. À vista do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela nova valoração da Constituição e pela efetiva promoção dos direitos fundamentais, observa-se o desenvolvimento da judicialização da política, caracterizada pela discussão na arena judicial de temas pertencentes à discricionariedade dos detentores de mandato eletivo. A teoria substancialista e a procedimentalista abordam a atuação do Poder Judiciário diante do regime democrático e dos direitos fundamentais. Exsurge a necessidade de se examinar os fatores que realmente legitimam de forma democrática a jurisdição constitucional, a fim de que seja respeitada a vontade popular, mas sem que os direitos fundamentais fiquem ao relento. Assim, num olhar voltado ao Supremo Tribunal Federal, despontam elementos imprescindíveis para a formulação da proposta científica, mais especificamente a forma de escolha de seus ministros, o modo como é franqueado o acesso à corte e, por fim, os meios de participação da população junto ao tribunal.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional; Legitimidade democrática; Direitos fundamentais; Substancialismo; Procedimentalismo.

## Abstract

The judiciary, by exercising the so-called constitutional jurisdiction, participates in decisions where the political powers are responsible for the

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 12/04/2012. Pareceres emitidos em: 12/07/2012 e 20/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (FD-UnB). Endereço eletrônico: danielbarile@hotmail.com.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UniToledo) de Araçatuba-SP. Endereço eletrônico: eltonpetini@terra.com.br.



predominant role. In the contemporary constitutionalism agenda, characterized by the new valuation of the Constitution and by the effective promotion of fundamental rights, observing the development of the judicialization of politics is a guideline to understand the levels of relationship between the political actors, observing their interaction. In this context, understanding the Supreme Court as the main Political institution that is able to confront these issues by the perspective of Political and juridical context, is one of the important keys to measure the contramajoritarian power in a democratic society, which this works aims to analyse by a analytical perspective.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction; Democratic legitimacy; Fundamental rights; Substantialism; Proceduralism.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário diante do princípio democrático, alicerce do Estado, bem como em relação à efetiva proteção dos direitos fundamentais, perscrutando os aspectos formais e materiais da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, os fatores que lhe dão substrato, à vista de sua relevância para a estabilidade institucional do Poder Judiciário, cooperando ainda para a manutenção do caráter coercitivo de suas decisões em relação à concretização dos direitos individuais e sociais. Exsurge como razão da pesquisa o fato de o Supremo Tribunal Federal reiteradamente ter de se manifestar sobre temas considerados polêmicos, projetando-se, inexoravelmente, em grande parte, senão na totalidade das relações humanas limitadas à sua jurisdição, ponderando ainda, em certos casos, a omissão legislativa em normatizá-los e, conseqüentemente, devolver à sociedade aquilo que melhor se harmoniza com seus valores contemporâneos. Inevitavelmente, nesses casos, os lindes de atuação de uma função estatal se alargam a fim de que o objetivo precípua seja concretizado, ou seja, para que a demanda levada ao Judiciário receba uma regulamentação jurídica. Nesse sentido, sobressai o escopo de se verificar a indene manutenção do princípio democrático, e se o exercício da justiça constitucional afigura-se salutar para a concretização dos valores e direitos fundamentais. Investiga-se a adequada compatibilização, ou seja, a existência harmônica do exercício do controle de constitucionalidade diante do regime democrático e da efetiva concretização, proteção e defesa dos direitos fundamentais, prestigiando e professando a soberania popular livre e desembaraçada de eventuais restrições impostas pela parcela do Poder do Estado



competente em resguardá-la: o Poder Judiciário, mais especificamente para este artigo o Tribunal Constitucional. A problemática maior acerca da legitimidade democrática da justiça constitucional se refere ao risco de que seja ela concebida como um fenômeno de maior destaque em relação à própria Constituição, de forma a ser anulada ou restringida a soberania do texto constitucional, bem como o exercício do governo pelos representantes eleitos através do sufrágio universal. Ver-se-ia, assim, um nítido governo oligárquico, numa nítida semelhança à *nobless de robe*<sup>4</sup>.

Segundo lembram Gelson Amaro de Souza e Karina Denari Gomes de Mattos (2010, p. 417), é ao primórdio do federalismo – embora sendo exercício da *judicial review* de forma difusa – que se alude o primeiro e conhecido exercício do controle de constitucionalidade, onde o *chief justice* John Marshall decidiu pela aplicação da regra constitucional em detrimento de lei hierarquicamente inferior, a fim de que fosse preservada a integridade da Carta de 1787, na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803 no célebre caso *Marbury vs. Madison*. No entanto, conforme expõem os autores, é no início do século XX, após a Primeira Grande Guerra, diante do então devastado sistema político vivido pelos países europeus, que começaram a surgir os primeiros Estados Constitucionais de Direito, em substituição aos Estados baseados na proeminência do Legislativo. Daí surgiram os primeiros movimentos da jurisdição constitucional com vistas a conferir proteção ao texto constitucional. Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 4-5) a história demonstra que tal modelo de Estado Constitucional de Direito só veio se consolidar após o término da Segunda Guerra Mundial. Substituiu-se o Estado Legislativo de Direito, onde a Constituição era compreendida como um singelo documento político, o qual não ostentava aplicação imediata – o que só ocorria com a participação dos poderes Legislativo ou Executivo. Sequer podia se falar em controle de constitucionalidade, pois “vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento”. Iniciou-se nesse contexto histórico um movimento idealizador de

---

<sup>4</sup> A “nobreza de toga”, como era conhecida, consistia num grupo (ao lado da nobreza cortesã e da provincial) do segundo estado da França no século XVIII – o primeiro estado era composto pelo clero e o terceiro estado pelos camponeses, burgueses e pebleus. Representava parte da população de ricos que compravam títulos de nobreza, cargos políticos e administrativos (COTRIM, 2005, p. 290-291).



soerguimento da Constituição com a posterior formação de uma corte constitucional apta a lhe defender diante dos eventuais comportamentos ameaçadores e subversivos, bem como comprometida em garantir sua eficácia, precipuamente o respeito aos direitos fundamentais. Logo, além do seu caráter político, mormente em razão das normas orgânico-estruturais do Estado, a Constituição foi banhada de uma pitoresca normatividade, revestindo-se de primazia ante as demais produções legislativas do arcabouço jurídico. Vê-se, portanto, a hegemonização da Constituição em detrimento das leis infraconstitucionais em dissintonia sistemático-jurídica, no sentido de que estas nada podem representar senão quando em harmonia com aquela.

Inspirado em Nicola Matteuci (1998, p. 25), Lenio Luiz Streck (2004, p. 99) diz ser característica da Constituição a sua função de, na condição escrita, rígida e inflexível, não só impedir o governo autoritário e assim implementar um governo limitado, mas também garantir a inviolabilidade dos direitos dos cidadãos, que poderiam ser subjugados pelo legislador ordinário caso a Carta Maior não lhe fosse hierarquicamente superior. Desse modo, requer-se a instituição da jurisdição constitucional a fim de se defender a supremacia do texto constitucional, visto como a lei fundamental para a organização, sustentação e orientação do Estado, exigindo-se que o Poder Público (incluído o tribunal constitucional) aja pautado nos limites delineados na Constituição. Como se percebe, essa necessidade não se trata de uma idealização classista de magistrados ambiciosos em tolher dos representantes políticos e, dessa forma, do povo, a prerrogativa de escolher os melhores caminhos para o país. Cuida-se de zelar pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, para os quais deve ser atribuído um eficaz tratamento, de modo a avançar nos campos políticos, desde que seja para a real garantia dos direitos mínimos, mesmo contra a vontade da parcela majoritária. Não soa bem que direitos indisponíveis, como a vida, a saúde e a dignidade sejam vilipendiados sob pretextos retóricos.

Diante dessa situação, começa a surgir o constitucionalismo contemporâneo, em deferência à Constituição, e principalmente, aos direitos fundamentais. Conforme Sebastian Borges de Albuquerque Mello (2012, p. 514), trata-se de uma visão constitucional da ordem jurídica, tendo-se como base no



processo interpretativo das normas jurídicas a ideia de unidade do ordenamento jurídico, partindo-se dos princípios e valores constitucionais. No constitucionalismo atual, exige-se o efetivo cumprimento das normas constitucionais, não se tolerando que normas relacionadas aos direitos fundamentais sejam vistas como termos decorativos inseridos no bojo da Constituição, mas que sejam exteriorizadas e aplicadas concretamente pelos juízes quando não o for pelos governantes e legisladores. Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 4-5), “[o] pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. Assim, percebe-se concomitantemente a ascensão da jurisdição constitucional, como mecanismo indispensável à concretização do ideal pós-positivista.

Nesse contexto sobleva-se a judicialização da política, mais um fenômeno relacionado ao constitucionalismo contemporâneo, ao modo com o qual a Constituição cuida de seus objetivos e assegura os direitos. De acordo com Loiane Prado Verbicaro (2012, p. 449) a judicialização da política “é o fenômeno pelo qual questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou do Executivo, passam a ser decididas nas arenas judiciais a partir de argumentos jurídicos [...]”, aproximando-se direito e política, com a conseqüente mitigação da legitimidade democrática dos Poderes Políticos constituídos pelo povo. Segundo a autora (2012, p. 450) esse protagonismo do Poder Judiciário decorre da própria Constituição tal como foi concebida, ao conferir-lhe legitimidade para a proteção dos direitos fundamentais. Ao se conferir tamanha primazia à Constituição, preocupou-se o legislador-constituente com o efetivo respeito aos direitos basilares, tornando-se fruto da hegemonização atribuída aos direitos fundamentais a sua inclusão no chamado “rol das cláusulas pétreas”, resistentes a qualquer tentativa de extinção, restrição ou ameaça. Conforme anota Walber Moura Agra (2006, p. 256), a Constituição é a referência para o resgate do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais importantes do ordenamento jurídico. Nesse sentido, ele destaca a legitimidade de uma maior atuação da jurisdição constitucional, à medida que o referido princípio é concebido como uma diretriz de concretização dos mandamentos constitucionais, e sendo elencado como parte dos direitos fundamentais, vê-se uma revalorização do papel desempenhado pela Constituição.



É concebida a dignidade da pessoa humana como o direito sustentador de todas as disposições dos direitos fundamentais. Trata-se do substrato axiológico dos diversos direitos mínimos contidos na Constituição, que impreterivelmente devem ser preservados e promovidos. Além disso, ampliando-se a perspectiva sobre a magnitude que se revestem, os direitos fundamentais não são concebidos apenas como um objetivo a ser alcançado pela jurisdição constitucional. Na concepção de Peter Häberle (1997, p. 36), trata-se de umas das formas de legitimação democrática da interpretação constitucional: a representação democrática não ocorre apenas por meio da participação do povo no processo eleitoral, delegando responsabilidades a órgãos estatais e, em último plano, à Corte Constitucional. Ainda, segundo o jurista alemão, uma sociedade aberta também se desenvolve “por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...]”. Acrescenta que

[a] democracia do cidadão está muito mais próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. (HÄBERLE, 1997, p. 38)

Demonstra, com isso, ser essa perspectiva uma consequência da relativização do conceito de “povo”, diante de sua sujeição a entendimentos equívocos.

Apresentados os traços significativos da jurisdição constitucional, da proeminência da Constituição e sua força normativa, bem como alguns aspectos sobre os ditos direitos essenciais, objeto filosófico da presente pesquisa, o artigo se desdobrará no estudo das implicações advindas da relação entre justiça constitucional e o poder político. Será abordado também o debate entre a corrente substancialista e a procedimentalista, tema determinante para o entendimento da problemática em questão, e, por derradeiro, contar-se-á com as peculiaridades concernentes à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, os argumentos favoráveis a salutar atuação do Poder Judiciário voltada à proteção da democracia e dos direitos fundamentais. A pesquisa se aplica na análise de dados históricos, fenômenos sociais, instituições de poder, teses doutrinárias e normas jurídicas,



extraídos de fontes bibliográficas, do ordenamento jurídico nacional, do direito estrangeiro, além de posições jurisprudenciais brasileiras sobre o tema.

## **1 A RELAÇÃO ENTRE REGIME DEMOCRÁTICO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Há de se perguntar se o controle exercido pelos tribunais constitucionais sobre as deliberações dos representantes do povo não pode constituir uma ameaça à própria democracia, à medida que se abre espaço para uma atuação preponderante por autoridades judiciais não detentoras de mandato eletivo. Segundo os adeptos formalistas do *rule of law*, o juiz deve ser imparcial e neutro, não se empenhando em avaliações ligadas a concepções substantivas de justiça, sob pena de transformar o “governo da lei” em um arbitrário “governo dos homens” (CASALINI, 2006, p. 285). Com efeito, o embate ocorre porque no recente cenário neoconstitucionalista a responsabilidade pelo resguardo da integridade da Constituição foi conferida ao Poder Judiciário, e como observa Paulo Bonavides (2004, p. 131), acerca da nova responsabilidade do julgador: “[a]o criar a norma do caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos”, assumindo assim “[...] cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz ‘servo’ de lei e do juiz ‘intérprete’ de textos”. Vê-se claramente as posições antagônicas entre os defensores que conferem um sentido objetivo ao direito e aqueles que propugnam, no mundo contemporâneo, uma atuação ativista do Poder Judiciário com vistas a proteger os reais valores humanísticos que numa e outra crise política se veem ameaçados, quando não violados. A preocupação consiste em não se permitir qualquer limitação ao governo do povo, evitando que se instale um governo de juízes, chocando-se com a função normativa do Poder Legislativo e do Executivo (TAVARES, 1998, p. 71). Por tal razão, mostra-se indispensável a demonstração da legitimidade democrática da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, da denominada “atuação contramajoritária” do Poder Judiciário. Compreende-se legítima essa manifestação da jurisdição constitucional somente quando a demanda envolver a proteção aos direitos fundamentais ou ao procedimento democrático, devendo os juízes e



tribunais, nas demais situações, acatar as escolhas do legislador, bem como respeitar o exercício discricionário do administrador. (BARROSO, 2010, p. 15-16)

Na concepção liberal dworkiniana do *rule of law* o Poder Judiciário não deve ser deferente com o Legislativo quando os direitos estiverem em jogo. Isso se dá ao fato de se considerar a Constituição não como um conjunto de regras, mas um conjunto de direitos fundamentais, considerando-se a vontade da própria comunidade em ser regida por princípios comuns, e não apenas por regras resultantes de acordos políticos (CASALINI, 2006, p. 289-291). Nesse compasso, infere-se que justiça constitucional e representação democrática, quanto à relação entre ambas, podem ser compreendidas como fenômenos indissociáveis para a eficaz proteção do processo democrático. A democracia também constitui razão de existência da jurisdição constitucional, ao lado da preservação e efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se de um comportamento complacente para com a democracia, mormente se se ponderar, a exemplo do Brasil, as crises políticas e instabilidades que ceifaram vidas de muitos cidadãos militantes em prol do soerguimento da redemocratização, que lutaram contra o arbítrio ditatorial.

### 1.1 A teoria substancialista e a procedimentalista

Diante do presente contexto, envolvendo a legitimidade democrática do Poder Judiciário, especificamente da jurisdição constitucional, torna-se imprescindível a compreensão e o debate do contundente encontro entre a corrente substancialista – cujo enunciado se funda na prevalência da atuação do Poder Judiciário em defesa dos direitos fundamentais – e a visão procedimentalista da mesma posição do espaço judicial, todavia, restrito e limitado ao controle do procedimento democrático. Tratam-se das produções doutrinárias que sustentam a discussão acerca do desempenho contramajoritário do Poder Judiciário.

Para Ronald Dworkin (2001, p. 26-32) o argumento, de que seja o processo democrático o meio adequado para resolver questões de direito, não se sustenta por dois aspectos. Primeiramente, para o autor, não há razões institucionais para que se diga ter o Legislativo maior probabilidade de que suas decisões sejam mais corretas que as judiciais. Aliás, exalta a técnica da fundamentação presente em todas as



decisões judiciais, e não somente em algumas – a exemplo daquelas no processo legislativo onde os legisladores encontram-se sujeitos a pressão por grupos de interesse. Em segundo lugar, aduz que o Poder Legislativo dificilmente tomará decisões impopulares, que ofenda um setor influente da comunidade, sob pena de se instaurar uma crise política suficiente para substituí-los. Ressalta não terem de se preocupar com isso os juízes por não precisarem temer a insatisfação popular decorrente de suas decisões. Para ele, as razões da visão procedimentalista consubstanciam-se na estabilidade política – pelo fato de os indivíduos confiarem suas questões àqueles que elegeram como seus representantes – e na igualdade política – por representarem a sociedade de modo geral. Sustenta o jusfilósofo realmente haver perda da estabilidade se transferida para os juízes todo o poder de deliberação sobre os direitos. No entanto, de outro lado, expõe que não há uma genuína igualdade democrática na presente concepção procedimentalista. Lembra o domínio político daqueles que possuem forte poder econômico e os que são participantes de sindicatos e organizações profissionais, assim, em detrimento da minoria organizada. Nesse contexto, ele explica:

Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma decisão é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. [...] Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...] O acesso aos tribunais pode ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharam em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que a decisão dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2001, p. 31-32)



No que se refere ao modo de decidir, diz que os tribunais devem se basear em princípios, e não em fundamentos políticos, de modo a definirem quais os direitos que as pessoas têm diante do texto constitucional, e não sobre como promover melhor o bem-estar geral (2001, p. 101). É inconcebível que se possa deixar integralmente nas mãos de quem possui mandato por tempo determinado a guarda de direitos permanentes, que aguardaram longos períodos de evolução para seu reconhecimento, os quais podem ser relegados a segundo plano diante das escolhas populistas relacionadas à preservação da simpatia da população votante. Há se de considerar também a atual cultura brasileira onde, num lado, grande fração dos representantes políticos optam pelo uso do mandato para o patrocínio de interesses ilegítimos associado ao estratosférico aumento patrimonial custeado pelo lombo dos contribuintes. No outro, a maioria do eleitorado num comportamento apático em relação aos candidatos que se lançam periodicamente ao pleito, engendrando assim uma decadente reificação do sentimento cívico, sem se olvidar do intrincado sistema eleitoral brasileiro que, à vista da representação proporcional aplicada aos pleitos para Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, permite um descompasso entre os candidatos eleitos e aqueles efetivamente escolhidos pelos eleitores.

De outro lado, há os que professam a tese procedimentalista – destacando-se o estudioso norte-americano John Hart Ely (1995) –, para a qual o corpo de membros não eleitos pelo povo deve se ater somente ao controle do devido processo legislativo, bem como proteger o princípio democrático, assegurando o governo da maioria e a legítima participação da minoria. Nesse sentido, a deliberação sobre os direitos seria prerrogativa extensível apenas aos representantes democraticamente eleitos, os quais são renováveis periodicamente no cargo, passando pelo crivo dos cidadãos. Trata-se também da harmonia ao princípio republicano à vista do exercício da função pública por prazo determinado, o que não ocorre com os juízes beneficiados pelo manto da vitaliciedade. Para Jürgen Habermas pode o legislador proceder ao autocontrole abstrato das normas, sendo sua função indiscutível, pois

[o] legislador não detém competência para examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que



encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei.  
(HABERMAS, 1997, p. 301)

O controle exercido pelo tribunal constitucional seria restrito “às condições da gênese democrática das leis [...]” na busca da participação formalmente igual dos interessados à discussão que possa atingir a amplitude dos temas que permitam a fundamentação das normas a serem decididas (HABERMAS, 1997, p. 327-328). Alega que o tribunal constitucional não pode arrogar o papel de crítico da ideologia (dos legisladores), pois está sujeito à mesma suspeita, e que não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político (1997, p. 343). Desse modo o autor (1997, p. 345-347) condena a conduta paternalista do tribunal constitucional: diz que os juízes constitucionais não perderão de sua legitimidade; podem se movimentar nos limites de sua competência à medida que o processo democrático a ser protegido não é um estado de exceção. Ademais, reconhece até a necessidade da posição ativista do Judiciário, desde que seja para impor o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade.

Com razão, a teoria dualista da democracia (substancialista) melhor se apresenta para a defesa do procedimento democrático, sobretudo no Brasil, país onde a cultura política em muito tem de se desenvolver. Está assaz aquém de um eleitorado consciente dos representantes que elegem, considerando-se o número expressivo de eleitores, bem como a extensa dimensão territorial. Mesmo nos países onde a consciência política seja mais arraigada, não é bom que os direitos fundamentais, tão caros ainda em países onde impera o regime ditatorial, sejam confiados, de forma exclusiva, a agentes políticos onde muitos deles estão predispostos a negociá-los num câmbio envolto a interesses partidários e particulares.

## 2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Delineado o cenário no qual se insere a jurisdição constitucional, devem ser expostos os elementos justificadores da competência do tribunal constitucional em controlar as mais variadas escolhas discricionárias ancoradas nos princípios democrático e majoritário. Mostra-se imperioso, pois de grande magnitude e



repercussão são revestidas as decisões judiciais de índole constitucional, as quais podem produzir efeitos a todo o território nacional, inclusive com efeito retroativo e vinculante, regulando uma série de relações jurídicas. E, de outro lado, como a história demonstra, a luta pela conquista de um consolidado Estado democrático demanda árduos movimentos sociais, intensa manifestação popular, a fim de que o poder não fique confiado a déspotas indiferentes aos direitos fundamentais. Como visto, não há como conceber um Estado à luz do neoconstitucionalismo sem que haja um Poder Judiciário forte e independente o suficiente para efetivar os comandos constitucionais. Conforme dispõe o artigo 102, *caput*, da Constituição de 1988, é de competência do Supremo Tribunal Federal exercer a guarda da Constituição. Desse modo, apresenta-se imprescindível que os dispositivos constitucionais sejam garantidos por meio de mecanismos apropriados ao cumprimento dos deveres impostos pelo legislador-constituente, no caso, à corte constitucional brasileira.

Como demonstra Camila Paula de Barros Gomes, ao abordar a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário (2011, p. 28), pelo princípio da inércia da jurisdição os juízes somente terão de se manifestar judicialmente em havendo plena solicitação popular acerca de determinada questão jurídica, a exemplo da constitucionalidade e adequação de uma política pública. É verdade que no controle de constitucionalidade podem agir de ofício, mas desde que tenha sido iniciada uma relação jurídico-processual e que a norma afigure-se como prejudicial ao mérito (controle concreto das normas).

Defendendo a legitimidade da justiça constitucional, Ronald Dworkin (1996, p. 10) destaca a função interpretativa dos juízes, a qual não é baseada por critérios pessoais, mas se pauta pelo documento constitucional, impedindo assim que se entregue em suas mãos um poder absoluto e arbitrário (CASALINI, 2006, p. 291-292).

No Brasil, contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, o único recurso cabível são os embargos de declaração, a fim de se corrigir eventuais imprecisões de omissão, contradição ou obscuridade (artigo 26 da Lei 9.868/1999). Todavia, pode o Legislativo, consoante o princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição de 1988), e a fim de



se evitar a “fossilização da Constituição”, produzir novo texto normativo, inclusive de encontro ao que fora decidido pela Corte Constitucional, o qual, se provocado, terá de se manifestar novamente sobre a questão de constitucionalidade. Na mesma esteira, o Senado Federal não se vincula às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade, gozando de discricionariedade para suspender a eficácia *erga omnes* das normas reputadas inconstitucionais (artigo 52, inciso X, da Constituição).

## 2.1 A forma de escolha dos ministros

Uma crítica trazida à tona pelos procedimentalistas é a de que uma singela classe não referendada pelo eleitorado teria amplos poderes para definir os rumos dos cidadãos, os quais depositaram sua confiança a instituições legitimamente formadas pela expressão da maioria cívica. Não deve ser encarado sob essa ótica. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, após serem sabatinados e aprovados (em votação secreta) pelo Senado Federal. Acerca da sabatina pela Câmara Alta, Uadi Lammêgo Bulos observa se tratar

[...] de uma exigência que encontra sua justificativa no princípio federativo, pois a participação dos representantes das ordens jurídicas parciais é elementar para a aprovação dos futuros nomes que deverão ocupar elevados cargos da República. (BULOS, 2003, p. 743)

Nesse compasso, segundo Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira (2009, p. 69-77), em que pese haver a crítica de ser a função do Senado meramente homologatória, a história republicana no Brasil demonstra a recusa de cinco indicações presidenciais para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, que ocorreram no período de 1891 a 1894 durante o governo Floriano Peixoto. Sobre a atuação senatorial, Paulo Napoleão Nogueira da Silva afirma que:

É de tradição congressional que o Senado aprove a indicação presidencial, uma vez que esta traduz função da Chefia do Estado, e não do Poder Executivo. No entanto, apesar disso em alguns casos – como já aconteceu com a aprovação de embaixadores – tal aprovação se mostrou dificultosa, quase chegando às raias da reprovação. (SILVA, 2003, p. 300)



Realmente, da forma como estão concebidos atualmente os critérios de escolha e aprovação dos membros do Supremo Tribunal Federal, percebe-se um amplo poder confiado ao Chefe do Executivo Federal, que, sem a intervenção de entidades representativas, instituições, órgãos públicos, inclusive dos outros Poderes, apenas depende da indigitada aprovação pelo Senado, o que, por questões político-partidárias, não se pode, efetivamente, garantir que sempre haverá uma genuína votação pautada nos requisitos inerentes ao desempenho de tão nobre função. Observa-se variações na forma como os membros dos tribunais constitucionais são investidos, isso por razões históricas, culturais e associadas à organização dos Poderes de cada país. Todavia, no caso brasileiro, o que parece ser unísono é a necessidade de se pluralizar a forma de escolha e limitar a quase irrestrita margem de opção conferida ao Presidente da República. Nesse compasso, mostra-se bem-vindo o referido aprimoramento a fim de que a formação do colegiado responsável pela guarda dos direitos fundamentais, diga-se, com sublimes poderes, adequem-se ao princípio republicano e ao democrático, alicerces para a segura manutenção do contrato social cuja ideologia é formada pela alternância no poder e deferência às aspirações populares, contidas nos variados órgãos representativos instituídos.

## 2.2 O acesso à corte

O acesso à justiça constitucional pode ocorrer de forma direta ou por exceção, a qual é garantida aos cidadãos em decorrência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, desde que cumpridas as formalidades do direito processual. Assim, em virtude do sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, é conferido ao povo amplo poder de questionamento dos dispositivos constitucionais definidores dos valores e princípios aplicáveis à sociedade. Como explana André Ramos Tavares, ao se permitir o acesso do cidadão, a exemplo de casos que envolvam direitos fundamentais,

[a]ssigura-se maior democraticidade do instituto do controle de constitucionalidade e, por conseqüência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob essa perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum. (TAVARES, 1998, p. 87)



Aliás, em havendo o desrespeito a dispositivo constitucional, o acesso à corte também pode ocorrer por via recursal, através do manejo do Recurso Extraordinário, ou pela impetração dos remédios constitucionais, a exemplo do mandado de segurança, do *habeas data*, do *habeas corpus*, e do mandado de injunção (no caso de falta de norma regulamentadora que impeça a realização de direito constitucional subjetivo diante de um caso concreto). O mesmo não se verifica no controle concentrado onde o acesso à jurisdição constitucional se opera por meio das ações constitucionais adequadas (e taxativas). No entanto, do disposto no artigo 103 da Constituição, vê-se o amplo rol de legitimados para a propositura de tais ações (com exceção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva cujo legitimado é exclusivamente o Procurador-Geral da República), destacando-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Assim, permite-se uma maior aproximação da sociedade organizada aos ideais de justiça relacionados a sua gama de interesses. Nesse contexto, saltam aquelas ações através das quais se formula um “apelo ao legislador”, à vista da omissão do Poder Público em regulamentar determinada norma jurídica. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. O último, na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem demonstrando um autêntico efeito concretista, cujas decisões têm declarado a mora do Legislativo e concedido ao impetrante o bem jurídico pleiteado<sup>5</sup>. Por conseguinte, ao se permitir o acesso pela via concentrada ou difusa, fortaleceram-se os meios pelos quais os cidadãos podem exigir o efetivo respeito aos direitos constitucionais lhes assegurados, seja contra ato comissivo ou omissivo do Poder Público.

### 2.3 Formas de participação popular

No controle de constitucionalidade brasileiro outro fator que confere legitimidade democrática à jurisdição constitucional é a possibilidade de participação da sociedade junto à tramitação dos processos, com vistas a fornecer argumentos e

<sup>5</sup> STF, MI 721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007.



conhecimentos específicos de acordo com os anseios populares acerca das matérias submetidas à apreciação judicial. Trata-se de umas das formas mais expressivas do princípio democrático, com a participação do povo, do qual emana o poder, afastando-se a ideia de que os jurisdicionados são distantes do Poder Judiciário. Comunga desse raciocínio Peter Häberle (1997, p. 37), ao afirmar que o sentido a ser conferido a “povo” não deve ser “apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão”. Para ele,

[p]ovo é também, um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão<sup>6</sup>. (HÄBERLE, 1997, p. 37)

Como enfatiza, “[n]a democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!”. Com efeito, no Brasil, em primazia ao regime democrático, admite-se a participação no processamento das causas no sistema concentrado ou difuso a figura do *amicus curiae*, compreendido como um “terceiro *sui generis*” capaz de se manifestar a respeito do objeto da ação, desde que haja relevância da matéria e seja considerada a representatividade dos postulantes, tal como previsto nos artigos 7º, § 2º, 12-E, da Lei 9.868/1999. Por relevância, entende-se aquela cujos efeitos são abrangentes, de modo a produzir modificações no plano das relações jurídicas de uma considerável parte da coletividade. A representatividade tem a ver com a capacidade de defesa, pelo postulante, de direitos alheios, como se verifica com as associações civis, os sindicatos e as organizações não governamentais.

<sup>6</sup> Para Friedrich Müller (2003, p. 55-80), diante da legitimação democrática que produz ao titular do poder, “povo” deve ser entendido a partir de seus vários elementos que o compõe. Primeiramente, aborda o conceito como “povo ativo”, compreendido como aqueles capazes de votar, os eleitores. Depois, concebe povo como instância de atribuição de legitimidade, sendo todos os nacionais de um país. Extrai “povo” como “ícone”, aquele que só é invocado normativamente para a legitimação do poder, mas que não fora o responsável pela atribuição de tal poder (o povo não existiu). Desse modo, o elemento de “povo” como ícone não deve ser considerado. E, por último, de forma abrangente, define “povo” como os destinatários das pretensões civilizatórias, consubstanciando-se na população (todos os habitantes do território), pois para ele, “[o] mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante. Compete-lhes, juridicamente, a qualidade do ser humano, a dignidade humana, a personalidade jurídica [Rechtsfähigkeit]”.



Por sua vez, é admitida no processo da jurisdição constitucional a realização de audiências públicas para a oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria com vistas à maior ampliação dialógica em torno da questão jurídica suscitada. Fabrício Juliano Mendes Medeiros (2007, p. 42-43), ao abordar a realização da primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal, destaca a abertura do procedimento de interpretação constitucional com a efetiva participação da sociedade organizada no processo de fiscalização da higidez constitucional. Aponta se tratar de uma abertura democrática, a qual ganhou mais força com a possibilidade de sustentação oral conferida aos terceiros, além de poderem apresentar memoriais, como outrora lhes era assegurado. Nas suas palavras,

a possibilidade de a sociedade civil influir na opinião dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é, sem dúvida, um **fator de legitimação ainda maior das decisões da Corte Suprema, notadamente daquelas que tenham por objeto a concretização dos chamados direitos fundamentais**. Valendo lembrar que à jurisdição constitucional cabe assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e, além disso, manter e aperfeiçoar o regime democrático. [...] Nesse contexto, **para que a jurisdição constitucional possa bem exercer a sua função é necessário que ela esteja democraticamente aberta às várias correntes de pensamento que coexistem na sociedade**. Mas não é só. É também preciso assegurar meios para que a sociedade civil organizada possa contribuir na formação do pensamento dos intérpretes oficiais. (MEDEIROS, 2007, p. 43, grifo nosso)

Segundo a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle (1997, p. 13), a interpretação do texto constitucional deve ser pluralizada, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la [...]”. O autor explica que

[t]odo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete da norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HÄBERLE, 1997, p. 15)

No Brasil, semelhante à Câmara dos Deputados onde a população pode participar dos debates dos projetos de atos normativos (através do portal “e-Democracia”), no Supremo Tribunal Federal há uma abertura eletrônica para que haja a participação da sociedade, comentando e opinando diretamente sobre as questões de grande repercussão nacional. Isso é bom, sobretudo se se considerar a



dimensão continental do Brasil, que dificulta o descolamento físico dos interessados à capital federal. Assim, é possível que qualquer indivíduo envie à Corte, através de mensagem eletrônica, sua opinião, artigo ou pesquisa científica, contribuindo dessa forma, para o julgamento do feito. Com mais razão, no âmbito político também se oportuniza a participação da sociedade civil através das audiências públicas relacionados aos projetos de lei, sem se olvidar da consulta popular através do plebiscito e do referendo. Aliás, Häberle (1997, p. 26) destaca a essencialidade do processo político como pressuposto para que se desenvolva a interpretação constitucional, à medida que se verifica “o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente”. Assim deve se continuar em respeito ao princípio democrático. Todavia, tal argumento não é capaz de anular a legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal decorrente da realização das audiências públicas. Trata-se do mesmo mecanismo utilizado na seara parlamentar, porém nesta ela ocorre de modo preventivo, antes da elaboração da norma jurídica, na Corte é realizada na última instituição responsável por definir as variadas consequências às relações jurídicas relacionadas às questões de direito. Ademais, na arena discricionária brasileira, não poucas vezes, ocorrem pressões ou ofertas de grupos econômicos, nem sempre legítimos – que angariam recursos por meios ilícitos –, os quais são responsáveis pela sedução de parlamentares numa permuta voltada ao fortalecimento de campanhas eleitorais, quando não, para o patrocínio de interesses privados.

## CONCLUSÃO

Durante a pesquisa, buscou-se apresentar o cenário em que a jurisdição constitucional está inserida, além das correntes construídas pela doutrina a favor e contra sua intervenção em assuntos políticos, elementos basilares para a concepção de sua legitimidade democrática. Percebeu-se os momentos históricos vivenciados, sem os quais os tribunais constitucionais talvez não teriam galgado relevante posição sublime que hoje ocupam, fruto de intensas produções teóricas pelos grandes expoentes do direito.



É certo não compreender a justiça constitucional como uma forma de governo, em substituição aos representantes do povo, de onde emana, e deverá assim continuar fluindo, o poder. Deveras, a história demonstra que o poder nas mãos de poucos tende a se transformar numa governança tirânica, assoladora dos direitos humanos, cujos retrocessos provocados soterram décadas de desenvolvimento social, cultural, econômico e político das nações. Aliás, as próprias hostilidades do século XX despertaram a necessidade de se ter uma instituição permanente e atenta à proteção da dignidade da pessoa humana diante das eventuais veledades dos governantes. O poder de escolha deve permanecer nas mãos daqueles sufragados pelo eleitorado, cujo mandato se exercita por tempo determinado, a quem compete comandar os planos governamentais, bem como proceder à produção legislativa que melhor atenda às necessidades do Estado e do povo. Não obstante, não se deve concebê-los acima do documento normativo essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos individuais, a Constituição. Com efeito, esta deve prevalecer até mesmo quando ausente o consentimento da maioria popular, desde que seja em benefício do bem-estar humano. É claro que alguns temas são mais polêmicos que outros, como o direito à vida diante da alta criminalidade, e o mesmo direito diante da pena capital. Exige-se que nenhum comportamento ilegítimo venha tolher o respeito à vida, à saúde, à liberdade, à integridade física e moral, à liberdade de expressão, dentre inúmeros outros direitos fundamentais. Assim, a idealização de um tribunal constitucional apto a garanti-los e a resgatá-los se mostra aceitável, à medida que um colegiado de juízes, revestidos de proteção contra grupos de pressão, pode bem corroborá-los. Não se trata de colocar a justiça constitucional acima da Constituição, pois a ela, todos devem se subordinar, até mesmo aqueles que detêm a última palavra sobre as questões constitucionais. A propósito, o enaltecimento da Constituição se afigura também como a mais importante garantia ao povo, em razão de a justiça constitucional só poder se manifestar nos limites impressos na carta político-normativa. Trata-se de marcos que, à exceção dos direitos petrificados, podem legitimamente ser reformulados e definidos pela deliberação discricionária da política. A ideia é a de que a jurisdição constitucional se manifeste em prol do povo, não só a favor da Carta Magna, mas também da legislação infraconstitucional, desde que estas guardem afinidade com aquela.



No Brasil, reconhece-se a necessidade de se conferir maior atenção aos mecanismos jurídicos relacionados ao controle das políticas públicas e ao modo de investidura dos ministros no tribunal constitucional, sem prejuízo de se requintar a forma de participação do cidadão na jurisdição constitucional, nos moldes preconizados por Peter Häberle. Nessa reflexão, cabe ao Poder Legislativo, e não aos juízes constitucionais, a realização de concretizar a aludida missão, no legítimo exercício da representação democrática, amenizando dessa forma o conhecido ativismo judicial.

Quanto ao acesso do cidadão ao Judiciário, parecem ser satisfatórios os mecanismos dispostos ao jurisdicionado, sobretudo com o advento da Carta de 1988, responsável pelo aperfeiçoamento de uma nova conjuntura de remédios constitucionais capazes de viabilizar a proteção das liberdades públicas, além do acesso pelas vias oblíquas à jurisdição constitucional (controle incidental).

Defende-se um Estado de Direito administrado por governantes, balizado por legisladores e salvaguardado por julgadores. A salvaguarda na mão do administrador pode se tornar despótica – como já se tornou e pode vir a se repetir, em razão do egocentrismo. O Chefe do Executivo que detém a competência de protegê-la também pode outorgar uma nova Carta em “necessária” substituição. Deve ele se concentrar no desenvolvimento do país através da formulação de políticas públicas. Tampouco seria legítimo que um grupo de magistrados, abstraído do controle popular, não eleitos diretamente pelo povo e constituídos para o julgamento de litígios, governasse uma nação que possui como fundamento o postulado do regime democrático. Nas mãos do Legislativo, não se mostrará eficaz em razão da perda de unidade advinda do pluralismo político – reconheça-se: conforme aventado por Carl Schmitt (2007 *apud* BARCELLOS, 2011, p. 7-8). Cabe a um órgão distinto, específico e independente o controle daquilo que não redigiu e do que não planejou. Legitimado, desse modo, a reprimir atos funestos, declarar a nulidade de legislações inconvenientes (inconstitucionais) e implementar direitos negligenciados. Desse modo, para que um país atravessasse um longo período de estabilidade política, é necessário que esse Estado esteja protegido contra eventuais ataques à ordem jurídica, ou até mesmo, às omissões governamentais que, paulatinamente, podem se tornar mais devastadoras que um conjunto de ações



revestidas de vontade espúria. Como seja, já dizia Martin Luther King, ativista político estadunidense: “O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons”.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura. A jurisdição constitucional brasileira. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 6. México: Editorial Porrúa, 2006. Disponível em: <<http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/RIDPC-6.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, volume 8, n. 1, jan./jun. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://publicacoes.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1222/1147>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 12, n. 96, fev./maio 2010. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, n.º 9, março/abril/maio, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista de Estudos Avançados**, vol. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 721/DF**. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+721.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+721.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei, e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.), com a



colaboração de Emilio Santoro. Tradução Carlos Alberto Dastoli. **O Estado de direito: história, teoria, crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law.** The Moral Reading of the American Constitution, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

GOMES, Camila Paula de Barros. **O judiciário no neoconstitucionalismo: o desafio de concretizar direitos sociais sem invadir a arena política,** 2011. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MATTEUCI, Nicola. **Organización del poder y libertad.** Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica da Presidência,** Vol. 9, n. 84, abr./maio 2007. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/FabricioJuliano\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/FabricioJuliano_rev84.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2012.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência,** Vol. 13, n. 101, out. 2011/ jan. 2012. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2012. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-13-n-101-out-2011-jan-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-01-23.5015439429>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. **Revista Direito Público,** Vol. 1, n. 25, jan/fev-2009. Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/550/593>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Breves comentários à Constituição Federal,** Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Supremo Tribunal Federal: o caso paradigmático da Corte Constitucional Brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 12, n. 98, out. 2010/jan. 2011. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2011. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-98-out-2010-jan-2011/menu-vertical/artigos/artigos.2011-02-18.2974549222>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1998.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2012. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-13-n-101-out-2011-jan-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-01-23.0731894512>>. Acesso em: 23 jul. 2012.



# A CONSTITUIÇÃO E A SUPRALEGALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAUSAS, JURIDICIDADE E CONSEQUÊNCIAS<sup>1</sup>

CONSTITUTION AND THE SUPRA-LEGALITY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CAUSES, LEGALITY AND CONSEQUENCES

*Robert de Alcântara Araripe Seabra<sup>2</sup>*

*Clarissa Fonseca Maia<sup>3</sup>*

*Mario Henryke Guerrero Palacios<sup>4</sup>*

## Resumo

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão recente, na ADPF nº 54, opinou pela descriminalização do aborto de fetos anencefalos, o que contradiz diretamente a tese de supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH). Após décadas em uma doutrina consolidada no entendimento da validade dos tratados internacionais como legislação ordinária, o STF decidiu, em 2008, dois casos que marcariam para sempre sua história: a ADIN 3510 e o RE 466.343-1/SP. Foi no Recurso Extraordinário (RE) 466.343-1/SP, na apreciação quanto à inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, em todas as modalidades de depósito, em face do Tratado Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o STF sofreu uma mudança de paradigmas em suas decisões. Este julgado passou a constituir um “leading case” em matéria de internalização de tratados que versem sobre Direitos Humanos, até a edição da súmula vinculante 25, em 2009, pela Corte Constitucional Brasileira

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 06/06/2012. Pareceres emitidos em: 26/07/2012 e 19/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Advogado, aluno dos Cursos de Especialização em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, e de Preparação à Magistratura pela Escola de Magistratura do Estado do Piauí – ESMEPI, Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino do Vale do Parnaíba, CESVALE. E-mail: <seabra.adv@hotmail.com>

<sup>3</sup> Mestra em Direito Constitucional pela UNIFOR, Professora de Pós Graduação em Direito Público pela Escola de Magistratura do Estado do Piauí – ESMEPI e Universidade Federal do Piauí – UFPI, Professora do Instituto Camilo Filho – ICF.

<sup>4</sup> Alumno de la Universidad Anáhuac Mexico Público México Sur y asiste del Dr. Edgar Corzo Sosa, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



que considera, até então, ilícita a prisão civil do depositário infiel qualquer que seja a modalidade do depósito, sob o argumento da supralegalidade, dotada de clara eficácia supraconstitucional. Assim, o presente trabalho buscou a análise crítica da internalização em carácter supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, cuja adesão foi manifestada pelo Brasil em 1992, suas razões, seus fundamentos e suas consequências no ordenamento jurídico. Será realizada uma pesquisa de revisão bibliográfica e colação de partes de sentenças do STF, contrapondo pontos de vistas distintos abordados pela doutrina e extraindo-se a conclusão crítica do colacionado.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Internalização; Inconstitucionalidade; Depositário infiel.

### Abstract

The Federal Supreme Court (STF), in a recent decision, the ADPF No. 54, opined the decriminalization of abortion of anencephalic fetuses, which directly contradicts the thesis supralegalidade of International Treaties on Human Rights (TIDH). After decades in one consolidated doctrine in understanding the validity of international treaties as ordinary legislation, the Supreme Court decided, in 2008, two cases that marked its history forever: the ADIN 3510 and RE 466.343-1/SP. It was at the Extraordinary Appeal (RE) 466.343-1/SP in assessment as to the unconstitutionality of prison unfaithful trustee, in all forms of deposit, in the face of the International Treaty on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), which STF suffered a paradigm shift in their decisions. This trial has become a “leading case” on internalization of treaties that deal with human rights, to the 25th edition of binding precedent in 2009 by the Brazilian Constitutional Court considers that, until then, civil wrongful imprisonment of an unfaithful trustee whatever the mode of deposit, arguing the supralegalidade, endowed with clear efficacy supraconstitucional. Thus, the present study sought to critical analysis of internalization in character supralegal Pact of San José, Costa Rica, whose membership was expressed by Brazil in 1992, its reasons, its foundations and its consequences in the legal system. There will be a literature review of research and collation of parts of sentences of the Supreme Court, opposing viewpoints and distinct doctrine addressed by extracting the completion of critical collated.

**Keywords:** Human Rights; Internalization; Unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

Na última década, o Poder Judiciário brasileiro foi marcado por inúmeros progressos e transformações que lhe ofereceram um comportamento mais afirmativo (justiça afirmativa) e proativo (ativismo judicial) para solucionar as lides de grande repercussão política e social, tornando-o protagonista na vida institucional brasileira.

O ativismo judicial, movimento que coloca o Poder Judiciário frente às decisões políticas e sociais para dirimir conflitos causados pela mora, desídia ou crise de confiabilidade dos demais poderes (executivo e legislativo), ganhou espaço



no Brasil e tem sido cada vez mais aceito como solução eficaz na concretização dos direitos fundamentais que se inserem na nova ordem jurídica mundial. Em destaque, neste novo cenário que se coloca, surgem os Direitos Humanos como perspectiva de retorno do *jusnaturalismo* sob a forma de *pós-positivismo jurídico*, imprimindo a ideia de uma cadeia de valores morais e jurídicos que seriam superiores às ordens constitucionais estabelecidas e às diferenças culturais, impondo sua consideração ainda que contrária à convenção social e jurídica.

Em decorrência do socorro que presta à nação pelo “abandono” dos demais poderes, o Poder Judiciário acabou se tornando, aos poucos, mais representativo do que o Poder Legislativo, no que se refere a questões de interesse social, conforme assevera o Professor Luís Roberto Barroso (2011), uma vez que este último encontra-se em uma grave crise institucional e funcional.

Em contrapartida, em *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo de um terceiro turno da constituinte* (STRECK, 2009) resta clara a demonstração metafórica do paralelo entre as paixões momentâneas que cegam os Homens e o objetivo maior da constituinte, que é proteger o próprio gestor do poder de seus desmandos futuros, na imagem das ordens de Ulisses de que o amarrassem ao mastro e de lá não o soltassem, não importasse quais fossem suas ordens futuras. A *ordem jurídica recém-estabelecida* encontra um contexto de contradição entre a realização de seus valores fundamentais, sendo, de um lado, a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, artigo 4º, II e artigo 5º, § 2º CF) através de sua extensão com base em um novo paradigma de valoração constitucional; e, de outra via, a manutenção da soberania nacional, jurídica e constitucional (artigo 1º, I e artigo 4º, I, artigo 60, ambos da CF) contra decisões que possam vir a extrapolar os poderes conferidos, sob o fundamento de uma possível, ineficaz e confusa “pacificação social”. Lenio Streck (2009) demonstra que ao considerar acima de qualquer custo e sem racionalismo essas paixões, desconsidera-se “o élan vital que imprime significado a uma Constituição”: ela é feita em momentos de “sobriedade” política para defender a sociedade destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos. Destarte,

mesmo nos casos de desespero coletivo – como ocorre nos casos de guerra, o que aparece claramente nos textos de Homero – ,era necessário obedecer às razões e não às paixões temporárias ou aos interesses



derivados de cada um dos indivíduos. Como Ulisses e suas correntes, também a democracia pelos gregos passava pelo desenvolvimento de mecanismos que limitavam o exercício do poder e o racionalizavam, como, por exemplo, mecanismos de pré-compromissos ou de auto restrição. (STRECK, 2009)

Sob a problemática de um novo tipo normativo, ausente em natureza jurídica nos tipos enumerados (*numerus clausus*) ao artigo 59 da Constituição Federal, criado pelo STF por ativismo judicial ao argumento de proteção aos “direitos humanos”, este trabalho objetiva a análise crítica: das condições que levaram à criação do tipo “norma supralegal”, da valoração do Pacto que gerou divergência de posicionamentos em julgados e das consequências da aplicação deste novo tipo normativo para o direito brasileiro.

Para consecução dos fins a que se propõe, o presente estudo se baseia em revisão de literatura especializada de livros, artigos científicos, materiais da rede mundial de computadores e breve análise julgados que envolvem o tema. Assim, preliminarmente, tecer-se-á uma explanação conceitual dos institutos em análise, quais sejam, jurisdição constitucional, o ativismo judicial, os sistemas normativos, a lei, os direitos humanos, a internalização dos tratados, e os argumentos favoráveis e contrários à supralegalidade dos tratados internacionais que versarem sobre Direitos Humanos (DH), apontando enfim, porém sem esgotamento do tema, um posicionamento que achar coerente quanto ao abordado, e, em seguida, as conclusões obtidas do estudo.

## 1 O QUE É A SUPRALEGALIDADE

A “supralegalidade”, cujo conceito era, até o ano de 2008, inexistente no Brasil<sup>5</sup>, pode-se caracterizar atualmente como um típico exemplo de ativismo judicial, porém como se verá a seguir, extremamente questionável sob o ponto de vista científico.

<sup>5</sup> O que ainda hoje persiste no sistema positivo (não se encontra entre os tipos normativos do art. 59), pois se trata de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (e, a partir de 2009, também sumular). Porém frise-se que a possibilidade de internalização de tratados sempre esteve presente, ainda que não da forma como foi permitida pelo STF.



O tipo de norma suprallegal, institucionalizado pela histórica decisão do dia 03 de dezembro de 2008, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, surge como um divisor de águas na história jurídica nacional e constitui um “leading case”<sup>6</sup> para decisões semelhantes anulando a eficácia das legislações contrárias.

Há que se falar ainda que esta decisão influenciou profundamente, senão unicamente, para a edição da súmula vinculante 25 (cujo texto foi extraído completamente da ementa do acórdão) e a revogação da súmula 619, tornando de oponibilidade *erga omnes* seus efeitos.

## 2 AS TEORIAS QUANTO A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS (TIDH) NO BRASIL

Os TIDH internalizados pelo Brasil possuem as seguintes teorias quanto a sua hierarquia e oponibilidade: a) a que entende como supraconstitucional o *status* atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo seu principal expoente é Celso de Albuquerque Mello; b) a corrente que atribui hierarquia constitucional aos documentos internacionais de direitos humanos, defendida por Flávia Piovesan e Antônio A. Cançado Trindade; c) aquela que considera os acordos internacionais como lei ordinária, sendo esse o entendimento sustentado até pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal e; d) a interpretação que atribui caráter suprallegal aos tratados internacionais de direitos humanos, recentemente aventada pela maioria do Pretório Excelso.

A primeira teoria, da lavra de Celso de Albuquerque Mello considera natureza supraconstitucional. Essa tese, apoiada em uma mutação constitucional extensiva<sup>7</sup> dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF, defende a ideia que nem mesmo

<sup>6</sup> Guido Fernando Silva Soares em sua obra **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA** (1. ed., 2. tir., 1999, p. 40-42) ensina que o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”

<sup>7</sup> Define-se como “mutação constitucional extensiva” a utilização, a um só tempo, de uma interpretação extensiva com combinação por via sistemática (justificada por uma “lógica” na combinação de artigos, parágrafos e incisos) e uma mutação constitucional para fundamentar um entendimento totalmente alheio ao sentido original da norma, e muitas vezes, como o caso em análise, direcionando a um sentido totalmente contrário ao estabelecido pelo legislador originário.



normas constitucionais teriam o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Critica-se esse posicionamento por ferir o princípio da supremacia da Constituição. Como bem destaca o Ministro Gilmar Mendes, “a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal para exercer o controle de regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”<sup>8</sup>

A aplicação dessa tese viola dispositivo constitucional, impossibilitando que seja exercido o controle de constitucionalidade sobre as convenções internacionais, conforme previsto no artigo 102, inciso III, alínea b da Constituição Federal, o qual estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Em razão do exposto, a presente teoria encontra grande resistência quanto a sua aplicação.

A segunda tese possui como expoentes Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Para esses autores, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser aceitos em nível constitucional, mesmo os recepcionados anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que forem aprovados pelo Congresso Nacional sem respeitar o quórum especial previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

Essa corrente atribui hierarquia constitucional somente aos tratados internacionais de direitos humanos em razão de seu caráter especial, já os tratados internacionais comuns possuiriam hierarquia infraconstitucional.

Fundamentam seu posicionamento no previsto no § 2º, artigo 5º da Carta Constitucional, pois entendem tal previsão como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

<sup>8</sup> STF, RE nº 466.343-1, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.



Soma-se a isso o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, ou seja, os tratados internacionais teriam aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Piovesan (2006, p. 94) diz que “se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata”.

Vale ressaltar que, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, somente os tratados internacionais que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalerão às emendas constitucionais.

No entanto, ainda permanece a discussão em relação aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Outro entendimento defendido em torno da internalização dos tratados de direitos humanos é o de que os tratados possuem hierarquia de lei ordinária, sendo este o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP.

Seu principal representante é Francisco Rezek, para quem tanto os tratados internacionais comuns, como também os de direitos humanos serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno em nível infraconstitucional (lei ordinária) e condicionados a um processo formal de recepção, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional do texto que constitui o tratado e que passará, após a publicação de Decreto-Legislativo no Diário Oficial da União, a ser lei ordinária.

Essa corrente é tradicionalmente acolhida pela Suprema Corte desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque e que remonta ao ano de 1977. Vale lembrar que nesse caso não se tratava de questão envolvendo um tratado internacional de direitos humanos, mas sim sobre títulos de crédito<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p. 274-302.** **280**



Mesmo após a Constituição Federal de 1988 a tese continuou encontrando respaldo, conforme se verifica de um grande repertório de casos julgados<sup>10</sup> que reafirmam o entendimento de que os tratados internacionais adentram no ordenamento jurídico interno como legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat priori*.

Destaca-se que tal corrente atualmente possui a exceção prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, que recepciona com *status* de emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum especial.

Por fim, a última tese defendida pela doutrina brasileira em relação ao grau hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos é a que foi apresentada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP e que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos um nível hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária.

Esse posicionamento, aventado pelo Ministro Gilmar Mendes, dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal e que tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de qualquer norma legal com eles conflitantes, inclusive da legislação infraconstitucional que tenha sido editada após o início da vigência das convenções internacionais e que com elas sejam incompatível.

---

calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto (Relator para o acórdão) entendeu que ato normativo internacional, no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidas pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>10</sup> STF, HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), julg. em 23.11.1995; HC nº 74.383-8/MG, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 22.10.1996; HC nº 76.591-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 27.05.1998; HC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 29.03.2000; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.09.2003; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2012.



Essa tese já vinha sendo sustentada pelo Min. Sepúlveda Pertence que entendia não ser possível acatar a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em razão do princípio da supremacia da Constituição e aceitava “sem certezas suficientemente amadurecidas, (...) a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes<sup>11</sup>.

Denota-se dos casos levados à Suprema Corte que nem todos tratavam da mesma matéria, sendo que os Recursos Extraordinários nº 466.343-1 e 349.703-1 versavam sobre a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária. Por sua vez, no *Habeas corpus* nº 87.585-8 buscava-se afastar a prisão civil no caso de depositário convencional baseado no artigo 11, item 1 do Decreto nº 1.102 de 1903<sup>12</sup> e, no *Habeas corpus* nº 92.566-9, pretendia-se declarar ilícita a prisão civil do depositário judicial.

Ao fim do julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negaram provimento ao Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, mantendo a decisão que entendeu não ser mais possível determinar a prisão civil nos casos em análise<sup>13</sup>. Mesmo tratando-se de matérias diversas, mas com alguns pontos de convergência, entre eles as denominações “prisão civil” e “depósito infiel”, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a todos os casos o mesmo resultado final, reconhecendo a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel em todas as modalidades de depósito.

O acórdão restou assim ementado:

---

<sup>11</sup> STF, HC nº 79.785-ED, p. 22. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>12</sup> Institui regras para o estabelecimento de empresas de Armazéns-Gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas. Em seu artigo 11 prevê que as empresas de Armazéns-Gerais, além das responsabilidades especialmente estabelecidas nesta Lei, respondem: 1)Pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois que judicialmente forem requeridas.

<sup>13</sup> STF, HC nº 92.566-9/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 03.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.



PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art.7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.** (grifo nosso)<sup>14</sup>

Esse texto que ementa a decisão do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP culminará na edição da Súmula vinculante nº 25, de mesmo teor da ementa, e na revogação da Súmula nº 619 que permitia, conforme a legislação pátria, a decretação da prisão do depositário judicial no processo que constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

### 3 ANÁLISE CRÍTICA DA ADOÇÃO SUPRALEGAL DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Neste ponto do ensaio busca-se analisar criticamente a validade, os efeitos e as consequências da internalização Supralegal do Pacto de San José da Costa Rica como Tratado ou Convenção que versa sobre Direitos Humanos no orbe jurídico brasileiro.

Na primeira adversidade impõe-se a problemática sobre o significado de tal expressão: “direitos humanos”. E junto a este signo outros se aliam para ampliar o arcabouço subjetivo<sup>15</sup>, ainda que sejam, contraditoriamente, conceitos básicos e de caráter objetivo, como o conceito do que seria “dívida”, “depositário infiel”, “prisão civil”, etc.

Não há um rol taxativo<sup>16</sup> e universal do que seja Direitos Humanos. Desta maneira, na medida em que surgem novas tecnologias, tanto a natureza quanto o

<sup>14</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 abr.2012.

<sup>15</sup> Embora possuam conceitos claros e de simples definição a legislação e o abuso hermenêutico causou enorme confusão doutrinária e jurisprudencial por abuso das partes envolvidas, quer fosse do legislador ordinário, do magistrado, ou do que podemos chamar de legislador extraordinário (STF).

<sup>16</sup> Caso houvesse um conceito estático ou um rol, como aponta o texto, “taxativo e universal”, não haveria necessidade de que se firmassem novos pactos internacionais



homem se modificam e estes direitos tendem a receber uma nova dimensão. Eram de uma maneira durante os movimentos abolicionistas e Democráticos, foram outros na revolução industrial (séc. XVIII), na revolução sexual (séc. XX), e tendem a se transformar novamente com a ampliação do direito de acesso a informação e consequente popularização massiva da internet (século XXI), algo inimaginável ao tempo da Declaração dos Direitos do Homem (1789).

Em se tratando de Direitos Humanos, Bobbio (2004) já alertava em sede internacional sobre os problemas que podem advir do desentendimento terminológico (signo, significante e significado) quando menciona que:

Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais frequente entre juristas de tradição continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam frequentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras. (BOBBIO, 2004, p. 26-27)

Usando um paralelo, em *Cem Anos de Solidão*, Gabriel Garcia Marques (1967) menciona que, em Macondo, “o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las se precisava apontar com o dedo”. Da mesma forma, a previsão da suprallegalidade de direitos derivados de tratados internacionais não é tão nova quanto sua aplicação e denominação (em 2008), conforme se pensa.

O caráter suprallegal que foi atribuído pela Suprema Corte aos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 1º, § 2º; e pós EC45/2004 também o § 3º da CF), encontra amparo no direito comparado, como se denota da Constituição Mexicana em seu artigo 1º<sup>17</sup> (emendado em 12 de novembro de 2011), da Constituição Alemã em seu artigo 25<sup>18</sup>, da Constituição Francesa no artigo 55<sup>19</sup> e

---

sobre o tema desde a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” de 1789, onde já vigorava o conceito de universalidade destes direitos.

<sup>17</sup> (...) *Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte* (...)

<sup>18</sup> Artigo 25 da Constituição da Alemanha: “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.” STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.



na Constituição Grega, artigo 28<sup>20</sup>, todas prevendo expressamente este nível hierárquico<sup>21</sup>. O Paraguai também adota esse entendimento e disciplina a questão no artigo 137 de sua Constituição, prevendo que os tratados internacionais prevalecem sobre as normas infralegais, ressaltando que estão hierarquicamente abaixo da Constituição, que é a norma suprema, não fazendo distinção entre os tratados de direitos humanos e os comuns<sup>22</sup>.

A Constituição Brasileira de 1988 não é diferente, embora tenha adotado um texto que margeia variáveis interpretativas, no qual se lê:

Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desse texto normativo pode-se extrair uma interpretação simples e dois problemas básicos, estando o texto dividido em duas partes.

Em uma interpretação simplista, ainda pelo estilo da hermenêutica clássica em seus primeiros critérios (gramatical, sistemático, histórico, etc.), lê-se o que foi escrito, ou seja, que os direitos que constam na Constituição não excluem a aquisição em caráter genérico de outros direitos infraconstitucionais que sejam

---

<sup>19</sup> Artigo 55 da Constituição da França de 1958: *“Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.”*

<sup>20</sup> Artigo 28 da Constituição da Grécia de 1975: *“The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary”*. Idem.

<sup>21</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 210. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>22</sup> Constituição do Paraguai de 1992: *“Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”* PARAGUAI. Honorable Cámara de Senadores. Constitución De La Republica Del Paraguay. Disponível em: <[http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley\\_resultado&id=2865](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley_resultado&id=2865)>. Acesso em: 11 nov. 2008.



derivados de seu regime (normas de eficácia limitada<sup>23</sup>) e princípios (programas e objetivos<sup>24</sup>), ainda que não constem no texto original da Constituição.

Gramaticalmente, o legislador, dividindo o texto, através do conectivo “ou”, em dois tópicos, pretendeu, na primeira parte, ao tratar de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Constituição, permitir a consideração de direitos em casos de lacuna do texto Constitucional e quiçá do legal<sup>25</sup>, exatamente para assegurar a efetividade do art. 5º, XXXV, CF<sup>26</sup> em uma repetição desnecessária do art. 4º e 5º da LINDB<sup>27</sup> que parece mais ter confundido que simplificado o conjunto (sistema).

Na “segunda parte” o Constituinte originário buscou permitir a consideração no orbe jurídico pátrio (internalização) dos tratados e convenções em que a República Federativa do Brasil seja parte. Consta no texto apenas que estes direitos adquiridos por tratados internacionais não serão desconsiderados, mas em hipótese alguma que estes teriam valor Constitucional, automaticamente, permitindo o contrabando legislativo contramajoritário<sup>28</sup> em sede internacional.

Interpretar esta parte do texto estendendo aos tratados não internalizados pelo quórum de Emenda Constitucional (3/5) um *status* também constitucional fere diretamente a soberania e a independência do Estado (art. 1º, I e art. 4º, I, III, IV, da CF), além de oferecer poderes desmedidos sobre a Constituição ao Presidente do

<sup>23</sup> Normas que a Constituição pede pela criação ao legislador ordinário. Um exemplo de tal norma é a do artigo 48, CF, onde se lê: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>24</sup> Normas que seguem os princípios programáticos e objetivos que a constituição estabelece para aquisição de direitos.

<sup>25</sup> Legislação específica, fontes – analogia, costumes, doutrina, jurisprudência e princípios gerais.

<sup>26</sup> A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>27</sup> “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (...) Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

<sup>28</sup> Uma das características principais da Lei é sua edição pelo ente competente, no caso de um país democrático, escolhido pelo povo para, de acordo com a Constituição, seguir seus ditames. As leis que forem criadas por outra forma se opõe à vontade majoritária, são, por isto, chamadas contramajoritárias, tanto a legislação como a aplicação desta contrária à vontade da democracia.



Reich (algo temido por Kelsen ao idealizar o sistema de controle constitucional concentrado).

Não tardou para que fosse suscitada em sede doutrinária e jurisprudente uma interpretação extensiva que considerasse constitucionalmente protegidos e de aplicação imediata os tratados internacionais em face da combinação dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, CF. O Supremo Tribunal Federal até então já havia firmado o entendimento de oferecer a estes tratados a validade de Lei ordinária, ainda que as prosseguissem os questionamentos em controle difuso.

Para dirimir eventual conflito que passara a ser suscitado, sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e sua oponibilidade constitucional, o legislador resolveu emendar a Constituição (através da EC nº 45 de 2004) estabelecendo uma expressa proibição da interpretação extensiva do art. 5º, § 2º combinado com seu § 1º da CF, que trouxe o seguinte texto:

art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, **em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos** dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Muito importante é a comparação deste texto com o texto que permeia a votação de Emendas Constitucionais do art. 60, CF, que expõe:

art. 60. (...) § 2º - A proposta será discutida e votada **em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos**, considerando-se **aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos** dos respectivos membros. (grifo do autor)

Note-se que **não se trata de uma liberdade exegética** oferecida ao julgador, muito ao contrário, trata-se de uma clara limitação à margem de qualquer interpretação. O § 3º estabelece claramente que nada poderá ser posto em paralelo à Constituição se não for aprovado pelo quórum exigido para tanto, respeitando-se a soberania popular. Ressalte-se que, quanto ao quórum de que trata, não obstante seja específica a disciplina do art. 5º, § 3º, CF<sup>29</sup>, é o mesmo quórum exigido para

<sup>29</sup> Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.



emendas constitucionais de qualquer matéria ou disciplina<sup>30</sup>. O legislador através da EC 45/2004 oferece ao Presidente da República, ao assinar um tratado que verse sobre Direitos Humanos, a oportunidade de ocupar a posição de um proponente a emendar a Constituição, emenda que poderá vir a ser aprovada, mantendo a todo custo a soberania nacional e Constitucional.

Com base nos instrumentos do direito pátrio<sup>31</sup>, inobstante a assinatura do Pacto de San José, o STF teria ampla competência para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 911/1969 em seu artigo 4º, que oferece a possibilidade da prisão civil do devedor fiduciário como se depositário infiel fosse.

Em uma análise do texto constitucional poderão ser encontrados abundantes indícios que oferecem substância a esta tese, contrabalanceando o simulacro oferecido pelo Acórdão do RE 466.343-1/SP.

O artigo 5º, da CF, que abre o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) do Livro I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da CF, menciona em seu inciso LXVII:

Art. 5º. (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Neste aspecto há uma dupla garantia inclusa no artigo 5º, LXVII, CF, pois o legislador que poderia ter incerto uma norma de eficácia limitada <sup>32/33</sup> ou ainda de

<sup>30</sup> O único exemplo, até então, de internalização sob o rito do art. 5º, §3º, CF, é o da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008.

<sup>31</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012. p 86.

<sup>32</sup> “Normas de eficácia contida: São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência legislativa do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Em cima das palavras do ilustre autor, observo que a legislação inferior, quando de sua regulamentação não será ilimitada. Nas normas de eficácia contida, a regra geral corresponde à regulamentação originária do poder constituinte e sua posterior restrição, por lei hierárquica inferior, trata-se da exceção; Jamais esta exceção tornar-se-á regra, de modo que seja alterado o cérebro normativo do poder constituinte. O núcleo fundamental de sua redação. Exemplo de norma de eficácia contida: “Art. 5º (...) XIII - É



eficácia contida<sup>34</sup> (tal como previa a Emenda de 1969 da Carta de 1967) preferiu constitucionalizar a coerção civil nos direitos e garantias fundamentais<sup>35</sup> (que possuem eficácia imediata) para obrigar as duas formas de adimplemento obrigacional (assegurando a efetividade do depósito judicial e o cumprimento da obrigação alimentar).

Nesta função de “dupla garantia”, assim como o inc. LXVII garante ao devedor que não poderá ser preso por dívida também garante ao alimentado e ao depositante a coerção para forçar o adimplemento da obrigação pelo alimentando e pelo depositário.

Porém, ainda na condição de apreciação pelo CN de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, CF) na questão relativa à nulidade dos efeitos das normas constitucionais e pertinentes à prisão civil do depositário infiel (judicial e administrativo), de bens pertencentes à administração pública, esta Emenda ou Decreto Legislativo, teria uma legalidade duvidosa. Isto porque as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60) mencionam em seu § 4º:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Dentre os direitos e garantias individuais que se encontram no art. 5º está o inciso LXVII, que oferece ao alimentado e ao depositante a segurança (garantia) da coerção civil sob o inadimplente injustificado da obrigação.

---

livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-greuve-do-servidor-p%C3%BAblico-qual-sua-efic%C3%A1cia-legal>>

<sup>33</sup> Um exemplo sugerido seria: “Não haverá prisão civil exceto as previstas em Lei”.

<sup>34</sup> Segundo previa a Carta Política de 1967, com a Emenda de 1969, no parágrafo 17 do art. 153, a prisão civil do depositário infiel deveria se dar na forma da lei, ou seja, se estava diante de norma de eficácia contida. Atualmente, a locução na forma da lei foi afastada do texto constitucional, tornando-a norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

<sup>35</sup> Segundo o § 1º, art. 5º “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.



Há também de se convir que este bem em depósito judicial é muitas vezes um bem cuja apreensão administrativa já foi efetuada, mas, sem local apropriado, permaneceu sob depósito do “infrator” até que fosse homologado seu perdimento ou não, em última instância administrativa.

Pode-se dizer com segurança que, a partir do perdimento, o bem já faz parte do patrimônio público. Se o perdimento do bem o torna patrimônio público é obvio que apenas por aprovação do Congresso Nacional, especificamente a questão relativa a depósitos administrativos e judiciais, poder-se-ia considerar inaplicáveis estas modalidades de depósito (que envolvessem patrimônio nacional – bem público da União, dos Estados e dos Municípios). O posicionamento extrai-se da leitura do artigo 49, I, CF, cujo texto aponta:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Entende-se que é de competência do Congresso Nacional resolver definitivamente quanto à proposta de declaração de inconstitucionalidade da prisão civil dos depositários infieis de bens pertencentes à administração pública, sendo esta apreciação resultante de Decreto Legislativo com validade de Emenda Constitucional por ser tratado que verse sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º) e por afrontar diretamente a Constituição.

Do texto do artigo 7º, item 7, do Pacto de San José extrai-se:

Art. 7º Direito à Liberdade Pessoal (...)  
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

De toda sorte, caso o STF entendesse necessário, a aplicação Supralegal do Pacto de San José (art. 7, 7) ao caso em tela estaria assegurada caso esta não contrariasse diretamente o texto Constitucional, o que não acontece, por exemplo, com a prisão do devedor fiduciário.



Acredita-se que neste aspecto, ao normatizar a prisão civil do devedor fiduciário, o legislador age com abuso do poder político, buscando favorecer injustificadamente grandes bancos e financeiras<sup>36</sup>, pois conforme demonstra César Peluso na decisão em análise (RE nº 466.343-1/SP),

a aplicação do artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69 é inconstitucional, pois entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade ou conexão teórica. (...) prescrever que há depositário onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção jurídica<sup>37</sup>.

O Ministro César Peluso, em seu voto, afastou a prisão civil do depositário infiel em razão de não se tratar de um contrato típico de depósito. Considerou, todavia, a desnecessidade de invocar o Pacto de San José da Costa Rica encontrando soluções no direito pátrio e na competência do próprio tribunal em reconhecer a inconstitucionalidade em controle difuso, sem descabimentos. Já o Min. Gilmar Mendes acompanhando o voto do Relator (Min. Peluso) pela ilegalidade da prisão civil do devedor fiduciário, acrescentou o fundamento da supralegalidade do Pacto, afirmando:

(...) desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna.

<sup>36</sup> O Ministro Marco Aurélio lembra, no RE 466.343-1/SP, que além dos institutos serem diversos, o que já impossibilitaria a prisão civil, a equiparação da alienação fiduciária foi a forma encontrada (pelo legislativo) para, em certo período, dar garantias a entidades financeiras por quem logrou financiamento. Houve abandono da razoabilidade legiferante e do próprio texto Constitucional para uma ficção quase absoluta e ficção jurídica, equiparando-se a figura do devedor fiduciante e a do depositário infiel como se aquele assumisse a obrigação de não satisfazer o valor do bem alienado, mas de devolver o bem depositado, como é o caso do depositário. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>37</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012. p 25.



Seu entendimento foi fundado no fato de, segundo o Ministro, ser o Brasil um Estado Constitucional Cooperativo. Neste modelo o Estado busca se disponibilizar “como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.<sup>38</sup> O Estado é regido nas relações internacionais pela cooperatividade entre as nações, em uma das interpretações do art. 4º, IX, CF, o que se tem aliado à recente teoria do “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves (2009 apud SOLIANO, 2012), que prega a negociação e a cooperação dos Estados no cenário transnacional em matérias que envolvem Direitos Humanos. Há até os tratem do assunto como “crise da jurisdição constitucional” (CONI, 2006).

O Ministro Gilmar Mendes pontua que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, porém, possuem um lugar especial reservado, no ordenamento jurídico pátrio.

A Min. Carmen Lúcia sustentou que deve ser dada uma interpretação proativa aos direitos fundamentais a fim de que os direitos e garantias expressos na Constituição sejam concretizados efetivamente. Por fim, ponderou que o contrato de depósito e a alienação fiduciária são completamente distintos e que este último não se enquadra na exceção do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, destacando que, “diante desses novos modelos trazidos por Mendes, até mesmo as hipóteses da Constituição (prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos) são duvidosas”. Observe-se que em todo o exposto foi tomado com centro o RE 466.343-1/SP (alienação fiduciária).

Impropriedades técnicas podem surgir em uma interpretação puramente literal do artigo 5º, LXVII, CF. Depósito infiel não é dívida. Se assim o fosse também seriam os valores ou bens subtraídos ardilosamente (por meio de apropriação indébita, estelionato, furto ou roubo) estando também paralisadas suas punições pela mesma interpretação dita “supralegal” do mesmo art. 7º, 7 do aludido Pacto, uma vez que não se limita a prisão civil. Ademais a dívida originária de depósito, ausente a má-fé em sua contração, não é punível nem civil, nem penalmente.

---

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77 apud MENDES. *Ibidem*, p. 43



Observe-se que o Código Civil, em seu artigo 642, menciona:

Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

O ônus da prova exigido ao depositário demonstra que, entre apropriação indébita<sup>39</sup>, estelionato<sup>40</sup> depósito infiel e a simples dívida do depósito, o elemento diferenciador é em um ponto a modalidade de contração da obrigação (incluindo seu *animus*) e em outro a notória presença da má fé. Verifica-se que “*in casu*” trata-se de má-fé presumida uma vez que o depositário deve provar que o extravio foi motivado por razões de força maior.

Logo, a dívida não é o fato gerador da prisão civil do depositário infiel, no Brasil, mas sim a má-fé do depositário que, maliciosamente, dá outra finalidade ao bem que tem por obrigação ter em sua guarda, muitas vezes acreditando na impunidade. O objetivo da prisão do depositário infiel é a coerção para que entregue o bem do qual possui guarda (isento do *animus domini*), assegurando-se a boa-fé, a efetividade administrativa e jurisdicional. A partir do momento da manifestação do *animus domini*, a posse é convertida em injusta<sup>41</sup> e o depósito em infiel, sendo presumida a presença da má-fé em manifestar-se na posse com anseios de propriedade.

Ainda quanto à literalidade do artigo 5º, LXVII, CF, mostra-se imprópria a qualificação de prisão civil em todas as modalidades de depósito, pois conforme anota Ferreira Filho (1986, p. 601) “A prisão civil é aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito e que objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa”.

<sup>39</sup> “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (sujeito a aumento de pena em casos de depósito necessário e judicial no art. 168, § 1º, incisos I e II do CP).

<sup>40</sup> “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.” (art. 171, § 2º, I e II com aumento de pena § 3º, ambos do CP).

<sup>41</sup> O que se vê, efetivamente, é a alteração do animus do sujeito que já possuía a coisa consigo. Está-se diante, assim, de um sujeito que tinha a posse justa e que, tendo em vista a alteração de sua intenção subjetiva, pela recusa em devolver a coisa, passa a ter posse injusta. (ZULIANI, 2009).



Pode-se ver claramente que, malgrado a ambiguidade do texto Constitucional, a prisão do depositário infiel não é prisão puramente civil, vez que também constitui crime. Cita-se dentre muitos exemplos o crime de apropriação indébita que traz, com qualificador, em seu texto:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. Aumento de pena § 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: I - **em depósito necessário**; II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro **ou depositário judicial**; (grifo nosso).

Além de outros diplomas que preveem a responsabilidade criminal do depositário infiel em casos diversos como peculato (art. 327 c/c 312, CP), fraude à execução (art. 179, CP) além dos já citados. (NASCIMENTO, 2012)

A prisão civil é aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito e que objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa. (FERREIRA FILHO, 1986, p. 601)

Para Barbosa, o que está em jogo é a liberdade individual e neste aspecto,

o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à **norma mais favorável ao indivíduo**.<sup>42</sup>

Demonstra pouca ou nenhuma eficácia a substituição da medida constitucional pela penal, já que o adimplemento ou a justificação do extravio pode ser considerado causa extintiva da prisão constitucional ou “civil” do depositário e a pretensão é a de devolução do bem.

É observável que as medidas de natureza penal, que buscam a simples punição do réu, estipularão um prazo certo para que este cumpra sua pena e “pague” por seu crime. O depositante sairá frustrado, sem a recuperação do bem

<sup>42</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 abr. 2012.



depositado, o réu não aproveitará a extinção da punibilidade ao devolver o bem e o Estado terá grande onerosidade com a perda de patrimônio público e a inefetividade jurisdicional.

Há ainda que se falar no alarmante quadro de insegurança jurídica que gera a consideração, pelo STF (sedimentada pela Súmula vinculante nº 25), de que os Tratados de DH possam paralisar a eficácia de normas constitucionais, possibilitando sua arguição para outros casos de crimes contra o patrimônio e a ordem tributária, afinal também, pelos mesmos critérios, podem se considerar dívidas.

Sobre a mudança brusca de posicionamento, impõe-se a problemática de Leis que, como a Lei 11.105/2005, foram alvo do posicionamento anterior (infraconstitucionalidade).

Em meados de 2008 o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que previa o uso de embriões humanos para pesquisas, considerando que o direito brasileiro adota a teoria natalista do início da personalidade humana. Teria, o Pacto de San José, *status* de norma *infraconstitucional* estando abaixo das legislações ordinárias posteriores à sua edição através do critério *lex posterior derogat lex priori*<sup>43</sup>.

No ordenamento Constitucional não há qualquer menção à teoria que aponte o início da personalidade jurídica, estando apenas sua previsão, no diploma que lhe dá ensejo, ou seja, no Código Civil, em seu artigo 2º que afirma:

Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Já o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, item 1, aponta:

Artigo 4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. **Esse direito deve ser protegido pela lei** e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

<sup>43</sup> Prescreve a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lei 4657/42 – “art. 2º, § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.



Destarte percebe-se que o Pacto adota a teoria concepcionista da personalidade, proibindo a experiência em embriões humanos, uma vez que já formado o *zigoto* através da união (concepção) das células germinativas, masculina e feminina, há a proteção deste novo ser.

Assim, como a consideração suprallegal afetou a validade de normas que permitem a prisão do depositário infiel, também dilacera todo o entendimento legal e doutrinário sobre a tese que sustenta o direito de sucessão, patrimônio, personalidade, entre outros institutos no ordenamento jurídico (principalmente civil), todos dependentes intrinsecamente do critério adotado pela personalidade jurídica do nascituro. Sustentar a suprallegalidade deste tratado (especificamente) provoca a inconstitucionalidade das decisões que lhe deram razão infraconstitucional. Lenza (2010), anota que:

maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influência do direito norte americano, a teoria da nulidade ao se declarar a nulidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade). (...) trata-se de vício “congenito”, “de nascimento” do ato normativo. A ideia de a lei ter “nascido morta” (*natimorta*), já que existente enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle) consagra a teoria da nulidade, afastando a teoria da anulabilidade.

Porém, a ausência de previsão constitucional da teoria do início da personalidade não pode ser considerada uma omissão, uma vez, afirma Hesse (1991), na qualidade de Carta política a Constituição deve prezar pela sua estabilidade e:

A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

A necessidade de revisão ampla de todos os diplomas que um dia passaram pelo STF em controle difuso e foram rejeitados sob os argumentos de que os tratados seriam normas ordinárias e não teriam validade sobre a lei posterior ou sobre a lei específica (na resolução padrão de antinomias)<sup>44</sup> é imperiosa.

<sup>44</sup> Através da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo e análise crítica, constatou-se que a supralegalidade, assim como fôra adotada pelo STF, de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos é viciada: pelas razões legais e retóricas que a fundamentam; pela incompetência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer ente em ferir cláusulas pétreas; por ser tomada mencionando as modalidades de depósito genericamente; por abrir margens a uma ditadura dos “direitos humanos”; por ferir a soberania popular e nacional; pelo risco à segurança jurídica no possível contrabando legislativo em sede internacional; entre outras razões que restaram demonstradas.

Em que pese a força da Emenda nº 45/2004 como limitador à liberdade exegética do julgador, este agiu no vício jurisdicional e, nas consequências óbvias de sua desmensuração, deverá considerar ou desconsiderar em sua totalidade a dita supralegalidade, por razões de juridicidade, legalidade e segurança jurídica, evitando-se a adoção da constitucionalidade ou inconstitucionalidade “por tiras”<sup>45</sup> aos prazeres do caso e aos gostos do julgador.

Foi demonstrado que a intenção do Legislativo, ao Emendar a CF com o § 3º, por meio da EC nº 45, era dirimir a divergência do judiciário sobre o art. 5º, § 2º, CF, inobstante tenha, ao que tudo indica, enevado-se qualquer certeza sobre o tema.

Porém, com relação especificamente à apreciação da ilegalidade da prisão do depositário infiel, é impossível a paralisação da eficácia do artigo 5º, LXVII, CF, ainda que aprovado pelo quórum de EC (três quintos) visto tratar-se de garantia individual alçada à condição de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, IV, CF.

---

<sup>45</sup> Faz referência ao conto “O Mercador de Veneza” de Willian Shakspeare. Neste conto, Shylock, um rico agiota judeu, após assinar um contrato de empréstimo com o italiano e cristão, Antônio, no qual previa como garantia da dívida uma “tira” de sua carne (1 £), recorre à justiça para exigir uma coisa ou outra. O italiano estando falido pensa sucumbir aos sádicos desejos do judeu quando, advogando em seu socorro, Pórcia disfarçada de Eminente doutora em Direito, manipula e convence o Doge do vício no contrato pela não previsão do sangue de Antônio. A tira de carne deveria ser retirada sem sangue (o que se sabe ser impossível).



Ainda na insistência da internalização a qualquer custo do pacto, este não pode contrariar a Constituição, ainda que possa, não pode paralisar a eficácia do artigo 5º, LXVII, CF.

Quanto à prisão do depositário infiel, em face do Pacto de San José que proíbe prisão por dívidas, não seria prisão por dívida de boa-fé (pois a lei civil exime de responsabilidade civil e penal se o extravio se deu por caso fortuito ou força maior). Seria o depósito infiel um extravio por má-fé presumida e não por dívida.

Mostrou-se haver também um excesso legislativo, considerando-se ilegítima a norma, ao imputar a prisão por depósito infiel aos casos de genuína dívida com natureza completamente diversa da de depósito – casos de alienação fiduciária – que nada tem haver com o depósito, conforme já asseverado pelo Ministro César Peluso no acórdão do RE 466.343-1/SP<sup>46</sup>.

Foram encontrados impedimentos legais com base na Constituição, art. 49, I (só o Congresso poderia decidir, pois no depósito estão inclusos os judiciais e administrativos). Por outra via, pela leitura do art. 60, § 4º, IV nem o Congresso poderia decidir, mesmo por emenda, pois há uma dupla garantia no art. 5º, LXVII, CF, que o alça à condição de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV; a garantia dos devedores (que não poderão ser presos a não ser por alimentos e depósito infiel) e a garantia dos credores (estado-juiz, de ter efetivada a segurança dos depósitos judiciais, e cidadãos, de ter adimplida a prestação alimentar e depositária). Assim a arguida “suprallegalidade” que se pretendeu dar ao Pacto de San José constitui verdadeira “supraconstitucionalidade” para realizar sob qualquer argumento e a qualquer preço os anseios de paixões momentâneas, como no cenário descrito por Streck (2009, p. 75-83).

Como consequências da suprallegalidade do Pacto de San José da Costa Rica, assim como adotada pelo STF, a presente análise concluiu que haverá sérios riscos ao Estado Democrático, como hoje entendido, no sistema jurídico nacional. É gritante a margem à ingerência ou contrabando legislativo internacional. Isto porque “Direitos Humanos” é um conceito abstrato, que se diz universal, porém é

<sup>46</sup> Excesso legislativo seria uso ilegítimo do poder o que torna legítima a invalidação do ato legislativo pelo STF. Assim ainda sem o Pacto o direito Brasileiro possui instrumentos próprios ao saneamento constitucional dos exageros legislativo.



plasticamente mutável, e que pode ser facilmente manipulado. Há ainda o risco da utilização relativa das normas, solidificando o temerário “império dos juízes” como demonstram as decisões que, versando sobre o mesmo Pacto de San José, o consideram norma ordinária e derogada pelas normas posteriores ao tratar da ADIN nº 3.510 e a recente decisão (2012) que descriminaliza o aborto de fetos anencefálicos pela ADPF 54; e “supralegal” com efeito de paralisar inclusive normas constitucionais ao cuidar do depositário infiel em 2008 (RE 466.343-1/SP e outros em conjunto).

O Chefe de Estado ao assinar um tratado internacional estará legislando em concreto, conseguindo um quórum simples favorável terá normas superiores à de votações ordinárias. Os países externos estarão em posição de superioridade sob o controle da Ordem Interna ao manipular estes Tratados firmando-os com o Executivo de modo que, poder-se-ia até tratar de perigo à segurança jurídica, quem sabe até mesmo à segurança nacional.

A tese concepcionista levaria consigo “por arrastamento”<sup>47</sup> a decisão recente da permissão (descriminalização) de aborto de fetos anencéfalos junto com a declaração de inconstitucionalidade das decisões contrárias ao pacto de DH dito supralegal.

Assim, admitir a supralegalidade em seu todo, conforme já fora em “tiras”, seria retroceder da decisão e de todas as que foram tomadas com base na mesma doutrina, pela teoria de controle de constitucionalidade brasileira com efeitos *ex tunc*.

Caso contrário, estaríamos vivendo em um “império de juízes” que desvinculados à Constituição e a Lei, estariam soltos ao sabor de suas vontades. Como não são estabelecidos critérios mínimos de segurança e objetividade há um estímulo para o constante aumento de aventuras jurídicas o que compromete a racionalidade do Estado de Direito. Ademais o juiz o não pode imiscuir-se neste paternalismo judicante destruindo bases normativas de validade do direito ao seu bel prazer, furtando-se das limitações normativas ao pretexto de realização de uma

---

<sup>47</sup> A dependência ou a interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. (RUSSO, 2012).



suspeita e pessoal concepção de “justiça social”. Se o juiz não está vinculado nem a lei nem a precedentes<sup>48</sup>, mas apenas a sua própria consciência (STRECK, 2010), nela fundamentando suas decisões, ainda que *contra legem* ou contra precedentes<sup>49</sup>, as bases maiores do Estado, sob o comando e razão de ser na legalidade e no controle Constitucional, estarão seriamente ruídas, rompendo-se as correntes que o prendem ao mastro do navio salvando-o do efeito encantador do “canto das sereias” e das ciladas que lhe aguardam nestes caminhos tortuosos.

## REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Moya y Plaza, 1880, I-I, 29, a.3.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- BOBBIO, Noberto, 1909. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].
- CONI, Luis Cláudio Queiroz. **Internacionalização do poder constituinte**. 2006. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/biblioteca/pesquisarBibliotecaDigital.asp>>.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1986.

---

<sup>48</sup> Neste ponto lembre-se o importante papel argumentativo do *Stare Decises*, e a obrigação de motivar as decisões até mesmo na aplicação do precedente, sem tautologias retóricas, no sistema americano.

<sup>49</sup> No sistema *common law* é a “*judicial review*” – *revisão constitucional* – que estabiliza as decisões com precedentes constitucionais e o “*stare decises*” é a base argumentativa, a lei possui uma validade secundária no direito costumeiro.



- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MÁRQUES, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. 48. ed. Rio de Janeiro: Record, 1967
- NASCIMENTO, Leandro Raphael Alves do. **Da responsabilidade civil e criminal do depositário infiel**. Disponível em: <[http://www.faminasbh.edu.br/revista\\_eletronica/download/Volume5/int01.pdf](http://www.faminasbh.edu.br/revista_eletronica/download/Volume5/int01.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2012.
- LASSALE, Ferdinand. **¿Que es una Constitución?**. Madrid: Cenit, 1931.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- PUGNALONI, Melina Maria de Carvalho. **Um juiz pode, no exercício jurisdicional, infringir a lei?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- RUSSO, Diogo de Assis. **A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STF, RE nº 466.343-1/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- SOLIANO, Vitor. **Transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e Heterorreflexividade**: alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas – primeiras incursões. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2147/1585>>. Acesso em: 10 ago. 12.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15, n. 1, p. 160, jan./abr. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer direito sem interpretar?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>> Acesso em: 12 de ago. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009.

ZULIANI, Matheus Stamillo Santarelli. Posse justa e posse injusta. Aplicações práticas e teóricas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2241, 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13363>>. Acesso em: 15 ago. 2012.



# POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: PARTICIPAÇÃO POPULAR RUMO À JUSTIÇA DISTRIBUTIVA<sup>1</sup>

HEALTH PUBLIC POLICIES AND PARTICIPATIVE BUDGET: POPULAR PARTICIPATION ON COURSE TO A DISTRIBUTIVE JUSTICE

*Bethânia Pires Amaro<sup>2</sup>*

## Resumo

Este artigo busca contribuir para uma compreensão mais apurada acerca dos limites do direito à saúde e o alcance de sua efetividade. Tal como os demais direitos sociais, o direito à saúde tem sua fundamentabilidade assegurada pela Constituição Federal, que lhe atribui máxima efetividade. Tratam-se de normas de conteúdo eminentemente principiológico, que obrigam o Estado à prestação de serviços que possibilitem a sua concretização, pelo que possuem um relevante conteúdo econômico, capaz de impactar em sua aplicabilidade. De fato, o pleno exercício do direito à saúde se dá através de políticas públicas, as quais operam segundo a reserva do possível, ou seja, buscando a melhor alocação de recursos escassos. Tal alocação de recursos, por refletir diretamente em direitos constitucionalizados, e em razão do dirigismo constitucional, estará, porém, sempre sujeita a controle judicial, que garantirá a verdadeira justiça distributiva. Este controle judicial, contudo, não deve constituir o centro das discussões sobre o tema, sendo o planejamento orçamentário instrumento mais democrático e próprio à realização de escolhas alocativas. Para conferir maior legitimidade a tais escolhas, é essencial a interferência direta da sociedade, através da figura do orçamento participativo, que permitirá uma maior aproximação com as necessidades coletivas. O direito à saúde, como todos os demais, tem, pois, caráter relativo, e deve ser realizado na máxima medida possível, ideal este que, para ser alcançado, necessita da mais ampla participação popular nas escolhas orçamentárias e engajamento de toda a sociedade.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Efetividade; Orçamento participativo.

## Abstract

This paper seeks to contribute to a more thorough understanding about the limits of the right to health and the extent of its effectiveness. Like all other

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 22/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Pós-Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada em Direito Eleitoral. Pesquisadora em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Endereço eletrônico: bethamaro@hotmail.com



social rights, the right to health has its essentiality guaranteed by the Constitution, which determines its maximum effectiveness. These rules possess an eminently principle-based content, and require the State to provide services that allow their implementation, therefore having a significant economic content, which can impact on its applicability. In fact, the full exercise of the right to health is through public policies, which operate under the “reservation of possibility”, seeking the best allocation of scarce resources. Since this allocation of resources reflects directly on constitutional rights, and because of the constitutional state intervention, however, it is always subject to judicial review, which will ensure the true distributive justice. This judicial review, however, should not be the center of discussions on the theme, since the budget planning is a more democratic and proper tool to carry out allocative choices. In order to legitimize such choices, a direct interference of society is essential, through the figure of participatory budgeting, which will allow a closer approach to collective needs. The right to health, like all others, therefore, is relative and should be performed to the maximum extent possible. For this ideal to be achieved, the widest popular participation is required, as well as the engagement in budgetary choices of the whole society.

**Keywords:** Right to health; Effectiveness; Participatory budgeting.

## 1 INTRODUÇÃO: A CRISE DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVA

A democracia representativa desenvolveu-se com o pensamento político do século XVIII e as conseqüentes revoluções liberais. Seguindo doutrina de Montesquieu, a representatividade era compreendida, neste período, como imputação, ou seja, ao representado – o povo – imputava-se a vontade do corpo de representantes, sendo que estes, assim, não expressavam propriamente a vontade do povo ou de seus segmentos. A população, deste modo, não era considerada intelectualmente apta a tomar diretamente decisões de cunho político, mas possuiria uma espécie de capacidade natural para discernir aqueles que, sendo mais esclarecidos, poderiam discutir os negócios públicos em seu nome. Ao atribuir a todos os membros da sociedade a capacidade de escolher seus representantes, porém, Montesquieu permite o ingresso de todos os homens no processo político, sendo este o primeiro passo rumo à democratização. (Cf. FERREIRA FILHO, 1995, p. 66-69)

A democratização espalhou-se pelas novas Repúblicas com o ideal de igualdade, liberdade e fraternidade difundido pela Revolução Francesa, que aos poucos levaram à superação do voto censitário e estenderam ao homem comum direitos eleitorais de cunho ativo e passivo. Assim surgiu o sufrágio universal,



inicialmente masculino, que constituiu avanço significativo na democratização dos governos representativos da época. No entanto, este modelo desgastou-se por possuir uma falha essencial: a distância social, política e econômica em regra existente entre os representantes e representados não permite que a vontade destes seja de fato influente nas decisões estatais. Trata-se de uma democracia que funciona sob o princípio de uma elite dirigente ser legitimada, através do voto, a governar em nome da coletividade, mas sem ser porta-voz desta mesma coletividade. Surge, assim, uma evidente crise de legitimidade.

Nesse sentido, afirma André Ramos Tavares (2000, p. 404), citando lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

*O problema da legitimidade surge, precisamente, quando o poder deixa de ter vinculação subjetiva com alguém que o personalizava no desempenho de um papel social não político. [...] Esse problema, trazido pela institucionalização do político, pôde ser em parte evitado nas sociedades de pequenas dimensões, como as *polis gregas*, nas quais os cidadãos governavam-se eles próprios, mas logo se tornou impossível exercer o poder direta ou mesmo semidiretamente e o recurso à representação incorporou, definitivamente, o tema da legitimidade à vida política das sociedades. (destaques do original)*

Esta realidade gerou discrepâncias e insatisfações que levaram à crise do modelo democrático-representativo, especialmente com o crescimento do Estado e sua maior intervenção em aspectos que antes eram regulados pela mera autonomia do particular. A sociedade passou a reunir-se em grupos que defendiam seus interesses no âmbito coletivo, criando um mosaico de organizações sociais que traduziam a opinião pública, capaz de pressionar as instituições políticas e o processo decisório estatal. Estes grupos constituíam um novo modo de representação popular, em oposição à representação política oficial, que adquiria expressividade com apoio da mídia e de centros intelectuais, como universidades, organizações filantrópicas ou religiosas, dentre outros. Num país como o Brasil, em que as desigualdades e desequilíbrios geográficos são marcantes, este processo se desenvolveu rapidamente, acentuando as deficiências do modelo clássico de representação.

A democracia representativa ganhou, no entanto, novo fôlego com a incorporação, ao sistema eleitoral, de partidos políticos no período pós-guerra. Tais



partidos, por possuírem programa pré-definidos, permitiam que os cidadãos identificassem a orientação de governo defendida por este ou aquele representante; além disso, inaugurava o sistema de representação proporcional, vez que as cadeiras das câmaras representativas seriam repartidas entre os partidos políticos a depender da porcentagem de votos que alcançassem. Ainda assim, as falhas do modelo persistiram, pois os partidos políticos são estruturas eminentemente oligárquicas; ademais, num cenário de enorme diversidade de interesses, como ocorre em toda sociedade, diversos partidos seriam eleitos e, ao fazer coalizões em busca de fortalecimento político, acabariam por alterar os programas originais sem qualquer crivo popular. O próprio programa partidário dificilmente é concreto o suficiente para apresentar soluções práticas aos problemas postos, demonstra e muitas vezes não se efetiva, permanecendo no campo dos ideais teóricos. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 76-77)

Tentou-se resgatar a democracia representativa, ainda, com a inserção de mecanismos de participação popular direta, a exemplo, no caso brasileiro, do referendo e do plebiscito. Sobre o tema, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 78):

O valor desses instrumentos depende do nível de cultura política do povo que os pratica. Se este é alto, tais instrumentos podem realmente traduzir uma vontade popular consciente. Do contrário, vão ser no fundo o aplauso ou a repulsa, por motivos sem conexão com o tema, de proposta cujo alcance não foi compreendido pelo eleitorado.

Com o surgimento dos plebiscitos e referendos, questiona-se acerca da possibilidade de um aprimoramento ainda maior da democracia, levando à denominada democracia participativa. No dizer de André Ramos Tavares (2000, p. 401-402), trata-se de modelo em que “a soberania é atribuída ao povo não apenas *quod titulum*, mas ainda *quoad exercitium* [...], sem se prejudicar a possibilidade de sua representação, [...], confiada a órgãos constitucionais cotitulares de uma função política de direção superior do Estado.”

No entanto, a realidade fática demonstra que, mesmo com a evolução da democracia, a crise de legitimidade ainda está presente no cenário político brasileiro. Isso se deve em grande parte ao fato de que, dadas as condições de baixa



educação e pobreza que se impõem à maioria da população do país, associadas às técnicas publicitárias e aos meios de comunicação em massa, as escolhas eleitorais não são feitas racionalmente, mas com base em elementos sentimentais, a exemplo do carisma do candidato e da paixão que desperta na sociedade. Tais sentimentos são facilmente manipuláveis através de intenso *marketing* político, que eleva os custos das campanhas a padrões vergonhosos. Devido à ausência de maturidade política da população brasileira, os candidatos eleitos mostram-se comprometidos principalmente com interesses de caráter pessoal, sem qualquer fidelidade ao programa de governo anunciado e, conseqüentemente, sem capacitar-se, muitas vezes, para representar o segmento que o elegeu.

Deste modo, a efetividade de uma democracia participativa depende da cultura política da população, que precisa usar conscientemente os instrumentos constitucionais de interferência direta nas decisões políticas, de modo a integrar a estrutura de poder da sociedade. Deve-se, assim, ultrapassar a ideia de que a participação política do povo restringe-se ao voto, sendo necessário que esta participação de manifeste também de outros modos. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2000, p. 408) afirma que, diante do grande contingente populacional das sociedades modernas e da impossibilidade de se estabelecer uma democracia direta por conta de restrições econômico-culturais, a democracia participativa se implementará “com a adoção de mecanismos de participação direta do povo nas decisões estatais, paralelamente aos institutos tradicionais, de representação política”, que implicará numa “autêntica participação política e controle dos atos públicos”.

No Brasil, a cultura política tradicional sempre foi protagonizada por um eleitor, no dizer de João Pedro Schmidt (2001, p. 291-292), citando Baquero e Silveira, “não sofisticado, acrítico, despreparado, pouco politizado, vulnerável a apelos populistas e demagógicos”. Essa realidade vem mudando lentamente, com a ampliação da conscientização e politização dos grupos sociais, ligada ao atual crescimento dos índices econômicos e do grau de escolaridade da população. Com o movimento político de redemocratização, buscou-se superar o modelo autoritário e elitista que permeava os processos decisórios estatais, realizando-se modificações



institucionais que permitiram o ingresso de camadas da população antes politicamente marginalizadas.

Para João Pedro Schmidt (2001, p. 297), o Brasil possui uma cultura política, atualmente, híbrida ou dualista, “em que se mesclam atitudes democráticas, autoritárias e atitudes de apatia e distanciamento das decisões políticas”. O mesmo autor descreve as características de tal estrutura: em primeiro lugar, existe uma nítida preferência da população pela democracia em face de outros regimes políticos, sendo, ainda, o voto valorizado como meio de escolha dos representantes políticos. No entanto, a confiança nas instituições políticas e nos governantes é baixa quando comparada à confiança em instituições sociais, como a família e a igreja<sup>3</sup>. Predomina, assim, uma visão negativa do Estado, que contribui para o fortalecimento da sociedade civil. Em segundo lugar, o cidadão comum não possui um sentimento de eficácia política, ou seja, não se vê como capaz de influenciar as decisões políticas, prevalecendo o conformismo e a impotência frente à relação hierárquica rotineira. (SCHMIDT, 2001, p. 297-298)

Em verdade, porém, a participação popular mostra-se extremamente relevante para a definição de políticas públicas e a legitimação das escolhas alocativas governamentais. João Pedro Schmidt (2001, p. 297-298) alerta para o fato de que o brasileiro, em regra, pouco participa de debates públicos, não conhece o funcionamento das instituições e dos órgãos públicos e nem os limites da atuação dos agentes governamentais, pelo que conclui que “o cidadão comum está despreparado para intervir de forma qualificada no processo das políticas públicas”. Ainda assim, pondera:

Movimentos sociais, organizações não-governamentais, igrejas, sindicatos e associações são a retaguarda, praticamente indispensável, para que o indivíduo ultrapasse o estágio das limitações políticas impostas pela cultura política e o comportamento predominante no país. [...]

<sup>3</sup> Segundo o Índice de Confiança Social divulgado pelo IBOPE, no Brasil, a instituição Presidente da República obteve um índice de 66 pontos em 2009, passou para 69 em 2010 e em 2011 caiu para 60. Pela terceira consecutiva a instituição com maior pontuação entre as 18 organizações foi o Corpo de Bombeiros (86). Igrejas e Forças Armadas aparecem num segundo patamar, ambas com 72 pontos. Os menores índices de confiança foram obtidos, mais uma vez, pelo Congresso (35) e partidos políticos (28). Disponível em: <<http://www.ibope.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.



As limitações acima apontadas, decorrentes do padrão cultural e comportamental prevalecente no país quanto à participação dos cidadãos no processo das políticas públicas, não podem impedir a avaliação das potencialidades inerentes. [...] O hibridismo cultural de hoje implica que o cidadão comum, embora despreparado para uma intervenção qualificada nos canais institucionais, tem um interesse razoável por assuntos políticos cujo sentido é minimamente acessível à sua compreensão, aprova a participação popular nas decisões políticas, desconfia da falta de transparência dos órgãos públicos e aprova a investigação rigorosa de possíveis atos ilícitos.

Isso significa que a população brasileira está em processo de evolução, buscando atingir um nível mais avançado de participação democrática e controle estatal, sendo necessário que se ofereçam cada vez mais canais de participação popular direta nas decisões políticas, inclusive aquelas que se referem às políticas públicas. Dentre estes, encontra-se o orçamento participativo, que permite um diálogo entre o povo e o Poder Público, em busca da maximização da justiça distributiva.

## **2 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E AUTORIDADE ORÇAMENTÁRIA**

O Brasil pode ser considerado, pois, uma democracia social e participativa, na medida em que seleciona seus governantes através do voto secreto, universal e periódico, e, ainda, na medida em que requer uma estruturação social que permita o desenvolvimento da igualdade social e econômica, bem como que incentive a participação popular na tomada de decisões políticas. É a junção entre Estado, sociedade (especialmente através de movimentos sociais e organizações não governamentais) e mercado que decide acerca da implementação de políticas públicas, as quais dependem, para seu sucesso, da ação integrada das três esferas. (SCHMIDT, 2001, p. 269)

Com efeito, a Constituição de 1988 determina, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. No entanto, a democracia moderna não se limita a estabelecer meios tradicionais de representatividade de participação, através do voto, plebiscitos e referendos, sendo necessário ainda que a sociedade contribua ativamente na elaboração, planejamento e execução de políticas públicas.



A participação da sociedade é, assim, cada vez mais solicitada para a escolha de políticas públicas, com destaque para os conselhos gestores e orçamentos participativos. Pode-se definir o orçamento participativo como aquele que permite a intervenção direta e efetiva da sociedade na elaboração da proposta orçamentária estatal. Nas palavras de Valdecir Pascoal (2009, p. 20):

Por uma decisão de Governo, inspirada nos princípios democráticos e no postulado da cidadania participativa, a própria sociedade civil, por meio de conselhos, associações etc., é ouvida (e não olvidada, como costuma acontecer), quando da definição das metas e dos programas prioritários. Objetiva-se, com isso, atender às efetivas necessidades da população que, muitas vezes, não se sente representada pelos parlamentares eleitos. É, sem dúvida, um avanço com vistas a democratizar a gestão pública e atender ao verdadeiro interesse social.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira (1999, p. 91), o orçamento participativo busca a descentralização das decisões orçamentárias, através da criação de conselhos populares, incentivando a participação dos cidadãos nas escolhas alocativas no âmbito local, e dando a estas maior legitimidade democrática.

Trata-se de experiência que desenvolveu-se no Brasil a partir da década de 1970, sempre em caráter local, com participação de associação de moradores e pesquisas de opinião pública realizadas previamente à formulação orçamentária, de modo a refletir os verdadeiros interesses e necessidades da população do município. As primeiras iniciativas ocorreram ainda no período militar, em Lages (SC), Vila Velha (ES) e Pelotas (RS), que não alcançaram grande sucesso por conta das restrições do momento político da época. Com a crise do regime militar e o fortalecimento do movimento “Diretas Já”, culminando num processo de redemocratização das estruturas político-administrativas do país, o tema do orçamento participativo foi redescoberto.

A Constituição de 1988 incorporou o direito ao exercício direto da cidadania como um dos pressupostos do Estado Brasileiro, pelo que se buscou aumentar a participação popular nas decisões políticas, inclusive no campo orçamentário. Em 1989, nova experiência com o orçamento participativo ocorreu em Porto Alegre (RS), desta vez alcançando enorme reconhecimento no cenário nacional e internacional. A ideia foi sendo adotada por governantes de diferentes bandeiras partidárias e



popularizou-se com o crescente afastamento do autoritarismo e proliferação de associações civis e movimentos sociais urbanos.

Atualmente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, incentivando a participação da população nas decisões orçamentárias, estabeleceu em seu art. 48 que a transparência da gestão pública será assegurada também mediante incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. No que se refere aos municípios, é a própria Constituição de 1988 que, em seu art. 29, XII, determina a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Ainda em relação aos municípios, o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), em seu art. 44, afirma que a gestão orçamentária deverá incluir a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição indispensável para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Roberto Pires (2001, p. 17), citando Carvalho e Felgueiras, explica o procedimento utilizado nos modelos brasileiros de orçamento participativo. Em primeiro lugar, são elaborados critérios de participação e atendimento às demandas e definidas as instâncias de participação e suas competências, sendo, ainda, feita a regionalização da administração pública local. A partir de sua instituição, as regiões tornam-se referência espacial para a realização de sessões plenárias, as quais constituem o local onde podem ser feitas as demandas e se opera a participação popular na dinâmica do orçamento participativo. Geralmente tais sessões são realizadas em série e objetivas, além da prestação de contas e análise da situação fiscal da prefeitura, a determinação do volume de recursos destinado ao orçamento participativo naquele ano. Num segundo momento, recebem-se as demandas, que serão priorizadas segundo sua viabilidade orçamentária, após o que são escolhidos conselheiros ou delegados para constituir o conselho municipal de orçamento, juntamente com os representantes da prefeitura. Estes conselhos podem ser consultivos ou deliberativos, sendo o plano de investimentos elaborado com base na discussão ocorrida no conselho municipal. É elaborada então a proposta orçamentária, encaminhada pelo Executivo à Câmara de Vereadores.



Posteriormente, haverá uma fiscalização popular das obras e empreendimentos eleitos.

Maciel Felipe Bogucheski (2009, p. 5), citando Genro e Souza, afirma que ao democratizar a informação sobre questões públicas, o orçamento participativo é capaz de “gerar uma nova consciência cidadã. Por meio desta, as pessoas compreendem as funções do Estado e seus limites, e também passam a decidir com efetivo conhecimento de causa”. Desta forma, o orçamento participativo transforma o cidadão em personagem ativo na gestão pública, capaz de contribuir de maneira crítica e engajada para uma alocação democrática de recursos, que vise suprir as necessidades mais prementes da população local.

No entanto, como qualquer modalidade de orçamento, o orçamento participativo estará também sujeito à limitação de recursos, levando a escolhas trágicas, especialmente quando relacionada ao direito à saúde e à vida dos cidadãos. Nesse sentido, afirma Harrison Ferreira Leite (2011, p. 109-110):

Em relação à saúde, [...] há ordens de procedimentos, pautas de prioridades, análises meticolosas de cada doença, proporção populacional, seus efeitos, tudo cotejado com os recursos dispensáveis para a sua proteção. Desse modo, a disponibilidade de um remédio ou a compra de certo número de máquinas para tratamento passa a não ser fruto de uma decisão isolada em face de um caso particular. É consequência de um plano político realizado, num contexto amplo, com a difícil tarefa de alcançar o maior número de pessoas possíveis, sempre atento aos limites financeiros.

[...]

Caso inexistisse direcionamento constitucional das políticas públicas, aliadas à sua implementação via orçamento, haveria completo caos dos serviços a ofertar à população. Em tempos de crescente evolução de conhecimento e tecnologia, onde a todo instante se descobre um tratamento médico mais eficiente e mais caro, em que há aumento da população idosa e cresce a expectativa de um Estado Social (*welfare state*), a ausência de um planejamento orçamentário resultaria em desordem na prestação de serviços públicos, pois cada indivíduo avocaria o serviço que lhe parecesse mais pertinente, com total desatenção aos reflexos que esse atendimento personalizado dimanaria nos demais concidadãos.

O mesmo autor alerta para o fato de que o orçamento público é elaborado com fundamento num espectro de macroalocação, relativo às decisões acerca do montante de recursos que serão repassados a cada unidade orçamentária, e em outro espectro de microalocação, relativa aos tipos de serviços e instituições que serão contemplados pelas específicas alocações, não havendo espaço para



considerações de cunho individual. Tais decisões alocativas são realizadas pelo Executivo, com aprovação do Legislativo, com base nas normas constitucionais, leis infraconstitucionais e com uso da ponderação e razoabilidade, tratando-se de decisão eminentemente política. (LEITE, 2011, p. 109)

Apenas o macroplanejamento seria apto a estabelecer os melhores meios de satisfação dos direitos sociais, por levar em consideração todas as necessidades coletivas, realizando-se a alocação de recursos com base nos percentuais mínimos estabelecidos pelo legislador em determinados setores e através da fixação de prioridades, sempre se considerando a efetiva disponibilidade financeira. Através da utilização do orçamento participativo, permite-se a participação popular direta na busca de um consenso democrático acerca da alocação de recursos escassos, legitimando-a.

Harrison Ferreira Leite (2011, p. 122) aponta os argumentos capazes de sustentar a tese da autoridade da lei orçamentária. Em primeiro lugar, estaria a sabedoria da multidão, que traduz a ideia de que decisões tomadas por grupos, com base numa visão mais ampla e contextualizada, com inevitável ocorrência de debates, seria dotada de maior confiabilidade do que uma decisão tomada individualmente. Nesse sentido, em todas as instituições modernas, os votos são em regra aferidos por maioria, justamente por implicar num acordo de vontades, num resultado advindo de um processo dialético de troca de opiniões e chegada a um consenso.

Em segundo lugar, o autor afirma que a autoridade da legislação embasa-se no reconhecimento da cidadania de cada indivíduo, vez que os mesmos se fazem representar nas Casas Legislativas, assumindo riscos coletivos. Ademais, a formalidade de elaboração das leis, inclusive a orçamentária, torna-as válidas e aptas a produzir efeitos no ordenamento jurídico, possuindo, todas elas, presunção de constitucionalidade. Os ritos procedimentais para aprovação das leis orçamentárias são estabelecidos na própria Carta Magna, e incluem a constituição de comissões específicas de análise, publicidade dos debates legislativos, sucessivas fases de deliberação e tempo para considerações, que inegavelmente conferem autoridade à lei aprovada. Por fim, a autoridade da legislação se justifica diante da impossibilidade de completa concordância social, sendo essencial para a



vida em grupo que haja acordo acerca das normas que regerão as relações sociais. (LEITE, 2011, p. 123 e ss.)

Tais argumentos mostram-se ainda mais evidentes quando se trata do direito à saúde, contexto no qual o orçamento definirá as respectivas políticas públicas com fundamento no total de recursos disponíveis e prioridades estabelecidas. Nesse sentido, o orçamento é instrumento que serve para atender ao direito à saúde da coletividade, em padrões que possam ser fornecidos a todos, indistintamente – por este motivo, interferências nas leis orçamentárias que distribuem recursos relacionados à saúde, canalizando, por vezes, grandes quantias para tratamentos individuais, violam o direito à saúde de diversos cidadãos que dependem das políticas públicas para ter acesso a medicamentos e procedimentos terapêuticos. Deste modo, é essencial determinar qual a legítima esfera de interferência do Judiciário em relação à concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

### **3 INTERVENÇÃO JUDICIAL NO ORÇAMENTO PÚBLICO RELATIVO À SAÚDE**

A judicialização do direito à saúde, inevitável após a sua constitucionalização, é tema que tem ocupado a atenção de muitos doutrinadores. As primeiras demandas acerca da matéria no Brasil datam da década de 90, buscando o fornecimento pelo Estado de medicamentos necessários ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), com fundamento no art. 196 da Carta Magna. Após grandes pressões exercidas por associações e grupos sociais, foi aprovada a Lei n. 9.313/96, que autorizou a disponibilização gratuita de remédios aos portadores de HIV, independentemente de sua condição econômica. Esta lei, porém, atribuía a especificação dos medicamentos à lista padronizada do Ministério da Saúde, bem como estabelecia que a responsabilidade para a aquisição dos remédios seria definida em regulamento, que não chegou a ser publicado, de modo que os entes federativos recusavam-se ao cumprimento do texto legal.

Os tribunais, invertendo jurisprudência anterior, passaram então não apenas a conceder os medicamentos essenciais ao tratamento da AIDS, mas também a prestação de serviços médicos de tratamento. Este posicionamento impulsionou



outras pessoas, vitimadas por outras doenças, a procurar o Poder Judiciário, que aos poucos consolidou o entendimento de que seria impossível, diante da ordem constitucional brasileira, negar tutela a direitos essenciais sob o argumento de proteger o erário<sup>4</sup>.

Desde então, diversas críticas surgiram para tentar evitar a ingerência judicial em matérias tradicionalmente consideradas de competência dos poderes Legislativo e Executivo, as quais foram apresentadas durante o curso deste trabalho, e que aqui se retoma, de modo sumário, com base em obra de Luís Roberto Barroso.

Em primeiro lugar, alega-se que o art. 196 da Constituição Federal é norma de cunho programático, cuja realização se dará através de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais, vez que o Judiciário não é órgão legitimado à execução ou elaboração de políticas públicas. Em segundo lugar, argumenta-se que o constituinte originário elaborou um desenho institucional que permitiria a otimização dos recursos e eficiência dos gastos públicos, atribuindo ao Poder Executivo, detentor de visão global acerca das necessidades coletivas, a competência para garantir as políticas públicas de saúde. Uma terceira impugnação refere-se à questão da legitimidade democrática, pela qual os representantes do povo, eleitos regularmente, têm a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser utilizados e definir prioridades. A quarta crítica tem natureza técnica, e defende que o Judiciário não possui conhecimentos específicos suficientes para decidir acerca das políticas de saúde, por não conhecer a efetividade dos medicamentos e tratamentos pleiteados. Por fim, a crítica mais frequente diz respeito à reserva do possível, pela qual os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades de todos, devendo os direitos realizarem-se dentro da esfera de disponibilidade orçamentária. (BARROSO, 2011, p. 24)

---

<sup>4</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva (O Judiciário e as políticas públicas. *In: Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593 e ss.), a concessão de medicamentos não levou em consideração a política brasileira de combate à AIDS, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma das mais eficazes do mundo, bem como não incentiva a mobilização social, a qual foi, em última instância, responsável pela implementação daquela.



Nessa linha, Gustavo Amaral considera ser o orçamento o espaço para as escolhas alocativas de recursos destinados à saúde, devendo o Judiciário se restringir ao controle das “opções legislativas e das escolhas técnicas e políticas do Executivo, restringindo-as nos casos de erro manifesto, mas não quando, aparentemente, não é a melhor” (AMARAL, 2010, p. 177). Tratar-se-ia, assim, de um controle da justificação das escolhas alocativas realizadas, com base na ampla legalidade, que permite a avaliação da proporcionalidade e razoabilidade de tais decisões. De modo semelhante, afirma Harrison Ferreira Leite (2011, p. 114-115):

Como o orçamento não é vocacionado à satisfação de necessidades específicas, não há falar-se em distribuição de injustiça do ponto de vista individual. A escolha orçamentária não é *trágica* do ponto de vista geral, mas pode sê-lo do ponto de vista individual, e isso não transforma o orçamento numa peça distributiva de injustiça. [...]

O Judiciário pode desempenhar um papel institucional de exigir do administrador, por exemplo, transparência e racionalidade na alocação de recursos para as áreas sociais. Pode, ainda, fiscalizar a efetividade da participação popular nesse processo, garantindo o real funcionamento dos diversos mecanismos do controle social (conselhos de saúde, educação, habitação, criança e adolescente), e, em casos em que não há política pública alguma, pode até esforçar-se mais assertivamente para romper a inércia do legislador. Mas decidir de modo aleatório, sem analisar o impacto distributivo de suas decisões, ainda que dotadas de boa intenção, merece atenção mais cuidadosa.

E, ainda, Sandoval Alves da Silva (2010, p. 218):

A atuação do Poder Judiciário deve, pois, limitar-se a garantir os direitos de participação no processo democrático, aproximando a democracia deliberativa da democracia representativa, proteger os grupos excluídos do processo legislativo, corrigindo as desigualdades decorrentes do processo majoritário, assegurar os requisitos constitucionais definidores dos direitos fundamentais sociais e a tutelar os direitos já definidos de forma clara pela democracia deliberativa, por meio do Poder Legislativo.

Em sentido contrário, Ingo Wolfgang Sarlet defende que, embora se deva levar em consideração a existência de limites fáticos e jurídicos, de modo a relativizar a eficácia dos direitos sociais prestacionais, não se pode negar a qualidade de pretensão subjetiva destes direitos, que podem ser demandados em juízo sempre que se estiver diante de uma situação de cunho emergencial, cujo indeferimento poderá implicar no sacrifício de bens jurídicos essenciais, como, no caso da saúde, a própria vida e dignidade humanas.



A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade. (SARLET, 2007, p. 14)

Também Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 298-299) defende que “os problemas de *caixa* não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais pois imaginar que a realização destes direitos depende de *caixas cheias* do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte”. Este vem sendo o entendimento pacífico dos tribunais pátrios, inclusive do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra, exemplificativamente, o seguinte acórdão:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de



infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...]” (RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)<sup>5</sup>

Deste modo, para esta corrente doutrinária, o Estado não pode se valer de argumentos de cunho orçamentário para escusar-se à implementação dos direitos sociais, devendo sempre prevalecer a intangibilidade da ordem constitucional. Tratar-se-ia, pois, de um desequilíbrio de hierarquia entre normas, que coloca, de um lado, o erário, e de outro, o direito à saúde dos cidadãos. Por este ponto de vista, pareceria mesmo “imoral” discutir custos quando se está lidando com vidas humanas. Considerando-se o histórico de desrespeito aos direitos fundamentais do país, o Judiciário vem tentando inverter esta tendência e conferir efetividade a todas as normas do texto constitucional, tendo os direitos individuais inegável preferência sobre quaisquer outros.

Para legitimar a interferência judicial, alega-se a crise dos instrumentos legislativos, marcada pela corrupção e ausência de confiança que as decisões legislativas geram na população, chegando-se mesmo a falar numa possível “legitimidade meritória” dos juízes em oposição à tradicional legitimação democrática. Além disso, alega-se que o Poder Judiciário é o guardião das leis e da Constituição, podendo exercer uma função normativa supletiva com fins de efetivá-las devidamente, sempre que os demais Poderes falharem nesta tarefa.

De fato, é inegável a legitimidade judicial no controle das políticas públicas e decisões alocativas de recursos, por conta de seu papel fiscalizador da ordem

<sup>5</sup> No mesmo sentido, RE 255627 AgR, RE 256327, RE 261268, RE-AgR 25562, RE-AgR 271286, RE 226835, RE 393175 AgR, RE 534908 AgR, RE 607381, AgR, SL 47 AgR, STA 175 AgR, SS 3724 AgR, SS 2944 AgR, STA 278 AgR, SS 3345 AgR, SS 3355 AgR, SS 2361 AgR, AI 734487 AgR, AI 553712 AgR.



jurídica brasileira. A judicialização dos direitos fundamentais tornou-se inevitável após a sua constitucionalização, especialmente considerando-se a estrutura do ordenamento pátrio, que buscou realçar a supremacia destes direitos e determinar a sua máxima efetivação. O problema consiste em justamente estabelecer os limites deste controle, de modo a evitar extremismos e decisões absurdas, porque impraticáveis. Se, de um lado, não se pode impedir a análise judicial dos mecanismos de concretização dos direitos sociais, por outro lado, tampouco se pode permitir que o Judiciário se sobreponha completamente ao Legislativo e Executivo, ignorando as leis orçamentárias e atendendo necessidades individuais em vez de buscar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para toda a coletividade.

No caso do direito à saúde, esta questão se mostra ainda mais delicada, vez que a verdadeira dicotomia é entre o direito à saúde de uns e o direito à saúde de outros, considerando-se que as decisões alocativas definem as políticas públicas de saúde, das quais depende a grande maioria da população brasileira. Ocorre que, na prática forense, a cláusula da reserva orçamentária vem sendo utilizada indiscriminadamente pelo Estado, com base em alegações de cunho fundamentalmente genérico, que não demonstram reais limitações ou motivos que justifiquem a exclusão de determinados medicamentos ou tratamentos médicos da rede pública de saúde. O magistrado se encontrará, então, diante de uma conjuntura em que apenas o autor se manifesta sobre a eficácia da medida terapêutica pleiteada, sem que tampouco se ofereçam dados que permitam a avaliação do impacto orçamentário que poderia ser causado através da decisão judicial.

Desta forma, torna-se essencial o desenvolvimento de novos critérios que modelem a atuação judiciária nas demandas relativas aos direitos sociais, capaz de harmonizar a universalidade destes direitos com a inevitável escassez de recursos e, conseqüentemente, com os princípios da justiça distributiva.

Nessa linha, alguns doutrinadores vêm propondo teorias intermediárias, a exemplo de Humberto Ávila, o qual considera que o Poder Legislativo possui uma margem de apreciação relativamente ao conteúdo de seus atos, de forma que seu controle pelo Poder Judiciário deve obedecer a determinados critérios. Para este autor, o controle judicial será tão mais legítimo quanto maiores forem a) a segurança a que o Poder Judiciário possa chegar a respeito da matéria tratada pelo Poder



Legislativo; b) os indícios de equívoco das premissas elegidas pelo Legislativo como justificativa para a restrição a direito fundamental; c) a própria restrição ao direito fundamental e sua importância, aferida por comparação a outros bens jurídicos e por sua hierarquia no ordenamento constitucional. De modo oposto, a interferência judicial será tão mais ilegítima quanto mais duvidosos forem os efeitos da lei, quanto mais complexo e técnico for o julgamento da matéria e quanto mais aberta for a liberdade de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Carta Maior. (ÁVILA, 2004, p. 369-384)

Já Luís Roberto Barroso (2011, p. 30) distingue entre duas situações: caso haja política pública, fruto de deliberação democrática, acerca do tratamento de determinada doença, o controle judicial apenas poderá se operar com parcimônia, respeitando as opções legislativas e administrativas, com avaliação apenas dos fundamentos morais ou técnicos que embasaram tais decisões. No entanto, nas hipóteses de omissão legislativa e contradição às normas constitucionais, a atividade judicial pode realizar-se plenamente. O autor oferece alguns parâmetros para racionalizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos em ações individuais:

O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito a saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos. (destaques do original)

Por sua vez, com relação às ações coletivas, estabelece o autor:

Parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos



medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos. [...] No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se.

*a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. [...] b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil. [...] c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo. [...] d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.*

Em sentido semelhante, afirma Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 587-599):

Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.

Este último nos parece ser o entendimento mais correto. De fato, a atuação judicial em demandas que envolvem o direito à saúde é basicamente de três tipos: em primeiro lugar, existem situações em que a parte pleiteia medicamentos ou tratamentos médicos que são fornecidos pelo sistema público de saúde, mas que, por algum tipo de deficiência na prestação, não o foram naquele caso concreto. Tais situações são dotadas de pouca controvérsia e serão facilmente solucionadas, sendo evidente a existência do direito da parte.

Um problema mais complexo surge quando as medidas terapêuticas pleiteadas não são alvo de política pública, ou a política pública existente não é capaz de atendê-las de modo suficiente. Nessas hipóteses, a judicialização mostra-se necessária não apenas atender à demanda individual, mas principalmente para iniciar um debate social acerca da implementação de política pública adequada, vez que esta constitui o instrumento próprio à alocação de recursos coletivos. No entanto, não se pode admitir que, diante da inércia do Poder Público, a parte sofra danos consideráveis à sua saúde e mesmo à sua vida, servindo eventual condenação como meio de pressionar o governo a instituir mecanismos apropriados que sejam capazes de lidar com aquelas situações.



Por fim, a hipótese mais polêmica é aquela em que a parte vai a juízo pleitear medicamento ou tratamento médico para doença acerca da qual já existe política pública correspondente, considerada adequada segundo as avaliações técnicas realizadas e o montante de recursos disponível. Nesses casos, pode acontecer de as medidas terapêuticas financiadas pelo Estado, embora mais eficazes em termos coletivos, mostrarem-se incapazes de atender a determinadas necessidades individuais correlatas. Tais demandas, conforme sugerido por Barroso, precisam assumir dimensão coletiva, de forma que “o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; [...] é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas” (BARROSO, 2011, p. 7), porque então “em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade”.

Com efeito, uma análise nestas dimensões evitaria a criação de privilégios para aqueles que disponham de meios e recursos suficientes para procurar o Judiciário, bem como dificultaria a tomada de decisão que, embora isoladamente pudesse ser financiada pelo Estado (vez que um tratamento individual jamais poderá ultrapassar o poder econômico dos entes federativos em conjunto), se considerada coletivamente, levaria à clara conclusão pela impossibilidade de financiamento público. Sendo a escassez de recursos inevitável, em oposição a crescentes demandas, não se pode admitir que o sistema jurídico permita que algumas pessoas sejam atendidas em condições que não poderiam ser usufruídas por todos os outros que se encontrem na mesma situação. O direito à saúde não pode ser maior para aqueles que conseguem uma liminar judicial, sob pena de violação dos princípios da justiça distributiva e evidente prejuízo daqueles que, por deficiência intelectual, social ou econômica, não tenham acesso ao Judiciário.

Nesse sentido se manifesta Luís Roberto Barroso (2011, p. 8):

Por que é importante transformar essa disputa de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo. Em segundo lugar, esta fórmula - com o respeito devido e merecido a quem pensa diferente - da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão



na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

Uma avaliação desta natureza deverá levar em consideração, em primeiro lugar, a eficácia da medida terapêutica em questão, o que, de regra, não é analisado com a devida profundidade nas demandas judiciais referentes ao direito à saúde. Para tanto, poder-se-ia sugerir a criação de centros médicos de referência que ofereçam pareceres técnicos acerca de medicamentos e tratamentos médicos pleiteados, integrados por profissionais *ad hoc* da área de saúde, sem conflito de interesses e sem relação com a assistência e prescrição aos pacientes. Uma vez reconhecida a eficácia do bem jurídico demandado, e apenas então, deverá passar o magistrado à análise da disponibilidade de recursos públicos para seu atendimento a nível coletivo, o que implicará necessariamente numa apreciação da ampla legalidade das decisões alocativas realizadas pelo Executivo, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, e na ponderação do seu impacto nas demais políticas sociais.

De fato, o que não pode ocorrer é a manutenção de uma postura em que o Judiciário negue as dimensões do problema do direito à saúde no Brasil, atribuindo-lhe uma efetividade em termos absolutos que apenas se realizará no plano teórico ou muito restritivamente no âmbito judicial, vez que é materialmente impossível atender a todos. A alocação dos recursos destinados à saúde precisa ser discutida no momento próprio, qual seja, o da elaboração do orçamento público, permitindo-se a mais ampla participação popular possível; este papel democrático das leis orçamentárias não pode ser preterido em função de decisões judiciais que, resolvendo casos particulares, podem implicar em graves danos às políticas públicas de saúde. A ingerência do Poder Judiciário deve se realizar apenas a título subsidiário, e sempre tendo em vista os princípios da igualdade e justiça distributivas. Assim, é essencial perceber que o direito à saúde de uns não pode excluir o de outros, simplesmente porque estes não compareceram ao processo e não se encontram diante do magistrado.



Do mesmo modo, faz-se necessária uma participação mais ativa do Poder Público, no fornecimento de elementos capazes de auxiliar os juízes em sua função, evitando o uso de defesas de cunho genérico. Assim, devem os representantes legais dos entes federativos oferecer dados médicos e orçamentários capazes de orientar o magistrado em sua decisão, o que implicará na constituição de uma estrutura de apoio, especialmente centros médicos de referência e colaboração entre as esferas administrativa e legislativa da União, Estado ou Município.

Nesse sentido, deve-se destacar a recente implantação, pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de Plantão Médico Judiciário, em atendimento à Recomendação n. 31, publicada em 30.03.2010, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. O Plantão foi implantado em conjunto pela Presidência do Tribunal de Justiça e a Diretoria de Assistência à Saúde (9DAS), vinculada à Secretaria de Administração (SEAD).

O Plantão Médico Judiciário oferece serviços de plantão ininterrupto, por dois médicos especializados em auditoria e perícia, que prestam atendimento também por telefone, de modo a auxiliar e orientar, mais agilmente, os magistrados que receberem pedidos de liminares envolvendo a concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde. Trata-se de importante avanço no campo do direito fundamental à saúde, que deve servir de modelo para outras unidades federativas.

## CONCLUSÃO

Enquanto direitos de cunho positivo, os direitos fundamentais sociais implicam na assunção de custos pelo Estado, responsável pelo financiamento de políticas públicas, tornando inevitáveis limitações decorrentes da chamada reserva do possível. A reserva do possível traduz-se na inevitável escassez de recursos perante a quantidade de demandas, a qual tanto pode ser natural quanto artificial, caso em que decorre das escolhas políticas estatais. É o Estado que, através da alocação orçamentária, determina o real grau de concretização dos direitos sociais, em escolhas que se mostrem mais vantajosas do ponto de vista coletivo.



No que se refere especificamente ao direito à saúde, que lida com bem essencial do indivíduo, o confronto entre reserva do possível e aplicabilidade imediata das normas constitucionais vem gerando situações trágicas, levadas frequentemente ao Judiciário. Embora a reserva do possível não possa ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado como meio de escusar-se ao cumprimento de suas obrigações constitucionais, é também um importante instrumento de limitação ao direito à saúde, devendo ser devidamente considerada para impedir decisões judiciais de impossível execução ou que se mostrem injustas do ponto de vista coletivo.

Assim, deve-se buscar um equilíbrio entre o direito à saúde e a escassez de recursos, vez que ambos são categorias jurídicas relativas, a serem aplicadas segundo os princípios da igualdade e proporcionalidade. Nesse sentido, a plena realização dos direitos à saúde passa necessariamente pelo planejamento orçamentário, com a disponibilização de meios de participação popular direta, que darão maior legitimidade às escolhas alocativas estatais. Com a crise do sistema democrático representativo, se vem privilegiando novos meios de manifestação direta da vontade popular, tendência esta incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através da Carta Magna, que consagrou os instrumentos do plebiscito, referendo e da iniciativa popular. Nesse contexto, o orçamento participativo, com maior interferência da sociedade, mostra-se um importante mecanismo dentro do campo da concretização dos direitos fundamentais, vez que se mostra apto a melhor identificar as necessidades sociais, tornando as escolhas alocativas mais conscientes.

Percebe-se, pois, que o Poder Judiciário deve figurar como coadjuvante neste cenário, agindo em defesa do ordenamento constitucional e da força normativa dos direitos sociais fundamentais apenas quando há violação ao texto da Carta Maior, sempre respeitando a liberdade de decisão legislativa em matéria de orçamento, conforme determina o clássico sistema de separação de poderes. Este controle é inevitável e essencial à preservação dos direitos fundamentais, enquanto direitos constitucionalizados, e impede que a reserva do possível, alegada genericamente, não constitua limite fático real à efetivação destes direitos, mas manipulação de uma escassez segundo interesses que violem os princípios constitucionais.



A atuação jurisdicional não pode, porém, em nenhuma hipótese, servir para estabelecer privilégios, vez que os bens em conflito envolvem o direito à saúde de uns e o direito à saúde dos demais. Não se pode admitir que o sistema jurídico permita que algumas pessoas sejam atendidas em condições que não poderiam ser usufruídas por todos os outros que se encontrem na mesma situação. Por este motivo, demandas que envolvam a reformulação de políticas públicas devem ser analisadas a nível coletivo, e sem jamais substituir o palco principal onde se devem desenrolar tais discussões, qual seja, o da elaboração do orçamento público.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

**Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, abr./jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. (2011) Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luís\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luís_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 20 de out. 2011, p. 7

BELTRAMI, Alberto. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Alberto\\_Beltrami\\_\\_Secretario\\_de\\_Atencao\\_a\\_Saude\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami__Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf)>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOGUCHESKI, Maciel Felipe, e DOS SANTOS, Elisa Volker. **O Orçamento Participativo como elemento de democratização do espaço urbano**: análise da



experiência de Porto Alegre. Disponível em: <[http://egal2009.easyplanners.info/area05/5752\\_Maciel\\_Filipe\\_Bogucheski.pdf](http://egal2009.easyplanners.info/area05/5752_Maciel_Filipe_Bogucheski.pdf)>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: <[www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos)>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**. São Paulo: Saraiva: 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York: W. W Norton & Company, 1999.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos Humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. *In*: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2006.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed., 3. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



- PIRES, Roberto Rocha Coelho. **Orçamento participativo e planejamento municipal**. 2001. 147f. Monografia de graduação em Administração – Escola de Governo Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações acerca do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador, n. 11, set./out./nov., 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes culturais das políticas públicas no Brasil. *In*: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Orgs).. **Direitos sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria do custo dos direitos**. Vol. 1: Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. 1. ed. (ano 2007), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. *In*: **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. Representação política: a superação do modelo de democracia representativa pela participativa. *In*: **As tendências de direito público no limiar de um novo milênio**. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TOFFOLI, José Antônio Dias. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidade e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, I. W. TIMM, L. B., (Orgs). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.



# LIMITES E POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS À CRIAÇÃO DO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL<sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL LIMITS AND POSSIBILITIES TO THE CREATION OF A GENETIC PROFILE DATA-BASE FOR CRIMINAL INVESTIGATION

Carolina Grant<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo traz uma síntese da análise preliminar de constitucionalidade da Lei nº. 12.654/12 – que institui a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal –, analisada quando ainda era o Projeto de Lei nº. 93/2011, no âmbito da pesquisa realizada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), financiada pelo Ministério da Justiça, no contexto do Projeto Pensando o Direito (PROJETO BRA/07/004). A constitucionalidade do texto legal foi examinada à luz (I) da adoção, no Brasil, de um processo penal constitucional; (II) dos postulados do devido processo legal, do estado de inocência e do direito de não autoincriminação, (III) dentre outros direitos fundamentais potencialmente em conflito com os dispositivos legais introduzidos pelo PL. Também foram levados em consideração (IV) os riscos de se tratar, o PL, de um direito penal emergencial ou simbólico (com nítida prelázia das finalidades de política criminal sobre as garantias constitucionais) e, sobretudo, (V) da possível utilização superveniente do indivíduo como “meio” ou “instrumento” no decurso do processo penal, a ponto de afetar a sua dignidade. Por fim, estudou-se o recurso à proporcionalidade alexyana como forma de, no caso concreto, cotejar os interesses de política criminal com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, assim, encontrar-se uma solução possível para a aplicação do novo diploma legal de maneira constitucional.

**Palavras-chave:** Perfis genéticos (DNA/ADN); Constituição; Processo penal.

## Abstract

This article presents a summary of the preliminary analysis of the constitutionality of Law 12.654/12 – which establishes collecting genetic profile as a

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 19/06/2012. Pareceres emitidos em: 22/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Serviço de Apoio Jurídico da Faculdade de Direito da UFBA (SAJU). Ex-presidente e membro colaborador do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA (CEPEJ). Membro da Gestão 2012 do Centro Acadêmico Ruy Barbosa (CARB). Pesquisadora nas áreas de Direitos Humanos, Direito Internacional, Hermenêutica, Bioética e Direito Penal vinculada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: carolinagrants@hotmail.com.



form of criminal identification – when it was still considered the Draft Law 93/2011, as a part of the research conducted by the Federal University of Bahia (UFBA), in partnership with the University of Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), financed by the Ministry of Justice, in the context of the “Projeto Pensando o Direito” (BRA PROJECT / 07/004). The constitutionality of the legal text was examined considering (I) the adoption, in Brazil, of a constitutional criminal procedure, (II) the postulates of due process, the state of innocence and the right not to self-incrimination, (III) among others fundamental rights potentially in conflict with the regulations introduced by the PL. Were also taken into account (IV) the risks of an emergency or symbolic criminal law (emphasizing the purposes of criminal policy in stead of the constitutional guarantees) and specially (V) the possible supervening use of individual as a “medium” or “instrument” in the course of criminal proceedings to the point of affecting his dignity. Finally, we studied the use of Robert Alexy’s proportionality as a form of collating the interests of criminal policy with fundamental rights and guarantees of the individual and thus to meet a possible solution for the implementation of new legislation in a constitutional way.

**Keywords:** Genetic profiles (DNA / DNA); Constitution; Criminal procedure.

## INTRODUÇÃO

Os avanços da ciência e da técnica correspondem a uma realidade presente e incontestável em todas as esferas da vida em sociedade, sobretudo em um panorama de globalização e fluxo acelerado de troca de informações e tecnologias como o atual.

A engenharia genética, nesse contexto, foi responsável por avanços paradigmáticos tanto no que tange ao autoconhecimento humano, quanto na prevenção e cura de doenças, reprodução assistida, identificação de cadáveres e de pessoas desaparecidas e solução de casos penais – nesta última seara, observa-se a repercussão que os seriados norte-americanos que envolvem a utilização de altas tecnologias nas investigações criminais tem tido ao redor do planeta.

O recurso à utilização do DNA (ou ADN) para identificação ou armazenamento de dados genéticos com finalidades de persecução criminal, justamente em razão do êxito dos avanços técnico-científicos nesta área, tem encontrado espaço em diversos países, os quais já travam, inclusive, significativas discussões jurídico-constitucionais a esse respeito, dispondo de legislação já consideravelmente consolidada<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Nesse sentido, também Sônia Fidalgo assevera e alerta que: “Os avanços da ciência e da tecnologia têm, nos últimos anos, trazido grandes novidades em matéria de prova em processo penal. As últimas décadas conduziram à massificação dos meios de agressão e



No Brasil, o senador Ciro Nogueira (PP-PI), autor do PLS 93/11, procurou lançar as bases para a construção de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução criminal<sup>4</sup>, o que se consolidou com a promulgação da Lei nº. 12.654/2012. Em linhas gerais, o referido diploma normativo se refere ao armazenamento de material genético não codificante (isto é, que não contém, supostamente, informações relativas a características pessoais do indivíduo, apenas permitindo a sua identificação), relativamente aos condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo.

Não obstante a ampliação do trato à matéria conferida pelo substitutivo do projeto inicial que veio a se consolidar com a Lei 12.654, o tema é por demais delicado e ainda exige um debate mais amplo e aprofundando, na medida em que, no próprio âmbito jurídico-doutrinário nacional, ainda é esparsa a discussão e escassas as obras de referência.

O objetivo deste trabalho – desenvolvido no contexto da execução do Projeto Pensando o Direito (2011) – é, com efeito, contribuir para o debate acerca da constitucionalidade da criação de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no país, em momento tão oportuno e em um plano mais teórico (principlológico) e menos analítico, nesse primeiro momento.

A constitucionalidade do texto legal será, pois, examinada à luz (I) da adoção, no Brasil, de um processo penal constitucional; (II) dos postulados do devido processo legal, do estado de inocência e do direito de não autoincriminação,

---

devassa [...]. Coloca-se, agora, o problema da utilização no processo penal das aquisições da engenharia genética. *Não há dúvida, hoje, que os testes genéticos produzem a prova de identificação mais segura que existe.* Torna-se, pois, tentadora a possibilidade de utilização desta técnica no processo penal: pode resolver-se em poucos dias e com um elevado grau de fiabilidade aquilo que, de outro modo, conduzirá a um procedimento moroso e sempre com alguma equivocidade de determinação da autoria de um crime. [...]. *Desde logo, [entretanto] ao nível do direito constitucional, antevê-se, com facilidade, que a determinação do perfil genético pode colidir com certos direitos fundamentais. [...]* (FIDALGO, 2006, p. 116 – grifo nosso).

<sup>4</sup> “O DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime”. (Senador Ciro Nogueira (PP-PI). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/aprovado-banco-de-dados-geneticos-de-condenados-por-crimes-violentos.aspx>>. Acesso em: 25 nov. 2011).



(III) dentre outros direitos fundamentais potencialmente em conflito com os dispositivos legais introduzidos pelo PL. Também serão levados em consideração (IV) os riscos de se tratar, a Lei nº. 12.654/12, de um direito penal emergencial ou simbólico (com nítida prelácia das finalidades de política criminal sobre as garantias constitucionais) e, sobretudo, (V) da possível utilização superveniente do indivíduo como “meio” ou “instrumento” no decurso do processo penal, a ponto de afetar a sua dignidade. Por fim, discutir-se-á o recurso à proporcionalidade alexyana como forma de, no caso concreto, cotejar os interesses de política criminal com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, assim, encontrar-se uma solução possível para a aplicação do novo diploma legal de maneira constitucional.

## 2 A OPÇÃO (POR) E A NECESSIDADE IMPERIOSA DE UM DIREITO PENAL/PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL

Em um contexto contemporâneo de recrudescimento da atuação punitiva do Estado, em que é possível aludir-se às propostas de redução da maioria penal, a indícios de criação de um direito penal do inimigo<sup>5</sup> e à edição de normas penais abertas, bem como outras que contém descrições por demais genéricas do fato típico (sobretudo na legislação penal extravagante), imperioso se faz um retorno à necessária observância da opção jurídico-política da sociedade brasileira por uma *democracia constitucional*.

O conceito e a compreensão hodierna do fenômeno político-jurídico da Democracia têm sido tópicos recorrentes nas principais discussões publicistas e jurídico-sociológicas dos últimos anos. O advento da Carta de 1988 conferiu nova roupagem a este quadro de discussões, sobretudo ao adotar o modelo do Estado

<sup>5</sup> De acordo com Aury Lopes Jr.: “O processo penal do inimigo segue a mesma fórmula do simbolismo cada vez maior, acrescentando-se boas doses de utilitarismo, aceleração antiguarantista, eficientismo (que não se confunde com eficácia), agravado pela perigosa mania dos tribunais de flexibilizar as formas processuais através da relativização das nulidades (e conseqüente enfraquecimento das garantias do devido processo)”. (LOPES JR, 2008, p. 497). Nesse diapasão, seria exagero afirmar que o indivíduo cujo armazenamento de dados genéticos foi determinado em função do tipo e/ou gravidade do delito cometido será tratado como verdadeiro “inimigo” em processos ulteriores? Fica a reflexão.



Democrático de Direito, revestindo a ideia de Democracia de garantias e pautas valorativo-constitucionais que assegurassem a sua real efetivação, encontrando-se, dentre estas, os direitos e garantias fundamentais.

Luís Roberto Barroso (2010) esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 representa a síntese histórica de dois conceitos que, embora recorrentemente utilizados de forma quase que indissociável, não se confundem, quais sejam: constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo* corresponde à limitação do poder e à supremacia da lei (“estado de direito”); *democracia*, ao seu turno, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria. Tensões entre ambos os conceitos, face ao exposto, podem surgir, tendo a vontade da maioria que refrear seus impulsos perante determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais previstos na Constituição. Caberia, portanto, à jurisdição constitucional efetuar esse controle para assegurar que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Ou seja, democracia constitucional representa uma forma democrática específica, que combina o princípio majoritário (presente no legislativo, por exemplo), com premissas contramajoritárias (a necessidade de respeito aos conteúdos valorativos previstos na CF, controlada pelo judiciário). Tudo para evitar-se a “ditadura das maiorias”. Os dois conceitos que, numa leitura extremista, poder-se-iam dizer até mesmo antagônicos (soberania da lei *versus* soberania popular), na prática, coadunam-se, complementam-se, de modo a garantir uma democracia real e não meramente formal, além de, inclusive, estabelecer formas de lidar e/ou atenuar os déficits de representatividade<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Afirma Barroso: “Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargos dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]” (BARROSO, 2010, p. 91).



Partindo, então, de uma visão *substancialista* do paradigma da democracia constitucional, é também Roberto Barroso quem fala na necessidade da realização de uma *filtragem constitucional* de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, quanto ao Direito Penal que “a repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada”.

Isso porque, aponta o autor, a Constituição impõe ao legislador ordinário a obrigação de criminalizar determinadas condutas, bem como impede a criminalização de outras; torna questionáveis tipificações preexistentes à luz dos novos ditames da Carta de 1988, que consubstanciam, dentre outros, a transformação dos valores sociais; e alude, ainda, à possibilidade de se excepcionarem determinadas incidências da normal penal no caso concreto, na hipótese de o resultado desta aplicação mostrar-se incompatível com o novo paradigma constitucional. Conclui a breve análise da confluência entre Constituição e Direito Penal, por fim, asseverando que este ramo do Direito, tal qual os demais, sujeita-se aos princípios e regras constitucionais, daí resultando a centralidade dos direitos fundamentais; dessa forma, colocar-se-iam três premissas para o trabalho do legislador penal/processual penal: (i) reserva legal e liberdade de conformação do legislador; (ii) garantismo; e (iii) dever de proteção, destacando-se, ao final, o papel do princípio da razoabilidade-proporcionalidade. (BARROSO, 2010, p. 378-380).

Segundo o renomado constitucionalista brasileiro já citado, *haveria, portanto, uma verdadeira tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados*. Com efeito, para serem consideradas válidas, tanto as medidas relativas à criminalização de condutas, quanto à imposição de penas e o regime de sua execução deverão observar, de forma imprescindível, os desígnios da constituição, com destaque para o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e a vedação do excesso<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar



A constitucionalização do Direito Penal, portanto, torna-se imperiosa.

O que se tem observado, contudo, na prática, é um recurso constante às finalidades de política criminal, sobretudo no que tange à *persecução* criminal, para relativizar direitos e garantias fundamentais em nome da observância e atendimento ao direito da maioria à segurança. Busca-se o instrumento imediatista da lei penal como panaceia para os problemas de segurança pública e para os déficits do aparato do Estado no combate à criminalidade. Eis a faceta *eficientista*, funcional do sistema penal.

Falar-se em *funcionalização do processo penal* sem ressalvas tem levado, no plano de delimitação e compreensão do seu caráter instrumental, a uma utilização do processo como instrumento político-repressivo, tal qual alertou Luiz Flávio Gomes (2010) ao tratar da instrumentalização política da legislação penal. Este aspecto funcional, capaz de aproximar Direito Penal e Direito Processual Penal sob a ótica estrita da contenção da criminalidade, em termos de política criminal, ocasiona uma sucessiva supressão de “barreiras processuais” para alcançar este único e exclusivo fim, inclusive no que tange às garantias processuais constitucionais – as quais passam a ser vistas como verdadeiros obstáculos à persecução criminal.

O direito da *maioria* à segurança pública, garantido e salvaguardado pelo Estado, passa a imperar sobre os direitos e garantias do *indivíduo*. O juiz penal legalista, nesse diapasão, considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das consequências destes atos, não apenas postulados *processuais penais*, mas, sobretudo, *constitucionais*; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal.

A atuação repressiva do Poder Legislativo é, ainda, temerária, na medida em que dá vazão, justamente, à prevalência incontestada e inconsequente da *legislação*

---

valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência. (BARROSO, 2010, p. 382).



*penal de emergência* ou *legislação álibi*<sup>8</sup>. Ou seja, representa a adoção de medidas paliativas e ilusórias, adotadas por parte do Estado com base na crença no poder simbólico do Direito Penal e Processual Penal em conter os ânimos e anseios da população que clama por uma resposta imediata e por “justiça”, num contexto em que esta última se assemelha muito mais à “vingança”.

Fauzi Hassan Choukr assevera que a associação entre emergência e urgência é inegável. Na esfera jurídico-penal, tal qual constata Ferrajoli, Choukr identifica duas formas de emergência, distintas e simultâneas: a legislação de exceção e as mutações legais das leis do jogo, afirmando que “[...] em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais”. (CHOUKR, 2002, p. 02-03)

Leonardo Sica, por sua vez, esclarece que o simbolismo penal funda-se em uma constatação empírica, pervertendo a lógica da prevenção geral positiva. O Direito Penal estar-se-ia deixando quedar a mercê da sua forte carga emocional, tornando-se “[...] fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população”. (SICA, 2002, p. 73)

O poder simbólico presente na legislação penal de emergência evoca o caráter meramente retributivo da pena e ignora os riscos e a falência deste modelo tradicional repressor, capaz, unicamente, de estigmatizar e, inclusive, agravar os

<sup>8</sup> Conforme esclarece Flavia D'Urso: “A sociedade brasileira em geral, aí incluído um grande número de operadores do direito penal e processual penal, acredita na eficiência de imposição mais gravosa de pena e medidas cada vez mais restritivas da liberdade, como aptas a conter a criminalidade violenta. [...] Ingressam [nesse contexto] no ordenamento jurídico leis, e ainda, são utilizados de forma absolutamente distorcida mecanismos processuais já existentes, com indesejável assiduidade, particularmente quanto à custódia cautelar, de forma a atender a uma intervenção de caráter emergencial na tentativa de solucionar essa problemática questão da criminalidade. O *emergencialismo* diz com a adoção de providências legais e jurisdicionais cunhadas pela improvisação, rigorismo, ausência de coordenação sistemática, pouca ou nenhuma técnica e, em grande parte, inconstitucionais”. (D'URSO, 2007, p. 88 – grifo nosso).



problemas sociais de segurança pública (reais motivadores do clamor social por medidas repressivas mais gravosas), ao inviabilizar a ressocialização do indivíduo e propiciar um ambiente favorável ao crescimento do crime (sobretudo no que tange à criminalidade organizada) no âmbito das próprias penitenciárias.

No que concerne especificamente à utilização do DNA (ou ADN) para fins de identificação do indivíduo no âmbito criminal (suspeito/indiciado ou acusado), embora se reconheça o inquestionável interesse público/social no emprego desta técnica – que já deu provas inequívocas da sua eficácia e superioridade comparativamente aos meios tradicionais de identificação –, é preciso evitar-se recair em mais uma utilização insidiosa do poder simbólico do Direito Penal, com o escopo de abrandar o clamor social pela contenção da criminalidade e efetivação da segurança pública.

Víctor Rodríguez (2008, p. 211) nos adverte acerca da experiência inglesa, em que o primeiro-ministro Tony Blair anunciou a criação de um banco genético de todos os delinquentes do país (cerca de três milhões de cidadãos), em setembro de 2000, “refletindo sua preocupação com uma opinião pública que parecia considerar ‘brandas’ suas iniciativas de ordem pública, como narra de Herrera Bravo”<sup>9</sup>.

Também a França – primeiro país a regulamentar a formação de um banco de dados genéticos para fins de investigação criminal –, informa este autor, ainda que tenha, a princípio, regulamentado a possibilidade de criação de arquivo de impressões genéticas apenas para “proteção de menores vítimas de infrações sexuais” (art. 706-754 da Lei nº. 98-468), progressivamente optou por alargar suas hipóteses de cabimento, desrespeitando, em sua opinião, “*el principio de la proporcionalidad que ha de inspirar, con carácter general, las medidas restrictivas de derechos fundamentales, y, en particular, la práctica de los análisis de ADN y*

<sup>9</sup> Rodríguez cita e indica a obra de H. Bravo, qual seja: HERRERA BRAVO, Rodolfo. **Los registros de ADN y los derechos constitucionales**: Cómo esquivar sin despellejar?, trabalho apresentado no II CONGRESO MUNDIAL DE DEREITO INFORMÁTICO, da Universidade Complutense de Madrid, set. 2002, disponível em: <<http://www.ieid.org/congreso/Ponencias/Herrera%20Bravo>>, p. 2.



posterior incorporación de los resultados genéticos obtenidos a ficheros automatizados o informatizados<sup>10</sup>“.

No atual contexto político-criminal, ressalta Rodríguez, de incremento do interesse em persecução face ao crescimento da delinquência (crime organizado em nível nacional e terrorismo, no plano internacional), “será difícil conter o afã do legislador brasileiro em prever esse tipo de identificação criminal, via DNA”. (RODRÍGUEZ, 2008, p. 211-215)

É para evitar este indesejado cenário, cada vez mais presente em se tratando de legislação álibi ou emergencial, que se prega a *necessária e imbricada correlação entre complementaridade funcional e instrumentalidade constitucional*<sup>11</sup>. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. assevera que “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma [exclusiva] pretensão (acusatória)”. (LOPES JR., 2006, p. 08)

---

<sup>10</sup> Aqui, Rodríguez remete-se à J. F. Etxeberría Guridi, em sua obra: ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I). **Revista de Derecho y Genoma Humano**, 19 jul./dic. 2003, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, p. 111.

<sup>11</sup> Nas palavras do ilustre doutrinador italiano, Luigi Ferrajoli: “Según una primera acepción, “garantismo” designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas tout court, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismo de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”. (FERRAJOLI, 1997, p. 851-852).



### 3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O ESTADO DE INOCÊNCIA E O DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COMO LIMITES CONSTITUCIONAIS À CRIAÇÃO DE UM BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

Face à necessidade supraevidenciada de uma imprescindível abordagem constitucional do Direito Penal e do Processual Penal, passar-se-á, pois, ao exame de alguns dos postulados constitucionais do processo penal brasileiro, pilares de todo o sistema processual penal, quais sejam: as garantias do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, dentre outros direitos e garantias fundamentais.

#### 3.1 O postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) aplicado ao processo penal e a opção por um determinado modelo/sistema processual: o modelo acusatório

O artigo 5º, em seu inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, assim determina:

Art. 5º, LIV, CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O correto entendimento da aplicação deste postulado processual na seara penal perpassa pela compreensão de cada termo que compõe a expressão *devido processo legal*.

No que tange ao termo “**legal**”, o seu entendimento é relativamente pacífico no que tange à observância não só das *formas* legais (forma é garantia, para Aury Lopes Jr). (LOPES JR., 2008, p. 497), mas principalmente do seu *conteúdo*, que deve atender às finalidades consubstanciadas em direitos e garantias constitucionais e processuais, seguindo a ideia de um processo penal constitucional, tal qual defendemos no item anterior.

Sobre **processo**, Távora e Alencar prelecionam que “o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto [...]”, uma



vez que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 30). Já Aury Lopes Jr., assevera que o processo penal “é um instrumento [...] de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). [...]” (LOPES JR., 2008, p. 489). Nesse diapasão, é válido conceituar, de antemão, também o termo **prova**, já inserindo um dos temas centrais deste tópico (teoria geral da prova), para o que seguimos o entendimento de Elmir Duclerc, quando este afirma “a possibilidade de compreender prova como uma espécie de comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório” (DUCLERC, 2011, p. 493).

Ou seja, o **processo penal**, de modo a legitimar a atuação repressiva do Estado (detentor do *jus puniendi*) manifesta através da aplicação de uma sanção penal, representa um caminho, um esforço de reconstrução de um determinado evento histórico ensejador da pretensão punitiva do Estado, sempre de forma aproximativa, a fim de proporcionar a formação do convencimento do órgão julgador por intermédio da exposição e exame das provas, entendidas enquanto mensagens ou comunicações trocadas ao longo deste processo, dialeticamente entre os nele envolvidos.

Quanto à expressão **devido**, por fim, entendemos que esta, em processo penal, aponta para a adoção de um modelo ou sistema específico de processo: o **acusatório**<sup>12</sup>, conforme explicar-se-á a seguir. Nesse sentido, também Elmir Duclerc indica que:

---

<sup>12</sup> Assim reforça Aury Lopes Jr.: “A questão é de suma relevância quando compreendemos que o sistema processual brasileiro é o (neo)inquisitório (pois o art. 156 e tantos outros atribuem a iniciativa probatória ao juiz) e que possui, como agravante, a prevenção como causa de fixação da competência, de modo que o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que, pela regra do art. 83 do CPP, irá atuar na fase processual (admitindo, portanto, a prova que ele mesmo colheu). [...]”. (LOPES JR., 2008, p. 495).



[...] o princípio do devido processo legal, que se encontra expressamente previsto no art. 5º, LIV, da CR, pode ser compreendido de duas maneiras diferentes. Assim, há quem entenda que dele só se pode extrair a exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos. Outros, todavia, com os quais nos alinhamos, entendem o texto constitucional como exigência de um determinado tipo de processo (o processo devido). Mas, o que significa exatamente um processo justo ou devido? Nas palavras de SILVA JARDIM, fazendo coro com a melhor doutrina pátria, *o devido processo legal está vinculado à depuração do sistema acusatório de processo penal*. [...] o princípio do devido processo legal, consagrado no texto constitucional, impõe um modelo de processo orientado segundo o sistema acusatório de processo penal, com juiz imparcial e inerte, e partes parciais, em igualdade de condições. [...]. (DUCLERC, 2011, p. 498-520 - grifo do autor).

O **sistema acusatório** apresenta como características elementares: 1) a separação de funções (acusar, defender e julgar) – atribuídas, cada uma, a um órgão ou ator processual específico; 2) a imparcialidade ou inércia do órgão julgador – que não vai atrás das provas, não é dotado de iniciativa probatória, mas, sim, julga os fatos a partir do quadro probatório delineado pelas partes através dos elementos colhidos e por elas evidenciados (juiz espectador); 3) observância dos postulados do contraditório, ampla defesa e publicidade; 4) e o livre convencimento motivado, enquanto sistema de apreciação das provas, justamente em contraposição ao sistema das *provas legais*, que fere a presunção de inocência. Nessa mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr.:

[...] no *sistema acusatório* (que se pretende), o juiz mantém uma posição - não meramente simbólica, mas efetiva - de alheamento [...] em relação à arena das verdades onde as partes travam sua luta. Isso porque ele assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás). [...] no processo *acusatório* o que se tem é uma pura operação técnica, *onde um resultado equivale ao outro* (tanto faz a condenação ou a absolvição, ao contrário da lógica inquisitiva dirigida para a condenação). O grande valor do processo acusatório está na justiça, o que equivale dizer, no jogo limpo. Literalmente, afirma o autor que *este modelo* (acusatório), *ideologicamente neutro, reconhece um solo valor: la justicia, El juego limpio (fair play)*. (LOPES JR., 2008, p. 496 - grifo do autor).

O sistema antagônico, que prevaleceu durante séculos no direito ocidental, é o inquisitivo, marcado justamente pela concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única figura: o juiz (verdadeiro ator processual); o órgão julgador é quem iniciará de ofício a persecução, irá em busca das provas e, ao final,



preferirá a decisão, tudo isso sob uma atmosfera sigilosa, obscura, sem compromisso com o contraditório ou a ampla defesa. Diante desse quadro, afirmam Távora e Alencar: “o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos”. (TÁVORA; ALENCAR, 2008, p. 34)

Com efeito, o sistema inquisitivo ou qualquer previsão que contenha o ranço das características supra-descritas, capaz de conferir poderes investigativos/inquisitoriais ao juiz, leva à prevalência de hipóteses (abstratas e imaginárias) sobre fatos, bem como conduz a um resultado específico: a condenação do réu. Senão, vejamos: se as provas carreadas aos autos pelas partes (acusação e defesa) não são suficientes para a formação do convencimento do juiz acerca da ocorrência ou imputação do fato criminoso ao réu (sua materialidade ou autoria) e abre-se, então, a este juiz, a possibilidade de que ele mesmo vá atrás de outras provas, não há outra consequência lógica senão a de crer que este juiz pretende condenar o réu a todo custo, posto que convicto (íntima e abstratamente, conforme suas conjecturas pessoais) de sua responsabilidade penal, afinal, se fosse para inocentá-lo, bastava aludir à insuficiência de provas e, especificamente no Direito brasileiro: ao estado de inocência, bem como ao consequente princípio do *in dubio pro reo* (não tendo o órgão acusador se desonerado da carga do ônus da prova, presumida a inocência)<sup>13</sup>.

É justamente a previsão constitucional inequívoca do estado de inocência (art. 5º, LVII), a ser discutida *infra*, que nos leva a consolidar o entendimento de que a previsão do devido processo legal, aplicada à esfera processual penal, aponta para a adoção do modelo acusatório de processo. Concordamos, pois, com Lopes Jr., ao indicar o “acerto de Goldshmidt ao afirmar que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários [inquisitoriais] ou democráticos [acusatórios] de sua Constituição. [...]” (LOPES JR., 2008, p. 493).

<sup>13</sup> Foi exatamente isso que desacreditou o sistema inquisitório, aponta Goldshmidt: “o erro psicológico de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções antagônicas como acusar, julgar e defender; ou, em termos probatórios, ter iniciativa (probatória), realizar o juízo de admissibilidade e gerir sua produção”. (LOPES JR., 2008, p. 495).



Nesse contexto, é possível afirmar-se, pois, que, *quanto à utilização de dados genéticos para individualização ou armazenamento, o postulado do devido processo legal, por si só, já representaria um importante limite a ser observado*, no seguinte sentido: 1) esta utilização precisará estar prevista por lei que regulamente a matéria em conformidade com os ditames constitucionais (forma e conteúdo); 2) utilizada como prova ao longo do processo, deverá estar sujeita ao diálogo entre as partes, isto é, ao contraditório e à ampla defesa (técnica e pessoal, esta última positiva e negativa, conforme se discutirá *infra*); 3) deverá sujeitar-se, também, ao modelo acusatório, não podendo ser, por exemplo, solicitada de ofício pelo juiz.

### 3.2 O Estado de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e a busca pela (mitológica) “verdade real”

A premissa do estado de inocência, ou postulado constitucional da presunção de inocência, encontra previsão expressa no art. 5º, LVII, da Carta de 1988, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 5º, LVII, CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Este postulado representa verdadeiro pilar do processo penal, podendo verificar-se a qualidade de um sistema processual mediante exame do seu grau de observância e eficácia; a sua relevância é tamanha que Lopes Jr. destaca, também, a afirmação de A. B. de Carvalho de que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ [...], neste momento histórico, da condição humana”<sup>14</sup>. Dele decorre, ademais, um *dever de tratamento* em duas dimensões, ainda conforme lição de Lopes Jr., uma interna (no âmbito mesmo do processo penal, destinada ao julgador e ao acusador, que devem tratar o réu como inocente, restando o recurso às medidas cautelares e atribuindo o ônus probatório integralmente ao acusador, sendo este quem deve superar a presunção

<sup>14</sup> Aury Lopes cita Amilton Bueno de Carvalho, remetendo-se à obra: CARVALHO, Amilton Bueno de. “Lei, para que(m)?”. In: **Escritos de Direito e Processo Penal**, p. 51.



de inocência); e uma externa, impondo limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (LOPES JR., 2008, pp. 501-502).

Da presunção de inocência, erige-se o princípio do *in dubio pro reo*, tal qual indicado *supra*, levando à necessária absolvição do acusado nas hipóteses em que o órgão acusador não se desincumbir do *onus probandi*.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate a sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperiosa. Isso porque, ao estar a inocência assistida pelo postulado de sua presunção, até prova em contrário, esta prova contrária deve aportá-la quem nega sua existência, ao formular a acusação. Trata-se da estrita observância ao *nulla accusatio sine probatione*. (LOPES JR., 2008, p. 503)

Não obstante a evidente, expressa e inequívoca opção política pela tutela constitucional do estado de inocência, a doutrina processual penal tem relutado em atribuir ao processo penal o *objetivo*, senão o *dever*, de buscar a “verdade real” supostamente presente em cada caso examinado, chegando a utilizar este como critério distintivo entre o processo civil e o processo penal. Neste ponto (dever), também se encontraria a pretensa “justificativa” para a assunção de um sistema inquisitivo e para a atribuição de poderes investigativos ao juiz.

Daí porque intimamente relacionados a presunção de inocência e o **problema da verdade** almejada no processo. Nesse contexto, questionamos, junto com Lopes Jr., que verdade seria essa, afinal, “quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também ‘que verdade’ foi buscada no processo. Isso porque [...] o processo penal é um ‘modo de construção do convencimento do juiz’, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento. Daí porque de nada serve lutar pela efetivação de um modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável ‘verdade real’”. (LOPES JR., 2008, p. 521)



Em todos os momentos, contudo, que se pretendeu alcançar a verdade real ou material, supostamente mais consistente e com menos limites à atividade de investigação, o resultado obtido foi uma verdade prejudicada, forjada ou obtida à força (força bruta, inclusive). No ambiente sem freios desta inquisição, confessa-se tudo, até o inexistente e impossível.

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ato (inquisidor). [...] Noutra dimensão, devemos sublinhar - na esteira de FERRAJOLI - que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como um cognocitivism ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista de processo penal. (LOPES JR., 2008, p. 521-522)

Em nome desta “verdade”, autorizam-se e fundamentam-se as mais diversas atividades e práticas probatórias – os fins justificam os meios (a qualquer custo).

Para a prevalência de uma verdade assim obtida não teriam sido necessários anos de evolução da disciplina e modelo processual penal, nem sequer a existência de um *processo* seria preciso, quicá um processo *legal, devido* e, conforme tudo o que já se expôs, *constitucional*. Com efeito, no processo penal constitucional hodierno, com destaque para a realidade brasileira, só a *conclusão processualmente válida*, obtida sob um viés dialético, democrático e em observância aos direitos e garantias fundamentais poderá ter lugar de forma legítima.

Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias consideradas como penalmente relevantes. [...] Como explica FERRAJOLI, a verdade processual não pretende ser *a verdade*. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A *verdade formal* é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética *verdade substancial*. (LOPES JR., 2008, p. 522-523)



Fala-se aqui, pois, em *verdade processual*, enquanto uma *verdade aproximativa*, limitada pelo que é possível saber a partir do que é trazido ao processo (na linha do que leciona Luigi Ferrajoli) (FERRAJOLI, 1997).

Ao adotar as premissas epistemológicas lançadas por Ferrajoli na paradigmática obra “Direito e Razão”, Elmir Duclerc afirma que o seu objetivo no capítulo acerca da teoria da prova do seu manual de Direito Processual Penal é “tentar identificar caminhos racionais, democráticos e garantistas de reconstrução da verdade fática no processo penal. Nesse sentido, parece claro que precisamos sair um pouco da discussão estritamente técnico-jurídica para tentar identificar alguns fundamentos filosóficos que devem estar na base de qualquer concepção teórica e normativa sobre a prova”. (DUCLERC, 2011, p. 494)

Tais fundamentos filosóficos teriam sido erigidos a partir do pensamento liberal do séc. XVIII, tendentes a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo formulado em um processo penal, limitando a atuação punitiva do estado e salvaguardando o indivíduo contra o império da arbitrariedade estatal. Tratam-se do *convencionalismo* penal e do *cognoscitivismo* processual.

O primeiro (convencionalismo) teria relação direta com a estrita legalidade, determinando, de um lado, que os fatos puníveis deveriam ser sempre *convencionados* – indicados previamente pela Lei, sem que remanescesse espaço para referência a condutas ontologicamente criminosas; de outro, que a descrição legal necessitaria abarcar exclusivamente fatos, jamais aspectos subjetivos próprios à condição pessoal do agente. O segundo fundamento (cognoscitivismo), por sua vez, poderia ser compreendido a partir da determinação de que as acusações formuladas em um processo devem estar sujeitas à demonstração empírica; imperioso se faz, em conformidade com o cognoscitivismo processual, que seja possível, na prática, averiguar e refutar a tese acusatória. Eis “a máxima *veritas non auctoritas facit iudician*, isto é, a decisão sobre a verdade fática deve ter compromisso com uma verdade que decorra de um determinado tipo de procedimento, e não na confiança depositada na autoridade do juiz, por mais confiável e competente que ele seja (tendência flagrantemente autoritária e antigarantista, conhecida como decisionismo processual)”. (DUCLERC, 2011, p. 495)



Acerca da famigerada “verdade real” é possível afirma-se, ainda, que mesmo que a sua busca fosse autorizada através de meios menos insidiosos, tal busca seria completamente infrutífera, na medida em que simplesmente não existe tal verdade – em primeiro lugar, porque correspondente a fatos passados, impossíveis de serem revividos, rememorados de forma direta; em segundo, por questões filosóficas que podem vir a ser estudadas oportunamente, mas que, em linhas gerais, evidenciam as próprias limitações humanas e da linguagem para apreender tamanha pretensão de Verdade. Já dizia João Ubaldo Ribeiro, “não existem fatos, só existem histórias”, isso porque toda a percepção humana da realidade circundante é intermediada pelas vivências, historicidade e limitações (pré-compreensões) de cada indivíduo, apenas sendo possível um diálogo entre estas percepções. Dessa forma, o que se alcança ao final do processo não é exatamente uma *verdade*, seja ela real, material ou processual, nem bem uma certeza, mas o mais próximo disso que seja humanamente possível.

[...] A única certeza que pode ter [o juiz], na verdade, porque isso depende dele, em cada ato do processo, é que todas as garantias processuais foram respeitadas, e aí, ainda que venha a cometer uma injustiça, ele (e o Estado) terá pelo menos a certeza de que o erro era realmente inevitável. É forçoso reconhecer, portanto, que também no processo penal a verdade possível é apenas a verdade processual, que está necessariamente comprometida com condições de *convalidação*, traduzidas em regras que disciplinam um método legal de comprovação processual. (DUCLERC, 2011, p. 497)

O recurso à utilização do DNA para identificação e investigação criminal, bem como a criação de um banco de dados genéticos encontraria, face ao panorama ora traçado, um limite muito nítido na tutela constitucional do estado de inocência e no *in dubio pro reo*, à medida que poderia representar uma nova perspectiva de busca pela mitológica e utópica “verdade real”. As possibilidades advindas do emprego desta nova técnica, a fiabilidade, eficiência e relativa agilidade dos resultados assim obtidos podem despertar o afã do órgão julgador pela flexibilização de garantias constitucionais em prol da “realização da justiça” e do “interesse público”. Poder-se-ia, nesse contexto, inclusive, legitimar a obrigação de o indiciado ou acusado fornecer material de coleta para estes fins, produzindo prova contra si mesmo (quem sabe até criminalizando a hipótese de negativa), ou ainda a recolha de material desprendido do seu corpo para análise sem o seu consentimento



ou qualquer tipo de fundamentação/procedimento idôneo(a); ambas as hipóteses por demais temerosas.

Sónia Fidalgo ressalva, por fim, que mesmo os exames de DNA não operam com certeza, mas com probabilidade, não devendo ser, portanto, interpretados como “a” prova, mas como mais um meio probatório, nitidamente subsidiário em razão da sua afetação aos direitos e garantias individuais. Esta mesma autora pontua que “uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Todavia, não podemos esquecer outra finalidade do processo penal, a protecção dos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, que impõe que a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida”. (FIDALGO, 2006, p. 120)

### 3.3 O direito ao silêncio/não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF/88) e a coleta de material genético

O direito ao silêncio remanesce logrado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXIII, CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Também o art. 8.2, letra “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos determinou que toda pessoa tem o *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada*. Ainda que tardiamente, ademais, o próprio direito processual penal incorporou, especificando-o, o direito ao silêncio, mediante a alteração do art. 186 do CPP, onde, agora, lê-se:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe foram formuladas.

Este direito, desmembramento do direito à (ampla) *defesa*, neste caso *peçoal e negativa*, representa uma faceta do princípio *nemo tenetur se detegere*, de



acordo com o qual não poderá haver prejuízo jurídico em virtude da opção, por parte do acusado, em calar, omitir-se, não corroborar com os esforços probatórios no decurso do processo.

Acerca do direito ao silêncio e, por conseguinte, à não autoincriminação, afirma Duclerc que: “a defesa pessoal do acusado [...] não está restrita a atos comissivos, mas abarca também determinadas omissões que tenham por objetivo impedir a atuação da pretensão punitiva. Estamos falando, fundamentalmente, das repercussões do chamado direito ao silêncio, ou direito de não declarar contra si mesmo, previsto no art. 5º, LXIII, da CR [...]”. (DUCLERC, 2011, p. 507)

Sónia Fidalgo, ao seu turno, segue o mesmo raciocínio, asseverando que acompanha “Wolfslast quando afirma que ‘não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. De resto, será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma acção e já não quando compelido a ter de tolerar uma acção”. (FIDALGO, 2006, p. 141)

Aury Lopes Jr., por fim, sempre preciso, pontua que: “através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência”. (LOPES JR., 2008, p. 588)

Com efeito, diante do quadro delineado pelos autores supracitados, não resta dúvida de que, senão impossível, muito difícil é falar-se em obrigatoriedade do indiciado ou acusado em ceder material para **exame genético** que possa vir a ser utilizado como prova contra si, incorrendo o cedente em autoincriminação. Qualquer tipo de coleta sem o seu consentimento, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de *meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o direito ao silêncio*. É preciso observar-se, com muita cautela, pois,



em que medida, hipóteses e de que forma estes direitos e garantias fundamentais podem vir a ser flexibilizados.

#### 4 OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO: O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL, PRIVACIDADE, INTIMIDADE E INTEGRIDADE

Além das prerrogativas constitucionais do devido processo legal, estado de inocência, direito ao silêncio e à não autoincriminação já analisadas acima – garantias de cunho mais processual penal –, outros direitos do indivíduo merecem ser examinados com cautela na oportunidade em que for realizado o enfrentamento da colisão entre direitos fundamentais, tal qual já se discutiu, ensejado pela implementação da medida que visa à possibilitar a criação de um banco de perfis genéticos no Brasil.

Estes direitos também contam com um *status* constitucional de direito fundamental, merecendo tutela assegurada tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código Civil (1916 e 2002), quais sejam: o direito à *privacidade*, *intimidade*, à *autodeterminação informacional* e *integridade* (física/corporal e/ou moral).

O texto constitucional assim determina:

**Art. 5º, X, CF/88** - 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; [...] **XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...].

O Código Civil de 2002, ao seu turno, prevê que:

**Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

**Art. 21.** A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

De acordo com a doutrina constitucional (MENDES, 2009, p. 420), o *direito à privacidade* destinar-se-ia à salvaguarda contra a divulgação ou conhecimento



público de informações pertinentes à vida privada do indivíduo, isto é, referentes ou que possam afetar as suas relações pessoais em geral, comerciais e/ou profissionais. O *direito à intimidade*, ao seu turno, restringiria ainda mais a abrangência dessas informações ao âmbito pessoal do próprio indivíduo e seu núcleo mais próximo, qual seja, de relações familiares e de amizade.

Com a doutrina civilista (FARIAS, 2007, p. 108-111), encontra-se a definição dos chamados *direitos da personalidade*, compreendidos como “direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais”; isto é, tratam-se de direitos relacionados intrinsecamente ao desenvolvimento da pessoa humana, abarcando suas projeções físicas, psíquicas e intelectuais, bem como individualizando cada titular destes direitos de forma a garantir-lhes tutela jurídica plena e segura. São direitos conhecidos, em sua grande maioria, por serem *absolutos, relativamente indisponíveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais*, que tomam por base a *dignidade* e a *integridade* da pessoa humana.

Esta integridade pode ser mais bem delineada se compreendida a partir da subdivisão em *integridade física ou corporal* e *integridade moral ou psíquica*.

A *integridade física ou corporal*, decorrência indiscutível da proteção maior à *vida* humana, destina-se à tutela jurídica do corpo humano, da incolumidade corporal, aqui englobando-se o corpo vivo, morto, além dos tecidos, órgãos e *partes suscetíveis de separação e individualização*. Já a *integridade moral ou psíquica*, por sua vez, decorrência da tutela da *dignidade* da pessoa humana, destina-se a proteger o conjunto psicológico da estrutura humana, isto é, a incolumidade moral ou higidez psíquica da pessoa, abarcando a sua honra, liberdade, recato, imagem, vida privada e nome; representa, por fim, a salvaguarda das “emanações da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo”. (FARIAS, 2007, p. 139)

A defesa da integridade moral perpassa, tal qual mencionado, pelo fomento ao resguardo também da privacidade, aqui destacando-se a *teoria dos círculos concêntricos da vida privada* ou *teoria das esferas da personalidade* de Heinrich Hubmann (HUBMANN, 1995, p. 36), elaborada e incorporada pela doutrina alemã a partir de 1953, para esclarecer a relação entre privacidade, intimidade e segredo.



Para Hubmann, a vida privada do ser humano poderia ser compreendida a partir da formulação de três círculos concêntricos a delimitar, de acordo com a densidade de cada camada, três esferas de privacidade: a *privacidade* propriamente dita, que representaria o refúgio do indivíduo diante da coletividade, o direito de viver a sua própria vida sem interferências ou ingerências externas; o direito ao *segredo*, isto é, de não divulgação dos fatos relacionados à própria vida da pessoa que só a ela e ao seu núcleo mais próximo dizem respeito, não aos demais; e, por fim, a *intimidade*, que a esfera mais pessoal e próximo do próprio indivíduo, devendo por ele ser controlada, afinal, existem fatos e informações que nem à família ou amigos dizem respeito.

O direito à privacidade pode ser ainda apontado, conforme o difundido ensinamento de Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 14), como a necessidade do indivíduo de “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”.

A utilização de amostras de material genético para fins de identificação ou armazenamento (civil ou criminal), nesse contexto, representa potencial mecanismo de violação aos direitos supra indicados, na medida em que:

1) A depender da **forma de coleta** das amostras, se não revestida de justificção e fundamentação legal e constitucionalmente proporcional, poderá representar agressão à integridade corporal do indivíduo; neste ponto, para configurar a ofensa não se faz necessária lesão significativa, evidente ou capaz de ensejar dor ao corpo da pessoa, mas apenas que a amostra colhida contenha potencial lesivo à sua integridade. No caso das amostras de DNA (ou ADN), ainda que diminutas (fio de cabelo, saliva ou esperma), elas contém, em cada célula, todo o mapa genético do indivíduo, uma pequena síntese de todo o seu corpo e ser. Dessa forma, para os usos a que se destinam, estas amostras, independentemente do tamanho, representam, sim, uma ameaça de lesão à integridade física.

2) O mais grave, contudo, é a **forma de análise e armazenamento** destas amostras, uma vez que, justamente por conter, em cada célula, o DNA completo de uma determinada pessoa, para além de identificá-la, o código genético pode revelar características pessoais (físicas e, para alguns, inclusive psicológicas/de personalidade), traços de hereditariedade (informações relativas ao núcleo familiar,



que transcende a esfera do indivíduo) e anomalias congênitas ou patologias genéticas (muitas que sequer poderão vir a se desenvolver ao longo de toda a vida da pessoa).

Tais informações contidas no DNA, se manipuladas de forma inidônea ou descuidada, podem provocar o vazamento de dados relacionados às esferas da privacidade e intimidade do indivíduo, afinal, esta divulgação poderá afetar as suas relações de trabalho (discriminação em razão da compleição física ou potencial para desenvolvimento de alguma patologia que, por ventura, venha a impossibilitar a pessoa para o trabalho), familiares (doenças hereditárias), dentre outras.

No âmbito da intimidade, fala-se ainda em *intimidade genética* (direito à intimidade genética, bem explicado e defendido por Víctor Gabriel Rodríguez (RODRÍGUEZ, 2008)) e em *autodeterminação informacional*. Este último direito individual tem ampla previsão no Direito Europeu, sendo bastante debatido quando o tema é justamente a criação de bancos de perfis genéticos. O seu conteúdo, em linhas gerais, diz respeito à prerrogativa conferida ao indivíduo de controlar (incluir, retirar, modificar, atualizar e acompanhar, a qualquer tempo) qualquer base de dados pessoais que lhe diga respeito e possa afetar-lhe; é o direito de autodeterminar-se relativamente a informações pessoais. No Brasil, esse direito poderia ser compreendido como abarcado pelo direito à privacidade e intimidade, inclusive no que tange à intimidade genética e à proteção das informações contidas no DNA.

Face ao panorama ora construído de direitos fundamentais e da personalidade passíveis de violação em caso de desvirtuamento da finalidade a que se destina a criação de bancos de perfis genéticos (FIDALGO, 2006, p. 120-128; RODRÍGUEZ, 2008, p. 209-216), a *separação da parte não-codificante da molécula de ADN* para fins de análise (parte do DNA que não contém características pessoais ou hereditárias), apenas se observada de forma rigorosa, controlada e sancionada, poderá garantir a salvaguarda dos direitos do doador – do contrário ensejará a correspondente responsabilização civil, mediante *reparação* (danos materiais) ou *compensação* (danos morais), ou, ainda, através do exercício da contemporaneamente tão discutida *função punitiva da responsabilidade civil* –, sem



que se possa, por fim, prescindir da já indicada necessidade de ponderação dos bens em confronto quando da aplicação da medida (coleta/armazenamento de amostras).

## 5 CONCLUSÃO: A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA – UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Em face do panorama delineado *supra* acerca do *processo penal constitucional* brasileiro e dos direitos fundamentais potencialmente afetados com o uso do material genético para fins de investigação criminal, com destaque para a garantia do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, é possível inferir-se que tanto a utilização pontual de material genético para fins de identificação na esfera criminal, quanto a formação de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução interferem por demais na esfera dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo.

Para enfrentar esta colisão que ora se delinea entre os direitos e garantias individuais e o direito da coletividade à segurança pública, é possível recorrer-se à máxima da proporcionalidade formulada pelo jurista alemão Robert Alexy.

Com base em um conceito não positivista de Direito, o qual conduz a uma proposta de união necessária entre Direito e Moral em virtude da aproximação entre a dimensão real e fática do Direito (“o decretado e o eficaz”) e uma dimensão ideal ou discursiva (“pretensão de correção”) imperiosa a partir da II Guerra Mundial, Robert Alexy constrói a sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” e a noção de um “Constitucionalismo Discursivo”, cuja ideia de proporcionalidade, compreendida enquanto razão efetivadora de direitos fundamentais, visa a resguardar ao máximo o núcleo essencial de cada um dos direitos em colisão – racional e argumentativamente. Dessa forma, Alexy leva para diversos países as construções teóricas do “Tribunal Constitucional Alemão”.

Também esta visão não positivista do Direito leva o jurista alemão a compreender, seguindo o quanto já fora indicado pelo americano Ronald Dworkin, as normas (sobretudo aquelas que veiculam direitos fundamentais) como passíveis



de apresentar uma estrutura de regras ou de princípios (ou, ainda, uma estrutura mista), ambas com caráter verdadeiramente jurídico-normativo.

O ponto decisivo acerca da distinção entre estas duas estruturas seria o fato de os princípios corresponderem a normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, no limite das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*. Princípios jurídicos representariam, pois, *mandamentos de otimização*, cuja marca seria justamente a possibilidade de serem satisfeitos ou realizados em graus variados, enquanto as regras, por sua vez, representam normas que deverão ser plenamente satisfeitas, exatamente como determinam os seus comandos, ou terão a sua validade comprometida. A distinção entre regras e princípios, nesse contexto, é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau.

A partir desta diferença qualitativa, também a colisão entre regras e princípios merece tratamento diferenciado, destacando-se, para efeitos deste trabalho, a colisão entre princípios. Princípios podem colidir abstrata ou concretamente, isto é, enquanto previsões normativas e no caso concreto, a título ilustrativo. Em um primeiro momento, poderá o Legislador, ele mesmo e mediante lei ordinária que tenha passado, necessariamente, pelo crivo da compatibilidade com a Constituição Federal, solucionar a contenda, atribuindo maior proteção a um ou a outro bem jurídico e definindo as hipóteses e/ou condições em que tal proteção se dará. Também nesta atividade legislativa recorre-se a considerações relativas à ponderação de valores, princípios ou direitos – compreendidos, aqui, enquanto razões que guiam, diretrizes e mandamentos de otimização. Não obstante, é em face do caso concreto, da aplicação e efetivação destes direitos fundamentais colidentes, que se fará mais nítida e imprescindível (em razão da necessária fundamentação das decisões judiciais) a utilização da *ponderação*.

No direito constitucional alemão, a ponderação é uma imponente etapa do que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o **princípio da proporcionalidade**.

O *princípio ou máxima da proporcionalidade* decompõem-se em três *princípios parciais ou subprincípios*: 1) princípio da idoneidade; 2) da necessidade; 3) e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três expressam a ideia supramencionada de otimização.



Os princípios da idoneidade e da necessidade consubstanciam a otimização no que tange às *possibilidades fáticas*. **Idoneidade** (ou adequação) equivale à noção de que o meio empregado para realizar um princípio ou direito fundamental deve ser, impreterivelmente, idôneo, adequado, apto à consecução do fim pretendido; do contrário, a mitigação que a escolha deste meio ou medida implica ao direito fundamental contrário será em vão e nenhum direito fundamental, enfatiza Robert Alexy em seus escritos, pode vir a ser afetado sem que haja uma razão justificadora muito forte para tanto. Este subprincípio, primeira etapa do exame acerca da proporcionalidade de uma medida a ser adotada, exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem que, ao menos, outro princípio de igual relevância seja fomentado. Esta nada mais é que a expressão da ideia da *Otimidade-Pareto*: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.

No mesmo sentido deve seguir o raciocínio em torno do subprincípio da **necessidade**. Este determina que, face à constatação da existência de dois meios aptos a fomentarem igualmente bem um determinado direito fundamental, deve-se escolher aquele que menos intervenha no outro direito fundamental colidente com o primeiro. Isto é, se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então, na linha da *Otimidade-Pareto*, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam custos para a outra. Em outras palavras, ainda, um dado meio de realização de um princípio/garantia/direito fundamental só deve ser empregado se não houver, disponível, nenhum outro que interfira menos no princípio/garantia/direito fundamental colidente com o primeiro e seja igualmente idôneo ao alcance dos mesmos fins pretendidos; apenas se for realmente *necessário* e não houver outra solução tanto idônea, quanto menos gravosa.

Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, todavia, torna-se necessária uma ponderação.

O terceiro e último subprincípio da proporcionalidade alexyana é, pois, a **ponderação**, também conhecida como *proporcionalidade em sentido estrito*. Este princípio parcial traduz o significado da otimização relativamente às *possibilidades jurídicas* e corresponde a uma regra que Robert Alexy denomina como “lei da ponderação”.



De acordo com a “*lei da ponderação*”, esta atividade (etapa), este ponderar, também decompõe-se em três passos: a) no primeiro, deve ser verificado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) em seguida, seria necessário proceder-se à análise da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; c) e, por fim, no terceiro momento, questionar-se-ia se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário *justificaria* o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro princípio.

Ao seguir-se as três etapas da máxima da proporcionalidade, incluindo-se os três passos da ponderação, seria possível enfrentar a inevitável colisão entre direitos fundamentais de forma racional, argumentativa, fundamentada e legítima, salvaguardando-se o máximo possível do núcleo de cada um destes direitos de *status* constitucional, ao menos de acordo com o entendimento do jurista alemão Robert Alexy e em conformidade com o que tem entendido e manifestado também o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Qualquer determinação do legislador penal/processual penal nesse sentido, portanto, levando em consideração a relevância das finalidades de política criminal, deve assegurar, impreterivelmente, a realização de um juízo de proporcionalidade abstrata entre os direitos em conflito, observando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da previsão legislativa, restringindo as hipóteses de utilização/armazenamento do material genético.

Também o órgão julgador, quando estiver diante do caso concreto e da prerrogativa já conferida por lei de manuseio destes dados pessoais deverá realizar, *in concreto*, o sopesamento de direitos a justificar a aplicação da medida, constatando a inexistência de outro(s) meio(s) *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito*.

Afinal, retornando às bases filosóficas kantianas do hoje já quase famigerado princípio da dignidade da pessoa humana, aqui resgatado em seu sentido mais nobre, o homem só pode ser considerado enquanto *fim* e jamais *meio* ou instrumento a serviço de finalidades outras. Daí falar-se, também, em



*bioconstituição*<sup>15</sup>, em razão da sua preocupação bioética, a qual deve ser parâmetro ético-filosófico das discussões em torno da temática ora proposta, reforçando a impossibilidade de instrumentalização do indivíduo (em tempos de funcionalização do processo penal), não importando os fins ou resultados (no caso, de política criminal) pretendidos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA NETO, João Beccon de. **Bancos de dados genéticos para fins criminais**: aspectos jurídicos. Monografia apresentada como requisito para a aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovada pela Banca Examinadora composta pelo orientador Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Profa. Dra. Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó e Profa. Me. Livia Haygert Pithan.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção. *In*: **Constituição e Processo**: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139-154.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

---

<sup>15</sup> Conceituando: “As questões suscitadas pela evolução das pesquisas realizadas pelas ciências biomédicas têm merecido atenção por parte dos textos constitucionais. Oliveira Baracho, em instigante artigo intitulado *Bioconstituição: bioética e direito; identidade genética do ser humano*, esclarece que o discurso jurídico constitucional, que tem como base a identidade genética, proporcionou o surgimento da palavra *bioconstituição*, entendida como conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, quem tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a biomedicina”. (FABRIZ, 2003, p. 319-320)



D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. In: DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 29 (2006), p. 15-31.

FIDALGO, Sónia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 115-148.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12274>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

HUBMANN, Heinrich. Das persönlichkeitsrecht. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Tutela Penal da Intimidade: perspectiva da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.



## DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE: A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

SUSTAINABILITY CHALLENGES: A NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

*Giselle Marques de Araujo<sup>2</sup>*

### Resumo

O objetivo deste artigo é investigar como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando os desafios da sustentabilidade, em especial a tensão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o instituto da propriedade privada, verificando se neste processo vem sendo construída uma “nova” hermenêutica constitucional. Até há pouco tempo, a interpretação da Constituição ocorria pelos mesmos métodos e critérios tradicionais do Direito Civil. Recentemente, autores como Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle passaram a dedicar-se ao estudo das especificidades da Constituição, na busca de métodos interpretativos que possibilitassem a concretização de sua força normativa. Nas ideias destes autores o presente trabalho buscou o referencial teórico para a realização de pesquisa consubstanciada na análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que evidenciam o conflito entre meio ambiente ecologicamente equilibrado e propriedade, procurando vislumbrar se está sendo construída no âmbito do STF uma nova hermenêutica constitucional.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; Constituição; Sustentabilidade.

### Abstract

The aim of this paper is to investigate how the Supreme Court has faced the challenges of sustainability, particularly the tension between the right to an ecologically balanced environment and the institution of private property, ensuring that this process is being constructed a “new” constitutional hermeneutics. Until recently, the interpretation of the Constitution occurred by the same methods and criteria of traditional civil law. Recently, authors like Friedrich Müller, Konrad Hesse and Peter Häberle began to devote himself to the study of the specifics of the Constitution in pursuit of interpretive methods that enable the realization of its normative force. In these ideas the authors present the theoretical work sought to conduct research, based on analysis of decisions of the Supreme Court show that the conflict between ecologically balanced environment and property, seeking to discern whether it is being built under the STF one new constitutional hermeneutics.

**Keywords:** Hermeneutics; Constitution; Sustainability.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 01/06/2012. Pareceres emitidos em: 22/08/2012 e 30/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF RJ (CAPES 5). Advogada. Professora Universitária. Bolsista Nota 10 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ. E-mail: <giselle\_marques@hotmail.com>



## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é investigar como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando os desafios da sustentabilidade, em especial a tensão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o instituto da propriedade privada, verificando se neste processo vem sendo construída uma “nova” hermenêutica constitucional. O fenômeno da constitucionalização trouxe para o direito privado reflexos evidentes, e a propriedade talvez seja um dos institutos do Direito Civil que melhor expresse este fenômeno.

Os pensadores alemães estão na vanguarda pela formação de uma hermenêutica própria para a interpretação constitucional, embora esta seja uma questão que ainda está sendo gestada. Até há pouco tempo, a interpretação da Constituição ocorria pelos mesmos métodos e critérios tradicionais do Direito Civil. Recentemente, autores como Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle passaram a dedicar-se ao estudo das especificidades da Constituição, na busca de métodos interpretativos que possibilitassem a concretização de sua força normativa.

Nas ideias destes autores o presente trabalho buscou o referencial teórico para a realização de pesquisa alicerçada na análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que evidenciam o conflito entre meio ambiente ecologicamente equilibrado e propriedade, procurando vislumbrar se há uma nova hermenêutica constitucional.

### 1 A HERMENÊUTICA TRADICIONAL

A palavra hermenêutica tem sua origem no Deus da mitologia grega *Hermes*, que agia como interlocutor entre os deuses que habitavam o Olimpo e os homens (FERRAZ, 2003, p. 23). A mediação entre a Palavra de Deus manifestada nos textos bíblicos e o conhecimento humano, era a tarefa da qual se ocupava na sua origem a hermenêutica. O método hermenêutico foi, portanto, criado com o intuito de estudar os textos bíblicos. Por volta dos séculos II e III, conforme assinalou Peixinho (2003, p. 2) a exegese patrística colocava o problema hermenêutico sob dois ângulos: a *Escola de Antioquia*, que consagrava a interpretação literal, e a



*Escola de Alexandria* que “procurava atingir um sentido espiritual mais elevado, em uma exposição simbólico-alegórica” (PALMER, 1986, p. 6).

Lutero revolucionou a hermenêutica teológica, ao pregar que o cristão poderia ter um conhecimento direto da Bíblia, sem a intervenção da igreja. De certa forma, este acontecimento que é um marco no início da modernidade, guarda similaridade com o movimento mais recente patrocinado por Peter Häberle (1997, p. 9), no sentido de que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”. Lutero (2000, p. 27) propugnava pela democratização da Palavra de Deus à qual deveriam ter acesso livre todos os que quisessem conhecê-la. Häberle defende a legitimidade de todo aquele que vive a norma para interpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch (mit)*). (HÄBERLE, 1997, p. 13)

A hermenêutica jurídica, por sua vez sempre esteve ligada à interpretação da lei. Dentre os métodos clássicos de interpretação da lei, destaca-se a escola exegética, originária da Revolução Francesa (1789-1799) e do Código de Napoleão (1844), que se pretendia completo, depositário de previsões sobre todas as possibilidades de conduta humana.

O Código de Napoleão representava os interesses de ascensão da burguesia que, detentora do poder econômico, precisava proteger o seu patrimônio face aos privilégios e ao poderio da nobreza. Por isso a vocação do Código era patrimonialista, servindo à proteção da propriedade privada de um personagem: homem, branco, casado e detentor de bens.

A ascensão da burguesia trouxe, no entanto, como contraponto, a formação de uma massa de operários que constituía a mão-de-obra do processo de industrialização que ocorreu na Europa no século XIX e, com isto, tornou-se evidente que estavam excluídos dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade que inspiraram a Revolução Francesa, e que até hoje integram o ideário liberal<sup>3</sup>. Como asseverou Marx (1848, p. 2), “um espectro rondava a Europa”: o inconformismo da

<sup>3</sup> Neste ponto, é inevitável lembrar a reflexão de Habermas, no sentido de que os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade ainda estão por se realizar. De fato, a igualdade formal já não atende aos reclames de uma sociedade na qual é gritante o número de pessoas excluídas dos bens existenciais minimamente necessários a uma existência digna. O projeto da modernidade, portanto, estaria ainda inacabado. Por isso, devemos aprender “com os desacertos que acompanham o projeto” (HABERMAS, 1992, p.118).



classe operária ante a sua exclusão dos bens e serviços que o Estado liberal reservara à burguesia.

Este cenário propiciou a ascensão da “Escola do Direito Livre”, que teve entre seus precursores Rudolf Von Ihering (2009, p. 25), cujo pensamento reservava aos juízes a possibilidade de interpretação da lei levando em consideração a finalidade social do Direito<sup>4</sup>. François Géný, na França, acrescentou à analogia e ao costume- aos quais se recorre na omissão legislativa, a possibilidade de utilizar-se a livre investigação científica para solucionar as questões não previstas na lei. Na Alemanha, Herman Kantorowicz foi além, ao publicar em 1906 “A Luta pela Ciência do Direito”, na qual defendeu a liberdade do julgador até mesmo para decidir *contra legem*, mas sempre a favor da justiça. (MONTORO, 1993, p. 378)

Os movimentos sociais patrocinados pelos trabalhadores trouxeram à luz as condições degradantes a que estavam sujeitos, o que levou à reflexão de que o Estado deveria deixar de ser mero garantidor de direitos individuais vinculados a não intervenção estatal: os direitos de liberdade. Era necessário que o Estado passasse a promover condições de acesso do proletariado aos bens essenciais à vida, como saúde, educação, segurança e trabalho digno, garantido assim o “bem estar social”. É a doutrina do *Welfare State*, que adquiriu força especialmente na segunda metade do século XX, após a II Guerra Mundial, quando a repugnância quanto aos horrores praticados levou a um ambiente propício à discussão de direitos que seriam fundamentais, inerentes à pessoa humana, independente de sua etnia, credo religioso ou condição econômica.

Os “direitos humanos” ascenderam à agenda internacional e ganharam as ruas, o que levou à inversão dos valores até então vigentes. A Constituição atuou como vetor deste movimento, deixando de ser vista como mera depositária de “normas programáticas”, destinadas ao Estado; seu conteúdo passou a conquistar força normativa, incluindo o cidadão dentre os seus destinatários. O Código perdeu

---

<sup>4</sup> Ihering diz que “o direito considerado como causa final, colocado em meio à engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos”, não se realiza de forma automática, “deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e terraplanar toda existência que lhe impuser barreiras.” (2009, p. 29). Ele defende a necessidade da luta pela realização da justiça, que não se dá pela inércia, mas pela atuação constante na sua busca.



sua força, diante da complexidade das questões sociais e econômicas do século XX, que levaram à criação dos micro-sistemas legislativos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Cidade, etc.)

As mulheres adquiriram o direito ao voto, e queimaram sutiãs em praça pública, reivindicando direitos de igualdade no plano material<sup>5</sup>. Como resultado do sacrifício de milhares de vidas femininas, o homem deixou de ser o personagem central da proteção jurídica, cedendo lugar à pessoa humana.

A propriedade privada deixou de ser vista como direito absoluto, e passou a ter que atender à função social, recuperando-se a preocupação de “bem comum” a que se referia Aristóteles<sup>6</sup>. Este foi o cenário no qual a Constituição migrou da posição de coadjuvante do sistema jurídico, passando a ocupar o centro a partir do qual gravitam todos os demais diplomas legislativos. A partir destes fatos, ocorreu a ascensão da hermenêutica no campo do Direito Constitucional, rompendo com o positivismo jurídico que dificultava a consideração de princípios e valores que estão presentes na estrutura da Constituição.

## 2 A NOVA HERMENÊUTICA: PELA CONCRETUDE DA CONSTITUIÇÃO

Dentre as diferentes possibilidades para a interpretação constitucional, como o método integrativo e o método tópico<sup>7</sup>, neste artigo será destacado o método

<sup>5</sup> O direito ao voto foi conquistado pelas mulheres em Portugal em 1911. No Brasil, em 1928, o Governador do Estado do Rio Grande do Norte autorizou o voto feminino no âmbito local. Há registros de mulheres que votaram através de requerimento ao Juiz Eleitoral, ou por terem obtido autorização judicial. Mas o direito ao voto só foi implantando através do Decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu o Código Eleitoral Brasileiro prevendo como eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código (ALVES, 1980, p. 32).

<sup>6</sup> A doutrina dos direitos humanos recuperou a discussão do jusnaturalismo referente ao que é ou não razoável, o que é legal e o que é justo, e a existência de um “direito natural”. Este debate está presente no pensamento de autores clássicos, como Aristóteles, Platão, Hobbes, Rousseau e Locke. Estes autores são aqui retomados sob uma perspectiva contemporânea, na qual é discutida a necessidade até mesmo de um “novo contrato social”, adequado às exigências ambientais deste início de século.

<sup>7</sup> O método integrativo teve por expoente Rudolf Smend, cuja concepção, segundo Bonavides (1994, p. 436) “é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta”. O método tópico, conforme destaca Peixinho “pressupõe



conhecido como “hermenêutico concretizador”, desenvolvido por Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle, que chamaram a atenção para as limitações decorrentes da hermenêutica tradicional, cujo foco parte da norma para promover a adequação ao caso concreto através da subsunção.

Müller leva em conta o próprio resultado da concretização da norma, defendendo a ideia de que a norma jurídica não se identifica com o seu texto, mas é o resultado de um trabalho de construção. A norma não é, portanto, o ponto de partida da concretização, mas, sim, o ponto de chegada. Norma e realidade integram um mesmo processo hermenêutico, em oposição à separação proposta pelo silogismo tradicional. (MÜLLER, 1995, p. 13 e 14).

Às ideias de Müller vieram se somar as de Konrad Hesse; ambos denunciaram a inexistência de neutralidade da norma, já que a atividade interpretativa envolve sempre o sujeito que interpreta: sua história, seus costumes, seus valores. Toda interpretação pressupõe, portanto, a pré-compreensão do intérprete. Para Hesse (1991, p. 22), a norma só “acontece” quando interpretada; o processo de interpretação constitucional deve buscar força nos fatos concretos da vida a fim de alcançar “a ótima concretização da norma” (“Gebot optimaler Verklichung der Norm”).

A teoria da interpretação constitucional segundo Häberle (1997, p. 11) até então se desenvolvia em torno de duas questões fundamentais: i) a indagação sobre as tarefas e objetivos da interpretação, e ii) a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional). Peter Häberle coloca em pauta uma nova questão, relativa a “iii) quem são os participantes da interpretação”. Ele apresenta uma proposta de transição do que chamou de “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição” para e pela uma “sociedade aberta”, afirmando o seguinte:

---

algumas premissas basilares (caráter prático, aberto e preferência pela discussão), tendo como principal objetivo proporcionar, por um processo de argumentação, o pluralismo de intérpretes e a adequação da norma ao caso concreto”. Theodor Viehweg é apontado como pioneiro na concepção deste método, cujas premissas são em parte incorporadas por Müller, Hesse e Peter Häberle. A diferença entre a tópica e a concretização, no entanto, é que a primeira abandona a vinculação à norma, já que a interpretação é feita por meio de *topois* (pontos de vista); enquanto o método concretizador, ao contrário, recupera a primazia da norma, partindo desta para o caso concreto.



Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Offentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. (HÄBERLE, 1997, p. 19)

No Brasil, tem sido marcante a influência de Häberle para a nova interpretação constitucional, o que pode ser percebido através das constantes referências da Academia à necessidade do pluralismo na interpretação. Mas é na atuação do Supremo Tribunal Federal que a influência de Häberle se faz mais presente, na ampliação dos mecanismos de abertura do processo constitucional à pluralidade de sujeitos- dentre os quais se destaca a figura do *Amicus Curiae*<sup>8</sup>. É pertinente verificar, neste cenário, se há influência do pensamento de Häberle também no que diz respeito ao conteúdo das discussões travadas nos processos sob a competência do Supremo Tribunal. É o que será efetivado a seguir.

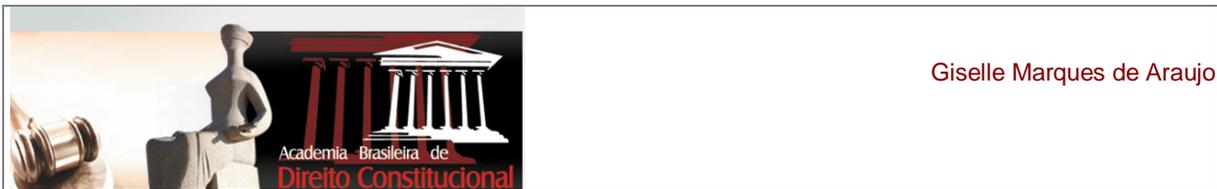
### 3 O STF E OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE

Nesta seção, a proposta é investigar como o Supremo Tribunal Federal vem administrando os desafios da sustentabilidade e, em especial, a tensão entre propriedade privada e meio ambiente. Nesse quadro, pretende-se verificar se está sendo construída uma nova hermenêutica constitucional. Para tanto, busca-se a influência do pensamento de Peter Häberle no conteúdo das decisões e nos debates travados no STF, seguindo-se, para tanto, os seguintes caminhos: 4.1. busca à citação expressa do nome deste autor pelos Ministros do STF; 4.2. análise das decisões que versam sobre os temas “meio ambiente - propriedade privada”.

#### 3.1 A sociedade aberta dos intérpretes

Ao entrar no sítio eletrônico do STF, clicando-se no *link* jurisprudência, e, em seguida, na palavra “pesquisa”, abre-se uma tela intitulada “pesquisa de

<sup>8</sup> A Lei 9.868/99, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, permite que a Corte Constitucional admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amici curiae*, para que estes possam manifestar-se sobre a questão constitucional que estiver sendo debatida pelo STF.



jurisprudência”. Digitando-se o nome de Peter Häberle, podem ser encontrados 46 documentos, dos quais destacamos dois, a fim de exemplificar a influência da nova hermenêutica proposta por Häberle no que pertine à proteção ambiental<sup>9</sup>.

O primeiro documento apontado na pesquisa, diz respeito ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4029 / AM – AMAZONAS), proposta pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA - ASIBAMA NACIONAL. No pólo passivo, estão a PRESIDENTE DA REPÚBLICA e o CONGRESSO NACIONAL. O proponente alegou, em síntese, que a Medida Provisória que deu origem à lei de criação do Instituto Chico Mendes não foi examinada pela Comissão Mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, § 9º, da Constituição, e, por isso, seria inconstitucional sob o ponto de vista formal.

No aspecto material, a inconstitucionalidade estaria presente por violação ao artigo 225 da Constituição Federal, *caput* e § 1º, porquanto a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade enfraqueceria a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fragmentando a gestão ambiental integrada e fracionando e reduzindo o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Segundo a proponente da ação, seria desnecessária a criação de uma nova autarquia enquanto já existente outro ente, o IBAMA, que realiza idênticas atribuições, podendo ser alcançada a maior celeridade na concessão de licenciamentos ambientais por meio da alteração no procedimento legal. Estaria sendo violado, ainda, o princípio da eficiência, pois a criação do ICMBio teria resultado em aumento de gasto público, sem a contrapartida de melhoria na proteção ambiental.

Mas o aspecto que interessa aos objetivos deste estudo, diz respeito ao debate acerca da ilegitimidade da Associação para a propositura da Ação, que foi suscitada pela Advocacia Geral da União, ao argumento de que a proponente não teria comprovado ser associação de âmbito nacional, além do que agrega apenas pequena parcela dos servidores públicos federais de carreiras que sequer têm identidade originária da Carta Magna, faltando-lhe, assim, representatividade.

---

<sup>9</sup> O critério de escolha para os dois julgamentos destacados nesta seção foi a pertinência em relação aos objetivos traçados para a pesquisa.



O Ministro Luiz Fux, ao analisar a legitimidade ativa *ad causam*, disse que o novo regime da Carta de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, prezou pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, “colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais”. Fux destacou que o autor alemão ressaltou a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais. À página 11 da Ata de Julgamento verifica-se que o Ministro chegou a citar expressamente a seguinte passagem da obra de Häberle:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (...).

Este trecho citado pelo Ministro Fux exemplifica a influência de uma nova hermenêutica constitucional no pensamento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à proteção ambiental, na medida em que assume relevância a sociedade civil enquanto intérprete da Constituição. Fux afirma que seria iniquamente antidemocrático “afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico”, destacando que, na quadra atual, “a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira”.

É importante registrar que consta do voto a informação de que o Ministro Gilmar Mendes, em obra conjunta com Ives Gandra noticia que até fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa de classe cento e cinquenta e quatro ações



diretas de inconstitucionalidade, o que revela um descompasso entre “as aspirações democráticas da Constituição e o rigor do Pretório Excelso”. Assim, a posição do STF no sentido de reconhecer a legitimidade da ASIBAMA para a propositura da Ação Direta, é uma demonstração de que a nova hermenêutica constitucional vem mudando os ventos que sopram naquela Corte.

Merece destaque, ainda, trecho do voto do Ministro Ayres Britto, que está na página trinta e nove da ata de julgamento, em que aduz o seguinte:

E, em matéria de meio ambiente, eu tendo a achar que tudo é urgente e tudo é relevante, pela qualificação que do meio ambiente faz a Constituição Federal, às expressas, no artigo 225, dizendo que o meio é um direito - ecologicamente equilibrado, claro – de todos, é “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade devida”.

Ou seja, o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. E o fato de já haver o IBAMA não impede que o Presidente da República, valendo-se de competência igualmente constitucional, crie uma outra autarquia, uma fundação, uma entidade especializada também na gerência, na concepção, no gerenciamento, na administração do meio ambiente.

Este voto é importante por demonstrar a relevância que a proteção ao meio ambiente vem alcançando nas discussões travadas no âmbito da Suprema Corte, acrescentando um novo viés interpretativo, que reclama tutela de urgência quando o assunto é de natureza ambiental. Quando o meio ambiente entra em conflito com a propriedade privada- tratando-se ambos de direitos fundamentais, como fica a posição do STF? Este o assunto a ser aprofundado na próxima seção.

### **3.2 A tensão entre meio ambiente e propriedade privada**

A fim de cumprir o objetivo deste artigo no sentido de verificar a tensão entre meio ambiente e propriedade privada nos debates do Supremo Tribunal, passou-se ao segundo momento da pesquisa no sítio eletrônico do STF, clicando-se no *link* jurisprudência, e, em seguida, na palavra “pesquisa”, abriu-se a tela intitulada



“pesquisa de jurisprudência”. Digitando-se “meio ambiente propriedade privada”, o resultado foram seis documentos, os quais foram lidos e analisados<sup>10</sup>. Neste artigo, merecem destaque três processos por guardarem maior relação com os objetivos de investigação propostos. São eles:

### 3.2.1 Conflito de interesses: individual x coletivo

O primeiro julgamento apontado pela pesquisa, o Mandado de Segurança MS 25284 / DF - DISTRITO FEDERAL ilustra com eficiência a tensão entre propriedade privada e meio ambiente. Neste Mandado de Segurança o STF entendeu que, estando em conflito o interesse individual (propriedade privada) e o coletivo (meio ambiente, já que o ato impugnado é a criação de reserva ambiental), prevalece este último. O cerne da questão gira em torno da criação de reserva florestal que, segundo a autoridade coatora, teve por objetivo proteger os interesses ambientais e também os vinte e dois mil ribeirinhos de Porto Moz, ante o enorme desmatamento promovido por madeireiros e “especuladores de regiões diversas”, conforme se lê à página 4 da Ata de Julgamento. O Relatório destacou a ampla participação democrática da comunidade nas consultas públicas.

---

<sup>10</sup> Dos seis julgamentos apontados na pesquisa, o primeiro é o MS 25284/DF destacado neste artigo. Quanto aos outros cinco, verificou-se o seguinte: 1. No RE 349191/TO, o Recorrente aduz a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento de crime ambiental. O Recurso não foi conhecido, mantendo-se a condenação pela justiça estadual. 2. ADI 2213 MC/DF, versa sobre o abuso presidencial na edição indiscriminada e contumaz de medidas provisórias e, embora perpasse a função social da propriedade ao discutir a questão fundiária e a reforma agrária, não debate a questão ambiental e, por isso, não mereceu destaque nesta pesquisa. 3. ADI 2396 MC/MS, proposta pelo Governo de Goiás contra a Lei Estadual 2.210/01 através da qual o Estado de Mato Grosso do Sul restringe a produção e o comércio do amianto do tipo crisotila, a despeito de Lei Federal permitindo o uso desse tipo específico de amianto. Foi concedida liminar pela Ministra Ellen Gracie, posteriormente confirmada. A decisão, no mérito, foi desfavorável ao meio ambiente, pois o amianto é altamente poluente, mas o STF recentemente reuiu sua posição, colocando o interesse ambiental acima da questão formal e, por isso, este assunto é destacado num tópico próprio neste artigo. 4. MS 22164/SP: trata de desapropriação sanção por descumprimento à função social, e envolve a implantação de projeto de interesse ambiental. A decisão foi favorável ao proprietário sob o argumento de que ele não foi notificado pessoalmente de atos do processo, tendo ocorrido violação ao devido processo legal. Este Mandado de Segurança é pertinente para a pesquisa, mas também foi apontado na terceira etapa que investigou especificamente o caso do pantanal, e, por isso, está detalhado na seção 4.3. deste artigo. 5. RE 134597/SP, no qual o proprietário pleiteia a indenização decorrente de desapropriação para fins ambientais, também merece ser comentada mais a fundo.



O Ministro Marco Aurélio foi o Relator do processo, e, em seu voto, disse que “a proteção à propriedade não se sobrepõe ao interesse comum”, e que “a propriedade, de nítido caráter individual, não é direito absoluto”, estando condicionada ao valor maior presente: o interesse coletivo. A ordem foi denegada por julgamento unânime do STF, demonstrando que a tensão entre meio ambiente e propriedade privada foi definida com prevalência do interesse ambiental.

O peso que a participação popular alcançou no debate travado na sessão de julgamento ficou evidente, pois o Relator fez questão de destacar que a Ministra do Meio Ambiente, à época Marina Silva, “reportou-se à população local que, organizada em associação e apoiada por ambientalistas e religiosos locais, estaria a reivindicar a criação da reserva”. Isto demonstra que a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição prosperou no momento em que a jurisdição constitucional forneceu a última palavra sobre a interpretação. Segundo Häberle (1997, p. 14) “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”. Este aresto demonstra que no Brasil o cidadão ativo tem estado presente no imaginário dos Ministros da Suprema Corte.

### **3.2.2 O (des)cabimento de indenização nas desapropriações por interesse ambiental**

A decisão mais recente apontada na pesquisa, diz respeito ao Recurso Extraordinário RE 134597/SP, no qual o Estado de São Paulo recorreu contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que o compeliu ao pagamento de indenização ao proprietário vitimado por desapropriação para a criação da Estação Ecológica Juréia-Itatins, destinada a resguardar a integridade dos ecossistemas e das faunas e flora locais.

A propriedade em questão localiza-se na Serra do Mar, declarada pelo parágrafo 4º do artigo 225 como “patrimônio nacional” e isto, segundo o Estado de São Paulo, implica em que “o direito de propriedade já nasça diminuto”, descabendo exigir indenização a pretexto de que ele não enseja maior atividade. O Supremo Tribunal, no entanto, entendeu pelo descabimento da tese sustentada pelo Recorrente, no sentido de que as propriedades localizadas na Serra do Mar não



podem ser indenizadas em caso de desapropriação ou de apossamento administrativo.

O STF reconheceu o “sensível esvaziamento econômico” do direito de propriedade dos Recorridos, e manteve a totalidade da indenização. Antonio Herman Benjamin (2011), que atualmente é Ministro do STJ, oferece um contraponto interessante no âmbito doutrinário:

Os degradadores descobriram que, em vez de procederem com atos frontais de desrespeito às normas ambientais existentes, lhes era mais fácil e lucrativo espoliar o meio ambiente simplesmente brandindo seu *direito de propriedade*, fazendo uso da técnica – no mais, absolutamente legítima – *da desapropriação indireta*. Em torno dessa matriz patológica de conduta, estima-se que só o Estado de São Paulo já tenha sido condenado em mais de 2 bilhões de dólares, montante que certamente daria para adquirir, a preços de mercado, boa parte das unidades de conservação do Brasil! Por que e como chegamos a esse extremo de descaso para com o patrimônio público (recursos financeiros e ambientais)? Quais as condições materiais, humanas e normativas que propiciaram a utilização capciosa (em alguns casos, verdadeiramente criminoso) de institutos jurídicos tão importantes como o direito de propriedade e a desapropriação indireta?

O alerta de Herman Benjamin evidencia a complexidade da questão. Com efeito, a interpretação conjunta dos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, parágrafos 2º e 4º, 184 e 186 da Constituição Federal, não deixa dúvidas de que a função social integra a propriedade, e não apenas a limita. A função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. Uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade será esvaziado. O que se questiona, porém, é o conteúdo dessa função social.

No caso das áreas cuja necessidade de proteção ambiental foi destacada pela própria Carta Constitucional, é plausível que o particular exija do Estado (e, em última análise, do restante da coletividade) indenização, devido às limitações ao resultado econômico do exercício do seu direito de propriedade impostas pelo Poder Público na defesa do interesse ambiental, que pertence às presentes e futuras gerações?

Esta pergunta ainda está por ser respondida, a despeito da posição do STF no julgamento do RE 134597/SP. Talvez num futuro breve, o Pretório Excelso reveja seu entendimento, adotando posição ainda mais efetiva na defesa do meio ambiente



e do interesse público, como ocorreu no caso das ações diretas de inconstitucionalidade que diziam respeito ao amianto, conforme será detalhado na próxima seção.

### 3.2.3 A questão do amianto

A pesquisa com a utilização dos verbetes “meio ambiente propriedade privada” apontou como um dos seis resultados, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2396 MC/MS, proposta pelo Governador de Goiás, que insurgiu-se contra a Lei Estadual 2.210/01, através da qual o Estado de Mato Grosso do Sul restringiu a produção e o comércio do amianto do tipo crisotila. É que a Lei Federal no. 9.055, de 1º de junho de 1995, permite o uso desse tipo específico de amianto e, por isso, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o estado de Mato Grosso do Sul não poderia ter invadido a esfera de competência da União, razão pela qual concedeu a liminar em favor do Governador de Goiás, suspendendo os artigos da Lei Estadual 2.210/01 que restringia o uso e o transporte do amianto.

O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado diversas ações acerca da produção, comercialização, transporte, ou simplesmente utilização do Amianto<sup>11</sup>. Por isso, nesta pesquisa cotejou-se a ADI 2396 MC/MS com as outras ações que versam sobre o mesmo assunto. Verificou-se que era frequente a concessão de liminares contra as leis estaduais que restringiam o uso, comércio e transporte do amianto. Foi o que ocorreu na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937 MC/SP-São Paulo<sup>12</sup>, na qual a Confederação Nacional

<sup>11</sup> A questão do Amianto foi também debatida pelo STF nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 2.656-9/SP e 2.396/MS.

<sup>12</sup> A ementa e o inteiro teor do julgamento estão disponíveis no site do STF, no seguinte endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 17 mar. 2012. Nesta decisão, o STF revê o entendimento que robustecia a vigência da Lei Federal no. 9.055, de 1º de junho de 1995. Esta lei proibiu o uso do amianto no território nacional, mas em um artigo específico excetuava dessa proibição o uso do amianto do tipo “crisotila”. Ou seja, na prática a Lei Federal acabava por “autorizar” o uso da crisotila. Então, não podiam os estados proibi-lo, sob pena de invadirem a esfera legislativa de competência da União. Os estados, porém, passaram a adotar leis mais restritivas que a lei federal, proibindo no âmbito estadual o uso de qualquer tipo de amianto, inclusive a crisotila. Até o momento deste julgamento, prevalecia a discussão em torno das competências legislativas, o que favorecia os fabricantes de amianto, em desfavor do meio ambiente.



dos Trabalhadores na Indústria – CNI, arguiu a inconstitucionalidade da Lei 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo, que “proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou abesto, ou outros materiais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.” O Relator foi o Ministro Marco Aurélio, que deferiu a medida acauteladora para suspender a Lei 12.684 do Estado de São Paulo, até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

Os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, negaram referendo à liminar concedida pelo Relator, mantendo a eficácia da lei do Estado de São Paulo que proíbe o uso do amianto. Esta decisão foi extremamente relevante porque modificou por completo a posição que o Supremo Tribunal Federal vinha adotando, no sentido de que seriam inconstitucionais as leis estaduais que proibiam o uso do amianto, por contrariarem a Lei Federal 9.055, de 1º de junho de 1995. O entendimento era de que a competência da União Federal para legislar sobre a matéria afastava a possibilidade dos estados fazê-lo e, por isso, em ações anteriores, o STF nem mesmo adentrava ao mérito da questão, extinguindo os processos sem julgamento de mérito.

Em seu “voto-vista”, o Ministro Joaquim Barbosa lembrou que tramitam no Supremo Tribunal Federal seis ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra leis estaduais que tratam do amianto. Segundo o Ministro “grande parte das variedades de amianto já é proibida no Brasil”. A lei federal 9.055, de 1º de junho de 1995, autoriza a utilização de uma espécie de amianto chamada de “crisotila”. A causa de pedir destas ações diretas de inconstitucionalidade é o desrespeito pelos estados dessa autorização legislativa conferida pela União a esse tipo de amianto.

A autorização do uso do amianto do tipo crisotila já havia sido reconhecida pelo STF nos Acórdãos de duas ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI 2.396 MC/MS apontada no início deste tópico, na qual foi relatora a Ministra Ellen Grace, e a ADI 2.656, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa. Em ambas o STF entendeu que deveria se afastar da discussão relativa aos efeitos danosos do amianto crisotila para a saúde e o meio ambiente, tendo em vista uma questão que precede o mérito: a Lei Federal 9.055/95 é norma geral que afasta a incidência de lei estadual.



Na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937 MC/SP - São Paulo, no entanto, o Ministro Joaquim Barbosa resolveu estudar a fundo o tema, convencendo-se das consequências nefastas do uso do amianto para a saúde e para o meio ambiente. Levou em consideração o fato do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA no ano de 2004 ter reconhecido a inexistência de limites seguros para a exposição humana ao amianto, de acordo com os critérios adotados pela Organização Mundial de Saúde. Os argumentos expostos pelo Ministro Joaquim Barbosa impressionaram os seus pares, inclusive o Ministro César Peluso, que o acompanhou.

Foi também decisivo para a mudança da posição que vinha sendo adotada até então pelo STF, e que favorecia o uso do amianto, o reconhecimento expresso do Ministro Eros Grau de que estava equivocado no julgamento das ações anteriores, quando proferiu seu voto, pois “a matéria não pode ser examinada única e exclusivamente desde a perspectiva formal”. É que a lei federal, neste caso, segundo o Ministro, “é que destoa da Constituição Federal, ao admitir a utilização de um dos tipos de amianto”, conforme também entendeu o Ministro Carlos Britto<sup>13</sup>:

De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano de proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à população em geral e ao meio ambiente.

A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da efetividade máxima da Constituição em direitos fundamentais (...)

E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o **referendum** à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para as gerações futuras.

Este belíssimo trecho do voto do Ministro Carlos Britto revela que os princípios de direito ambiental vêm iluminando a mentalidade vigente no Supremo Tribunal, extrapolando o formalismo que serve à lei e não à justiça. É um exemplo eficaz acerca da construção de uma nova hermenêutica na qual o que se busca é a

<sup>13</sup> Este trecho do voto do Ministro Carlos Britto está na página 134 da Ata de Julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937 MC/SP-São Paulo.



vontade da Constituição, através de novas técnicas e parâmetros, dentre os quais aqueles identificados por Barroso (2010, p. 312):

Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) *fará concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, (ii) procederá à *escolha* do bem que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Neste caso sob análise, o STF escolheu o interesse ambiental e a saúde pública representados pelas leis estaduais, em detrimento dos interesses das indústrias que fabricam o amianto sob o manto de proteção da Lei Federal no. 9.055/1995. Numa primeira leitura, referida lei veda a utilização do amianto, mas, na verdade, acaba por liberar o uso da crisotila, por excetuá-la da proibição. Trata-se, portanto, de um subterfúgio para favorecer o uso do amianto do tipo crisotila que só beneficia aos seus fabricantes; isto demonstra a necessidade de se “explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público”, conforme alertou Häberle (1997, p. 19).

Mas este não foi o entendimento da Ministra Ellen Gracie<sup>14</sup>; para ela, no caso vertente, o que estava em jogo era “a equação constitucional das competências legislativas” e, por isso, posicionou-se favorável à ratificação da liminar, arguindo que a Constituição fixou a competência ao Congresso Nacional para legislar nessa matéria. A visão da Ministra Ellen não foi vitoriosa, o que evidencia a robustez que alcançou a defesa ambiental no âmbito do STF, em consonância com um dos cinco princípios do constitucionalismo destacados por Rawls (2000, p. 282) a distinção entre a lei mais alta e a lei comum:

A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e tem a autoridade mais alta da vontade de “Nós, o Povo”, ao passo que a legislação ordinária tem a autoridade do poder ordinário do parlamento e do eleitorado, e é uma expressão desse poder. A lei mais alta restringe e guia esse poder ordinário.

<sup>14</sup> Esta passagem do voto da Ministra Ellen Gracie está na pág. 136 da Ata de Julgamento.



No caso sob comento, a Lei Federal 9.055/95, ao liberar o uso de um dos tipos do amianto de forma temerária<sup>15</sup> entra em conflito com a “lei mais alta”: a Constituição, que tem a autoridade da vontade do povo. O tribunal foi aqui antimajoritário em relação à lei ordinária, mas, como assinalou Rawls (2000, p. 282) “a autoridade superior do povo dá sustentação a isso”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada no âmbito deste artigo revelou que o Supremo Tribunal Federal vem administrando os desafios da sustentabilidade, em especial o conflito entre meio ambiente e propriedade privada, com a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, mas respeitando as garantias individuais, como o direito ao devido processo legal e à indenização, mesmo nos casos de desapropriação por interesse ambiental (conforme decisão no Recurso Extraordinário RE 134597/SP). Verificou-se, ainda, que estão sendo construídas premissas metodológicas introduzidas por uma nova hermenêutica constitucional, dentre as quais, destacam-se as seguintes:

- A) abertura para a pluralidade dos intérpretes da Constituição, conforme defende Häberle;
- B) o processo de interpretação constitucional tem buscado força nos fatos concretos da vida procurando alcançar a “ótima concretização da norma” de que falava Konrad Hesse;
- C) tem-se procurado explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, conforme o alerta de Häberle;
- D) há uma tendência a reconhecer-se a ausência de neutralidade da norma, denunciada por Friedrich Müller.

Estes fatores evidenciam a forte influência da hermenêutica concretista nos debates que vêm sendo travados no Supremo Tribunal Federal. O que se tem

<sup>15</sup> A temeridade decorre do fato de que a segurança para a saúde humana e para o meio ambiente ainda não está devidamente comprovada.



buscado é a realização da justiça no aspecto material, o que pode ser comprovado através da análise das decisões coletadas e aqui analisadas.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4029 / AM – AMAZONAS), o STF reconheceu a legitimidade da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA - ASIBAMA NACIONAL para a propositura da Ação, e nos debates efetivou um *mea culpa*, tendo em vista que até fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa de classe cento e cinquenta e quatro ações diretas de inconstitucionalidade. Pretendeu, assim, corrigir o descompasso entre “as aspirações democráticas da Constituição e o rigor do Pretório Excelso”.

No Mandado de Segurança MS 25284 / DF, o STF entendeu que, estando em conflito o interesse individual (propriedade privada) e o coletivo (meio ambiente), prevalece este último. A decisão manteve a criação da reserva, atendendo à população local que, organizada em associação e apoiada por ambientalistas e religiosos locais, reivindicou a criação da reserva, apresentado-se como sujeitos ativos e participantes efetivos da interpretação constitucional.

No caso do amianto (ADI 2396 MC/MS), o STF minimizou uma questão formal (a invasão da competência legislativa da União pelos estados que editaram lei mais restritiva que a lei federal) em favor do interesse material de proteção ao meio ambiente.

Todas estas decisões demonstram que o STF está sensível à proteção que o meio ambiente requer, e tem procurado a solução para os conflitos ambientais utilizando as sugestões de Peter Häberle que, segundo Bonavides (1994, p. 472), traduzem a própria ideologia democrática e demandam, na sociedade em que forem concretizadas, alguns requisitos fundamentais: sólido consenso democrático, instituições fortes, cultura política desenvolvida- pressupostos não encontrados em sistemas sociais e políticos subdesenvolvidos. Estes são indicadores de que o Brasil está vivendo um novo momento através da consolidação da democracia, para a qual tem contribuído a Constituição.

Neste novo momento, a tensão entre propriedade e meio ambiente vem sendo administrada pelo STF à luz de novas premissas metodológicas, na qual se tem levado em conta quem são os intérpretes da Constituição, e também o resultado



da concretização da norma, como consequência de um trabalho de construção. Neste contexto, norma e realidade vêm integrando um mesmo processo hermenêutico, em oposição à separação proposta pelo silogismo tradicional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Branca. **Ideologia e feminismo**. A luta da mulher pelo voto no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1980.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente**. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32617/31826>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.  
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *In: Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4029 / AM – AMAZONAS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2.396 MC/MS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347577>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Mandado de Segurança MS 25284 / DF - DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28meio+ambiente+propriedade%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937 MC/SP-São Paulo**, disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal-STF, acessando-se o endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997. Reimpressão: 2002.



HABERMAS, Jürgen. Modernidade – um projeto inacabado. *In*: ARANTES, O. & ARANTES, P.: **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LUTERO, Martinho. **Educação e Reforma**. Coleção Lutero para Hoje. São Leopoldo: Sinodal e Concórdia, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Boitempo Editora, 1848; republicado em 1998.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1995.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Editora 70, 1986.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, 2000.



# O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DE DIREITOS: A ANÁLISE DA COERÊNCIA SISTÊMICA ENTRE A RACIONALIDADE ECONÔMICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO EUROPEU<sup>1</sup>

THE PRINCIPLE OF INDIVISIBILITY OF RIGHTS: AN ANALYSIS OF SYSTEMIC COHERENCE BETWEEN ECONOMIC RATIONALITY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN CONTEXT

*Luís Felipe Bicalho<sup>2</sup>*

## Resumo

No presente estudo, analisa-se o princípio da indivisibilidade dos direitos e verifica-se sua aplicabilidade na realidade institucional europeia, considerando, para tanto, a atuação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos e a forma da condução política da União Europeia nas negociações para adesão de Estados candidatos. Preliminarmente, analisa-se a formação e os efeitos decorrentes da consolidação do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e do bloco econômico da União Europeia. A partir de uma abordagem teórica e dogmática, busca-se evidenciar a impossibilidade de separação entre os direitos econômicos e os direitos humanos. Por fim, destaca-se a experiência do Estado Turco e as negativas implicações para sua candidatura ao bloco econômico europeu em decorrência da sistemática violação aos Direitos Humanos ocorrida no país.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos; Indivisibilidade dos direitos; Turquia.

## Abstract

This study introduces the principle of rights indivisibility and describes its applicability on the European institutional reality, considering, for this purpose, the jurisdictional activity of the European Court of Human Rights and the political management of the European Union in the negotiations for accession of candidate countries. First, the article analyzes the formation and effects of the consolidation of the European System of Human Rights Protection and the economic partnership of European Union. From a theoretical and dogmatical approach, it searches to expose the impossibility of the detachment between economic and human rights. At the end, the study highlights the Turkish State experience and the negative implications for its attempt to adherence for the European Union due to the systematic violation of Human Rights held in the country.

**Keywords:** Human Rights; Ryghts indivisibility, Turkey.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 13/04/2012. Pareceres emitidos em: 17/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Bacharel do curso de Direito e Mestrado em Direito das Relações Internacionais (em andamento), ambas titulações pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF; Bolsista do Programa de Estágio para docência do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD; Integrante de Projetos de Pesquisa do UniCEUB a) Grupo de Pesquisa Internacionalização do Direito; b) Grupo de Pesquisa Estudos do Mercosul; Pesquisador atuante nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Comunitário e Direito de Integração, Sistemas Comparados e Políticas Públicas.



## INTRODUÇÃO

O estudo proposto busca analisar um tema que, no atual contexto da Internacionalização do Direito, apresenta fundamental importância: os efeitos da atuação das instituições internacionais no ambiente mundializado. Surge como inquietação intelectual, constituindo-se a hipótese contestável, a verificação da proximidade da relação entre instituições afetas a questões dos Direitos Humanos e instituições reguladoras das estruturas econômicas internacionais.

A abordagem dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos do Homem, em especial do Sistema Europeu, e a análise paralela da estrutura formada pela União Europeia (UE) constituem-se como modelos e objetos do estudo. Em um primeiro momento, apresenta-se um breve esboço histórico da formação das instituições. No que tange a União Europeia, analisa-se também a importância econômica que o bloco possui na transformação da realidade dos Estados membros.

Em um segundo momento, empreende-se uma análise dogmática e teórica quanto ao princípio da indivisibilidade dos direitos, destacando sua importância para a proteção dos direitos humanos no contexto internacional.

Nesse sentido, sob a luz do princípio da indivisibilidade dos direitos, busca-se esclarecer a sinergia existente nesse amálgama de instituições europeias. E, a partir do recorte proposto, examina-se a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a influência que esta exerce nas decisões do bloco econômico europeu. Nesse ponto, evidencia-se a recente experiência do Estado Turco e sua tentativa de adesão à UE.

## 1 SISTEMAS E INSTITUIÇÕES DO CONTINENTE EUROPEU

### 1.1 O sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos tem como pilares o Conselho da Europa, criado pelo Tratado de Londres, em 05 de maio de 1949, e a



Convenção Europeia de Direitos Humanos (CESDH)<sup>3</sup>, assinada em Roma no dia 04 de novembro de 1950.

A Convenção sofreu algumas alterações em decorrência de diversos protocolos supervenientes, contudo, foi com o Protocolo n.º 11, de 1998, que a estrutura do Sistema Europeu modificou-se substancialmente. A Comissão Europeia de Direitos Humanos e a antiga Corte Europeia de Direitos Humanos, que não era permanente, foram extintas, dando lugar a uma Corte com caráter permanente<sup>4</sup>, composta atualmente por 47 juízes, representando cada um dos Estados da Convenção e do Conselho. Ressalta-se que a proporcionalidade não será necessariamente verificada no corpo julgador das demandas (POSNER e YOO, 2004).

Definiu-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos seria o principal órgão de toda a estrutura regional, permitindo-se ao indivíduo, a partir de então, pleitear diretamente sobre a responsabilidade internacional do Estado<sup>5</sup>. Outrossim, também cabe à Corte Europeia, por meio de seus comitês e seções, o juízo de admissibilidade das petições individuais e denúncias recebidas, conforme os critérios do art. 35 da Convenção<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais ou Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

<sup>4</sup> Nessa Corte permanente também se fundiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

<sup>5</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, Art. 34. (Petições Individuais):

“O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”

<sup>6</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, Art. 28. (Declaração de inadmissibilidade por parte dos comitês):

“Qualquer comitê pode, por voto unânime, declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34.º, se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. Esta decisão é definitiva”.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, Art. 29. (Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo):

“1. Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos do artigo 28.º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34.º

2. Uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições estaduais formuladas nos termos do artigo 33.º



No Sistema Europeu, com o advento do Protocolo n. 11, de 1998, implementou-se a capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos e, nesse sentido, inseriu-se o cidadão europeu no eixo da normatividade internacional<sup>7</sup>. Atualmente, as possibilidades são amplas: qualquer Estado membro, grupo, organização não governamental e indivíduo podem reclamar violação dos direitos humanos por outros Estados. (POSNER e YOO, 2004)

Essa modificação estrutural, verdadeiro marco na acessibilidade processual dos sistemas regionais de proteção, aumentou vertiginosamente a atuação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos. A partir do protocolo, o número de casos submetidos ao crivo da Corte, em valores absolutos, aumentou de 8.400, em 1999, para 61.300, em 2010<sup>8</sup>.

Ademais, o Sistema Europeu dispõe do Comitê de Ministros, principal órgão político do Conselho da Europa, com o intuito específico de supervisionar a execução dos julgamentos da CEDH<sup>9</sup>. O Comitê determina uma agenda de supervisão, em que figuram todas as demandas da Corte e os seus respectivos estágios de implementação – *compliance*. A atuação do Comitê permite que a efetividade do Sistema não fique subjugada ao bel-prazer das instituições dos Estados Nacionais. Após o exercício de suas funções e a verificação da completa implementação da decisão da Corte, o Comitê emite resolução dando por encerrada sua atuação naquele caso.

---

3. A decisão quanto à admissibilidade é tomada em separado, salvo deliberação em contrário do Tribunal relativamente a casos excepcionais”.

<sup>7</sup> Art. 13, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

<sup>8</sup> ECHR, Annual Report, 2010, European Court of Human Rights.

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.coe.int/t/cm/humanRights\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/cm/humanRights_en.asp#TopOfPage), Acesso em: 10/07/2011.



## 1.2 A União Europeia

### 1.2.1 Histórico da formação do bloco europeu

A UE se configura em um bloco composto por 27 Estados<sup>10</sup>, com o intuito de promover a unidade política e econômica, bem como reduzir as desigualdades sociais da Europa. De início, à época de sua formação no período pós-guerra, constituiu-se com objetivos eminentemente econômicos, passando posteriormente a buscar outras finalidades.

A União Europeia é resultado de um processo de construção e reconstrução das instituições europeias iniciado no período pós-guerra. De início, constituiu-se com objetivos eminentemente econômicos, passando posteriormente a buscar outras finalidades. A partir de um breve esboço histórico pode-se entender a formação da União Europeia e eliminar quaisquer dúvidas quanto a sua estrutura atual<sup>11</sup>.

Plano Schuman - O ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, apresenta um plano no qual se vislumbrava a unidade do continente europeu, baseando-se na cooperação aprofundada entre os Estados.

Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), 1952 – Seis Estados<sup>12</sup> assinam um tratado que visa colocar as suas indústrias pesadas do carvão e do aço sob uma autoridade comum.

Tratados de Roma (2) - Tratado da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM), 1958 – Os mesmos seis Estados assinam novo acordo com objetivo de permitir a livre circulação das pessoas, das mercadorias e dos serviços entre os Estados-Membros,

---

<sup>10</sup> Alemanha; Áustria; Bélgica; Bulgária; Chipre; Dinamarca; Eslováquia; Eslovênia; Espanha; Estónia; Finlândia; França; Grécia; Hungria; Irlanda; Itália; Letónia; Lituânia; Luxemburgo; Malta; Países Baixos; Polónia; Portugal; Reino Unido; República Checa; Roménia; Suécia.

<sup>11</sup> Informação disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>12</sup> Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos



criando a CEE. Decide-se também criar uma comunidade da energia atômica (EURATOM).

Tratado de Bruxelas ou Tratado de Fusão, 1965 – Tem-se importante modificação da estrutura europeia. Combinam-se os corpos executivos da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) em torno da estrutura da Comunidade Econômica Europeia (CEE). Instituiu-se uma Comissão, um Conselho e um orçamento únicos para as três Comunidades Europeias então existentes, não obstante, estas permanecem legalmente independentes, ainda que compartilhando órgãos comuns<sup>13</sup>.

Criação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, pela CEE, em 1974 - O objetivo de transferência de recursos financeiros das regiões ricas para as regiões pobres. Esta política de assistência absorve hoje um terço do orçamento europeu.

Ato Único Europeu, 1986 – Busca garantir um melhor funcionamento das Comunidades e do mercado interno. Cria-se uma Comissão Parlamentar para elaborar um tratado que substituísse as Comunidades existentes por uma União Europeia. Destaca-se que, nesse momento, tem-se três comunidades atuando na conjuntura do continente, ainda que já possuam órgãos comuns: CECA, EURATOM e a CEE (esta última recebendo diversas adesões ao longo dos anos).

Tratado da União Europeia (UE), também chamado de Tratado de Maastricht; 1993 – consagra o gradual processo de unificação e determina como se dará a nova estruturação. A teoria fala do estabelecimento dos três pilares da União Europeia<sup>14</sup>. Primeiramente, o Tratado alterou a designação da Comunidade Econômica Europeia (CEE), que passou a denominar-se apenas Comunidade Europeia (CE). Absorve-se a Comunidade Europeia para a Estrutura da União

<sup>13</sup> Ainda que o corpo executivo das três Comunidades Europeias fosse o mesmo, destaca-se que a adesão dos Estados se seguiu em torno da CEE.

<sup>14</sup> Tratado da União Europeia (UE), Art. 1º - A União funda-se nas Comunidades Europeias (1), completadas pelas políticas (2) e formas de cooperação (3) instituídas pelo presente Tratado.



Europeia como o chamado pilar comunitário<sup>15</sup>. Nesse aspecto, é importante ressaltar o princípio da unicidade institucional estabelecido no art. 3º do Tratado de Maastricht<sup>16</sup>. Considerando-se as instituições comuns, preserva-se a coerência entre as ações da União Europeia e das Comunidades (Comunidade Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica). O segundo pilar, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC)<sup>17</sup>, reconhece a necessidade de agir conjuntamente nas questões de política externa e de defesa, formalizou-se a PESC. O último pilar, a Cooperação nos domínios da Justiça e de Assuntos Internos<sup>18</sup>, define-se como a cooperação entre os sistemas judiciais nacionais a fim de uniformizar princípios e decisões. Dá-se destaque à cooperação em matéria de crimes graves, como a corrupção, o tráfico de droga e o terrorismo.

Tratado de Amsterdã, 1999 – concentra-se no desenvolvimento da cidadania europeia e dos direitos individuais.

Tratado de Nice; 2003 – promove maiores reformas na estrutura da União Europeia a fim de criar condições para a extensão do bloco. As discussões que se seguiram durante as negociações do Tratado sempre recaíam na mesma constatação: a consciência generalizada da complexidade – leia-se confusão - que era a estrutura da União Europeia. A partir daí, iniciou-se os estudos para uma nova grande reforma, efetivamente realizada no Tratado de Lisboa.

Tratado de Lisboa, 2009 – extinguiu-se a concepção dos pilares da União Europeia, implementou-se a unidade europeia e a personalidade jurídica internacional da instituição.

---

<sup>15</sup> Atualmente, a Comunidade Europeia da Energia Atômica permanece como instituição autônoma, contudo, esta é constituída pelos mesmos Estados componentes da União Europeia e igualmente governada pelos órgãos do bloco europeu. Por sua vez, a o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço expirou em 2002, não havendo interesse dos Estados membros em renová-lo.

<sup>16</sup> Tratado da União Europeia (UE), Art. 3º - A União dispõe de um quadro institucional único, que assegura a coerência e a continuidade das ações empreendidas para atingir os seus objetivos, respeitando e desenvolvendo simultaneamente o acervo comunitário.

<sup>17</sup> *Common Foreign and Security Policy (CFSP)*. Essa política iniciou-se em 1970 com a “Cooperação Política Europeia”, mas que se restou infrutífera por diversos motivos.

<sup>18</sup> Posteriormente, após o Tratado de Amsterdã, passou a concentrar-se na chamada Cooperação Policial e Judiciária em Matérias de Direito Penal.



Atribui-se maiores poderes ao Parlamento Europeu e maior participação aos Parlamentos Nacionais. Pela primeira vez reconhece-se explicitamente a possibilidade de um Estado membro sair da União.

Desse modo, chega-se à situação atual da União Europeia. Hoje os principais órgãos da instituição são o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho da União Europeia ou Conselho de Ministros, que não se confunde com o Conselho da Europa do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos. A tomada de decisões na União Europeia envolve essas três instituições.

### 1.2.2 A adesão

O ingresso ao bloco se inicia com a candidatura do Estado interessado. A adesão está condicionada à implementação de algumas medidas, tais quais, um governo estável e democrático, instituições que assegurem o Estado de Direito e respeito aos direitos humanos. Assim, considerando a possibilidade de adesão ao bloco europeu, questiona-se quanto aos benefícios advindos desse ingresso.

Inicialmente, a liberdade na circulação de mercadorias, bens, serviços, capitais e pessoas, possibilidades que se efetivaram a partir do Tratado de Maastricht, facilitam o crescimento econômico dos Estados componentes do bloco europeu. O mercado único permitiu uma redução significativa nos preços de diversos produtos e serviços, nomeadamente do acesso à Internet, das passagens aéreas; e das chamadas telefônicas.

Um dos aspectos proeminentes, no que tange às possibilidades de desenvolvimento, é a ajuda financeira que o Bloco Europeu injeta no Estado membro. Como exemplo da grandiosidade do aporte econômico, para o período de 2007 a 2013, há previsão de gastos da ordem de 347 bilhões de euros em infraestrutura, meio ambiente e capacitação profissional dos cidadãos das regiões menos favorecidas do bloco, ou seja, aquelas que possuam um PIB *per capita* inferior a 75% da média europeia. Objetivamente, em comparação com outras potências mundiais, a UE destaca-se como maior fomentadora pública do desenvolvimento. A União Europeia fornece cerca de 60% do total da ajuda ao desenvolvimento dos Estados membros do bloco. Considerando o montante da



ajuda pública ao desenvolvimento por cidadão, a União Europeia despende 93 Euros per capita em média, enquanto EUA e Japão gastam 53 e 44 Euros, respectivamente<sup>19</sup>. Por esta razão, segundo pesquisa, aproximadamente 54% dos cidadãos dos os Estados membros acredita que seu país se beneficiou efetivamente após a adesão à União Europeia. Como esperado, o apoio variou de acordo com o Estado pesquisado<sup>20</sup>.

Essa programação de gastos faz parte dos objetivos de convergência, para os quais se aceita a existência de uma realidade europeia com geometrias diferentes e que necessariamente deve se desenvolver considerando as distintas realidades econômicas e sociais, ainda que tal processo ocorra para cada Estado em diferentes velocidades.

Nesse aspecto, a União Europeia direciona esforços a fim de reduzir as disparidades verificadas entre os Estados. Não por outro motivo, o crescimento do PIB, atualmente, é mais célere nos países mais pobres que aderiram à UE a partir de 2004. A atuação do bloco se conduz por meio da chamada Política de Coesão, a qual se subsidia economicamente nos chamados Fundos Estruturais, quais sejam, o Fundo Regional; o Fundo Social e o Fundo de Coesão. A criação dos Fundos Estruturais buscou diminuir as diferenças econômicas verificadas entre os Estados membros. Nesse ponto, a Política de Coesão direciona os gastos para os objetivos de convergência, para os quais são gastos 81,5% dos valores dos Fundos Estruturais e tem como alvo regiões com um PIB *per capita* inferior a 75% da média europeia<sup>21</sup>.

Igualmente, ressalta-se que pertencer à zona do Euro contribui para estabilidade econômica dos Estados. Nesse aspecto, a atuação do Banco Central Europeu é imprescindível, destacando-se entre suas atribuições a fixação das taxas de juros, a manutenção dos índices de inflação, uniformização dos tributos e a gerência das reservas e divisas da UE. De fato, observa-se a cada ano a queda do

<sup>19</sup> Informação disponível em: <[http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>20</sup> Informação disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>21</sup> Informação disponível em: <[http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.



índice médio de inflação dos Estados membros do Bloco Europeu que passaram a utilizar a moeda única<sup>22</sup>.

Destarte, permite-se construir solidez de mercado e das finanças públicas por meio de uma moeda estável, tal qual o Euro. E, acrescida da ajuda financeira do bloco, facilita-se o desenvolvimento do Estado e se criam condições para continuidade desse processo.

## 2 A INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS NA REALIDADE INSTITUCIONAL EUROPEIA

Atualmente, verifica-se que o processo de Internacionalização do Direito alcançou proporções inéditas. Emerge-se uma nova agenda ditada pela expansão dos temas tratados pelo Direito Internacional. A proliferação de atores e organismos internacionais<sup>23</sup> e a multiplicação de instrumentos jurídicos é um exemplo fático dessa nova realidade. (BERMAN, 2005, p. 491)

Nesse aspecto, tem-se conferido crescente destaque às questões relacionadas à defesa dos Direitos Humanos, panorama intencionalmente construído a partir das atrocidades cometidas durante as Guerras Mundiais. É igualmente no contexto do pós-guerra que é criado o Conselho da Europa e elabora-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, observa-se o advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e a multiplicação dos Tribunais Internacionais. Como exemplo, tem-se o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e a CEDH. (MERRILLS e A.H., 2001, p. 11-12)

Em outro aspecto, há de se frisar que, nas últimas décadas, a humanidade viveu um avanço tecnológico e científico sem precedentes. Entretanto, tal prosperidade não se refletiu para todos, remanescendo mazelas sociais e econômicas ainda não superadas. Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 109-110) afirma:

<sup>22</sup> Informação disponível em: <[http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>23</sup> Segundo estimativas, em 2004 existiam mais de 6.000 Organizações Internacionais. (CARREAU, 2004, p. 129).



[...] O crepúsculo deste século desvenda um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis. Ao longo deste século de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrole dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de libertação.

O Estado, em sua posição de garante social, tem como importante função favorecer e facilitar que o indivíduo alcance um projeto segundo suas aspirações individuais, maximizando todas as suas potencialidades (MIRANDA apud MENDES, 2007, p. 349). Entretanto, as mazelas sociais passaram a deflagrar efeitos em um contexto nunca antes dimensionado, em um âmbito que ultrapassa as fronteiras locais e regionais. As soluções devem ser proporcionais a esse inédito quadro desfavorável. Nesse aspecto, as instituições reguladoras do ambiente econômico internacional buscam adequar sua atuação à realidade globalizada, a fim de contraporem as dificuldades verificadas, a exemplo do bloco da UE. Por este motivo, a importância do Direito Internacional se apresenta, atualmente, muito mais ligada a uma necessidade imediata de solução integrada de dificuldades – das mais diversas causas – do que mero reflexo desse novo cenário de estreita integração em que o homem se insere. O advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e o destaque na atuação das instituições econômicas internacionais são importantes exemplos dessa realidade.

Sabe-se que a temática dos direitos humanos é um objeto complexo, resultante de um conjunto amplo de determinantes e causalidades que não podem ser analisadas a partir de uma visão fragmentada e redutora. Nesse aspecto, invariavelmente, o sistema de proteção dos direitos humanos articula-se com práticas políticas e econômicas, estreitamente conectadas com a atuação das instituições e dos governos nacionais. Essa consideração torna-se relevante face a um dos proeminentes aspectos da discussão atual dos direitos do homem, aquele que evidencia o confronto com a racionalidade própria do mundo econômico, permeado por preceitos liberais, diga-se, por vezes, antioletivistas, e propugna a dissociação entre as esferas de direitos humanos e econômicos.

A crítica da dissociação subsidia-se no princípio da indivisibilidade dos direitos, destacando a impossibilidade de separação entre as esferas jurídicas a



partir da frágil concepção de uma diferença irreduzível de natureza jurídica dos direitos. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 45)

Segundo Ferraz (2008, p. 4):

Rather than a rigorous demonstration that all human rights, without exception, are indivisible in the most conventional meaning of the word explored above, most proponents of the indivisibility thesis seem to be arguing (more narrowly) that we cannot divide human rights tightly into the traditional categories of civil and political rights at one side and social, economic and cultural at the other. The indivisibility thesis, thus, rather than a neat, logical and abstract doctrine is a historically and politically motivated resistance to another “thesis” that claims that these two types of rights are different in nature.

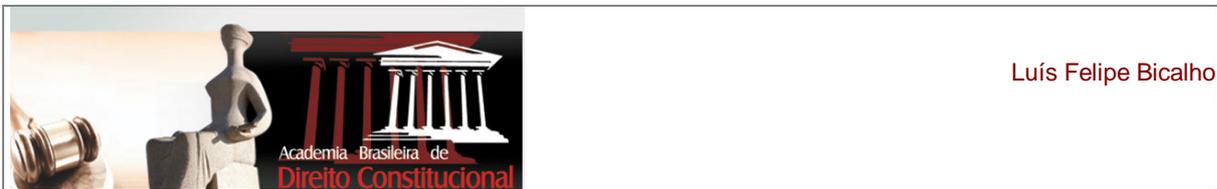
A indivisibilidade dos direitos concebe a ideia de que nenhum direito humano pode ser integralmente implementado sem que os outros direitos também o sejam. A indivisibilidade sugere uma relação que não pode ser separada sem que se perca seu significado, sua funcionalidade. Erin Daly elabora interessante analogia quanto ao princípio (2011, p. 4):

[...] indivisibility suggests that what seem to be many rights are really one, with multiple facets. The image might be that of a diamond: no single facet can be separated from a diamond, and the diamond does not exist without its many facets.

E desse modo, a partir das relações de suporte estabelecidas entre as distintas esferas jurídicas, o respeito a um direito permite e facilita a realização dos outros, bem como define uma nova perspectiva de interpretação e exigência jurisdicional. (DALY, 2011, p. 10)

A atuação das Nações Unidas, por meio da Assembleia Geral e do Alto Comissariado para Direitos Humanos, endossa o princípio como elemento indispensável para materialização do *jus cogens* no contexto internacional. Não por outro motivo, o princípio da indivisibilidade igualmente se fundamenta em importantes instrumentos normativos internacionais (NICKEL, 2008, p. 984). De início, destaca-se a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, de 1968:

Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso



duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.

A tese da indivisibilidade foi reafirmada em passagem da Declaração e Programa de Viena, de 1993:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

A teoria que insiste na possibilidade de separação entre as esferas de direitos acaba por estabelecer uma hierarquia entre os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos e sociais. E, com efeito, as violações aos direitos civis e políticos são consideradas mais graves, com uma margem de tolerância muito menor. Desse modo, para os Direitos Humanos, a indivisibilidade representa um importante princípio de resistência contra a diminuição de importância dos direitos sociais e econômicos. (FERRAZ, 2008, p. 3)

E, ainda que a discussão possa se concentrar no âmbito teórico, seus efeitos igualmente se verificam no contexto institucional europeu, o qual se forma a partir de dois conjuntos principais, ora mencionados, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, com destaque para a atuação da CEDH, e o bloco econômico da UE. Inicialmente, a própria estruturação dessa realidade se concebe a partir da consideração, por parte dos Estados Nacionais, da importância do respeito aos direitos do homem, tendo em vista as condicionantes impostas para adesão no bloco econômico europeu. Nesse sentido:

Progressivamente, quase quarenta Estados europeus filiaram-se a esse sistema de proteção dos direitos do homem. Isto já é um considerável avanço histórico, mesmo levando-se em conta que o argumento econômico pode ter desempenhado algum papel nessa filiação, na medida em que a entrada à comunidade europeia está, de fato, subordinada à certificação de respeito aos direitos do homem que se dá pela ratificação da CESDH e pelo reconhecimento do recurso individual. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 31)



Em um segundo momento, no âmbito jurisdicional, a CEDH igualmente tem enfrentado, ainda que reflexamente, tentativas de dissociação dos direitos. E, nesse aspecto, o Tribunal tem estendido sua atuação, em princípio limitada aos direitos civis e políticos, a fim de contestar a possibilidade da separação estanque. Constatase a assertiva em passagem do caso AIREY v. IRELAND:

Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention<sup>24</sup>.

Desse modo, evidencia-se a indissociabilidade dos direitos humanos e dos direitos econômicos – esferas que não se contrapõem, não se excluem, mas se complementam, de tal modo que a inobservância de uma inviabiliza a consecução plena da outra. Nesse sentido, na lição de Delmas-Marty, os direitos do homem devem ser interpretados e aplicados como um conjunto coerente e indivisível, coerente porque indivisível. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 40)

Por conseguinte, a partir da verificação da incidência do princípio da indivisibilidade, anula-se a possibilidade de uma sobreposição da atividade das instituições europeias. Refuta-se a opção por uma lógica de aplicação disjuntiva entre os sistemas, a partir da consideração, pela UE, da praxe jurisprudencial e do discurso humanista proposto pelo Tribunal Europeu. E, desse modo, a construção da coerência conceitual e lógica, no âmbito de atuação das instituições, não permite restar condicionantes para a efetividade jurídica dos direitos humanos. O desenvolvimento econômico permanece como importante fim, mas sua possibilidade se estrutura essencialmente na constatação da defesa dos direitos humanos pelo Estado Nacional.

Em sentido contrário, assim não procedendo, tem-se a continuidade da denegação da tutela de importantes comandos constitucionais e a consequente

<sup>24</sup> Caso AIREY v. IRELAND, outubro de 1979, Application no. 6289/73.



inviabilização do desenvolvimento econômico. Nesse eventual quadro refratário, de generalizada dissociação entre a esfera de direitos humanos e econômicos, permite-se que a Lei fundamental não passe de uma Carta poética e política, sem qualquer juridicidade aplicável. Uma Constituição aparente (DALLARI, 1982). Como se verá, não é o caso da realidade Europeia.

### **3 A EXPERIÊNCIA TURCA: O CONFRONTO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

Nos últimos anos, tem se observado a tentativa de ingresso de alguns Estados<sup>25</sup> na UE, dentre os quais se destaca a Turquia. Após sua candidatura, em outubro de 2005, aceita a despeito das reservas declaradas de importantes membros do bloco, como França e Alemanha, a Turquia iniciou as negociações e tentativas de adequação aos parâmetros condicionantes para adesão<sup>26</sup>. Contudo, o avanço no processo se mostra dificultoso. Não considerando outros importantes fatores - a religião muçulmana predominante, o enorme contingente populacional, as dificuldades econômicas<sup>27</sup> – destaca-se como forte elemento para oposição ao ingresso da Turquia a sistemática violação aos Direitos Humanos que se verifica no país, em especial contra a minoria curda. A Turquia faz parte do grupo de Estados que assinaram e ratificaram a CESDH. Todavia, a continuidade de suas condenações pela CEDH vem sendo um entrave para a sua aceitação no bloco da UE.

Primeiramente, lembra-se que a CEDH não é um órgão da UE, mas componente da estrutura do Conselho da Europa. Entretanto, cumpre ressaltar que a influência de uma estrutura sobre a outra é inevitável, haja vista a UE ser composta, atualmente, de 27 Estados que igualmente são signatários da Convenção

<sup>25</sup> República da Macedônia, Croácia e Turquia

<sup>26</sup> Informação disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/economia/noticias/mundo/cameron-aborrecido-lentidao-adesao-turquia-ue-582014.html>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>27</sup> Informação disponível em: <[http://europa.eu/abc/keyfigures/candidatecountries/index\\_pt.htm](http://europa.eu/abc/keyfigures/candidatecountries/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2011.



Europeia de Direitos Humanos, ou seja, membros da CEDH e do Conselho da Europa.

Em 2007, constatou-se no relatório anual do Conselho da Europa que quatro Estados – Rússia, Turquia, Romênia, Ucrânia – respondiam por aproximadamente 55% das demandas pendentes de apreciação pela CEDH<sup>28</sup>. As mais distintas espécies de violação dos direitos humanos - desrespeito ao devido processo legal, uso abusivo da força, tortura, eliminação étnica. Em 2008, coletou-se dados semelhantes àqueles verificados no relatório anual anterior. Novamente, Rússia, Turquia, Romênia e Ucrânia respondiam pela grande parte dos casos pendentes da Corte, aproximadamente 57%<sup>29</sup>. Por sua vez, o relatório anual de 2009 constatou um decréscimo do valor relativo em relação à totalidade de demandas. Contudo, os mesmos Estados respondiam por aproximadamente 55,7% das demandas<sup>30</sup>. Em 2010, no último relatório publicado, verificou-se novo aumento para os mesmos Estados, passando a 55,9 % do total de demandas pendentes na Corte<sup>31</sup>.

Ademais, verificou-se que nos últimos quatro anos a maioria de julgamentos realizados pela Corte relacionava-se ao Estado Turco. Nos anos de 2007, 2008, 2009 e 2010 foram submetidos ao crivo da CEDH, respectivamente, 331, 264, 356 e 278 casos em que a Turquia figurava como violadora da CEDH. Não sendo suficiente, ainda se verifica que a Turquia também segue à frente no que tange ao descumprimento das decisões emanadas pela CEDH.

Tendo em vista a situação, a UE tem pressionado o Estado Turco para que acelere o processo de mudanças e busque uma atuação diametralmente oposta àquela exposta nos relatórios anuais da CEDH. Nesse aspecto, não se trata da difusão de um modelo único, não se verifica imposições ideológicas. De fato, propugna-se a adequação das instituições a partir de uma proposta de harmonização dos sistemas de direito, admitindo-se certo relativismo, sem, contudo, esvaziar o núcleo de princípios fundadores comuns.

<sup>28</sup> Annual Report, 2007, European Court of Human Rights.

<sup>29</sup> Annual Report, 2008, European Court of Human Rights.

<sup>30</sup> Annual Report, 2009, European Court of Human Rights.

<sup>31</sup> Annual Report, 2010, European Court of Human Rights.



Por conseguinte, passa-se da concepção de uma universalidade mental para uma universalidade real, na medida em que, fundamentando-se na vontade de reconhecer os direitos comuns a todos os seres humanos, deflagra-se, intencionalmente, efeitos na esfera econômica dos Estados Nacionais. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 19-20)

E, na criação das condições ideais para a proteção dos direitos humanos, a atuação do Estado, imperiosamente, transita pela necessidade de elaboração de um ordenamento pátrio adequado, ainda que essa codificação deva se proceder em um ambiente internacionalizado e normativamente fragmentado. Assim, em resposta, o Estado Turco aprovou, em setembro de 2010, após votação popular, mudanças substanciais na Constituição Nacional, em especial, no que tange a ampliação dos direitos individuais e no fortalecimento do controle civil sobre o exército<sup>32</sup>.

Todavia, não basta a Constituição propugnar a defesa dos direitos humanos, destacando poeticamente sua importância. A respeito da realidade europeia, destaca Delmas-Marty que, inicialmente, a certificação de respeito aos direitos do homem se dá pela ratificação da CESDH e pelo reconhecimento do recurso individual. Contudo, a constatação não se resume à abordagem normativa. Ao que parece, e este é o novo enfrentamento do Estado Turco, o ponto nevrálgico resta-se na efetividade:

É preciso ainda anotar que se trate de uma condição necessária mas não suficiente, como testemunham as lamentações da Turquia, que, condenada por inúmeras vezes pela Corte Europeia dos Direitos do Homem em casos de torturas particularmente graves, viu recusado seu pedido de entrada na União. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 31)

Esse preceito de efetividade tem importância central na atividade contenciosa da CEDH, sendo justificativa corrente para responsabilização internacional dos Estados. Inevitavelmente, o dispositivo amplia a complexidade do sistema jurídico, na medida em que implica em um direcionamento específico para a produção normativa por parte do legislador nacional europeu, em especial dos Estados candidatos ao bloco econômico.

<sup>32</sup> Informação disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,ue-pede-a-turquia-mais-reformas-para-ingresso-no-bloco,609157,0.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.



A incidência dos efeitos se verifica, essencialmente, na realidade dos jurisdicionados, ora receptores das novas disposições normativas advindas da reestruturação dos ordenamentos pátrios, ora agentes passivos na esfera de atuação das instituições internacionais, a exemplo da própria UE. Agora, sob o olhar atento da comunidade europeia, espera-se que a nova Constituição da Turquia estabeleça um novo paradigma para o Estado, que esteja em consonância com as exigências da UE e, evidentemente, com o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.

## CONCLUSÃO

O fenômeno da globalização e o processo de Internacionalização do Direito criaram inúmeras possibilidades para a vida humana. Emerge um novo ambiente, caracterizado pela eliminação das barreiras do tempo e espaço, e a experiência jurídica definitivamente adquire um caráter internacionalizado. A busca pelos alicerces do Direito Internacional reflete a urgência de uma resposta eficaz da comunidade internacional aos desafios do novo século, em especial aquele que se refere a proteção dos direitos humanos. A temática, outrora atribuída à jurisdição doméstica do Estado, passa a ser tratada com destaque no contexto mundial, com a atuação dos mais relevantes atores internacionais.

No que tange aos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, a nova abordagem do conceito de responsabilidade internacional é pressuposto para que as obrigações internacionais entre os Estados não se resumam a letra morta, perdendo completamente sua força jurídica vinculante. Desse modo, a criação dos órgãos jurisdicionais com caráter internacional é uma importante alternativa para a proteção dos direitos dos jurisdicionados.

Desconsiderar o princípio da responsabilidade internacional equivaleria a reconhecer que os Estados não seriam obrigados a cumprir as obrigações reciprocamente assumidas – a negação da própria ordem jurídica internacional e a conseqüente inefetividade do arcabouço jurídico mínimo do indivíduo. Contudo, incorrer-se-ia na mesma negação da ordem internacional se a estreita ligação existente entre a agenda dos direitos humanos e dos direitos econômicos fosse



desconsiderada. Por esta razão, a análise do sistema europeu implica na necessidade de uma compreensão ampliada, na qual se observe a atuação da CEDH, bem como da UE.

Nesse sentido, constata-se que as instituições do continente europeu apresentam satisfatória sinergia na busca pela efetividade do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. Como exemplo, tem-se a influência que a CEDH exerce sobre a União Europeia, em especial quanto à análise do preenchimento de requisitos para adesão ao bloco econômico.

Não por outro motivo, define-se a relação como sinergia institucional, haja vista a diferença de alcance e propósito não impedir que a atividade de uma instituição influencie a outra. Pelo contrário, a simultaneidade de forças concorrentes é uma proeminente característica da experiência europeia. Nesse aspecto, a dificuldade que se verifica para ingresso dos Estados candidatos à UE deve-se a constatações da Corte, expostas anualmente em seus relatórios, a respeito das inúmeras violações aos direitos humanos, bem como a alta taxa de *noncompliance* de suas decisões.

Mensurar o impacto da sanção moral no ambiente internacionalizado seria inviável. Entretanto, haja vista a lacuna de coercibilidade jurisdicional, é evidente a importância que a medida possui para a defesa dos direitos humanos no âmbito do Sistema Europeu, como exemplo, tem-se a experiência turca e a sua respectiva dificuldade para aderir ao bloco da União Europeia.

Desse modo, pode-se considerar a obstaculização no procedimento de entrada à União Europeia como um elemento de enorme coercitividade para aqueles Estados que, porventura, possuam um histórico de violações aos direitos humanos e uma prática de desrespeito às decisões da CEDH. E, se não se pode prontamente indicá-la como um mecanismo de *enforcement* da própria Corte, claramente visualiza-se os mesmos efeitos práticos se assim o fosse.

Conclui-se pela inevitável dialética entre os sistemas, corolário do princípio da indivisibilidade dos direitos, ora demonstrado a partir do marco teórico de Delmas-Marty. A comunicabilidade entre as lógicas implica em um rearranjo das



forças de controle estatais, de modo a estabelecer uma relação essencial para a elaboração de uma resposta jurídica condizente aos anseios e necessidades na esfera dos direitos humanos.

Assim, nos dizeres da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, o desenvolvimento social deve caminhar paralelamente e que, a termo mais ou menos longo, a negligência dos direitos sociais freará o desenvolvimento econômico. A assertiva, após pouco tempo, mostra-se desatualizada: os efeitos da evidente indissociabilidade já se fazem presentes.

## REFERÊNCIAS

- BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization, **Columbia Journal of Transnational Law**, 2005.
- CARREAU, Dominique. **Droit International**. 8. ed. Paris: A. Pedone, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DALY, Erin. **Environmental Human Rights: Paradigm of Indivisibility**, Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 11-05, Widener University School of Law, Delaware, United States, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FERRAZ, Octavio L. Motta; **Moving Beyond Rhetoric: A critical analysis of the indivisibility of human rights**; University of Warwick, School of Law, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MERRILLS, J.G; A. H. Robertson. **Direitos Humanos na Europa: um estudo da convenção europeia de direitos humanos**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- NICKEL, James W., **Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights**, Human Rights Quarterly 30, The Johns Hopkins University Press, 2008.
- POSNER, Eric A., YOO, John C.; **A Theory of International Adjudication**; John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper n.º. 206 and Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper n.º 146, 2004.
- STERIO, Milena. **The Evolution of International Law**. Cleveland State University, Cleveland – Marshall College of Law, research paper 08-150, 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional – Alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, V. 167, p. 135-170, 2005.



# CAPITALIZAÇÃO DE JUROS: UMA ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS?<sup>1</sup>

INTEREST ACCUMULATION: AN ABUSE IN CONTRACTS?

*Giovani Frazão Della Villa*<sup>2</sup>

## Resumo

Este trabalho tem como principal objetivo tratar da capitalização de juros dentro do ordenamento jurídico brasileiro da atualidade. A lei permite em alguns casos a capitalização (juros sobre juros), sem que para tanto se configure anatocismo. Ocorre que, muitos são os casos de abusividade, mesmo quando legalmente amparada a capitalização dos juros. A pesquisa foi realizada com base em estudos doutrinários, legislação vigente, bem como súmulas e julgamentos dos Tribunais Superiores, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Assim se justifica o presente estudo, pelo esclarecimento, de quais casos a capitalização é lícita, e quando é abusiva, e de que forma devem ser tratadas nos contratos.

**Palavras-chave:** Contratos; Juros Compostos; Juros sobre Juros; Capitalização; Anatocismo.

## Abstract

This work has as main objective to treat the capitalization of interest within the Brazilian legal system today. The law allows in some cases the capitalization (interest on interest), without having to configure it so anatocism. It turns out that there are many cases of abuse, even when legally supported the capitalization of interest. The survey was conducted based on doctrinal studies, legislation and precedents and judgments of the Superior Courts, the Federal Regional Court 4th Circuit and the Court of the State of Paraná. This justifies the present study, the clarification of cases where capitalization is lawful, and when it is abusive, and how contracts should be treated.

**Keywords:** Contracts; Compound Interest, Interest on Interest; Capitalization; Anatocism.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 07/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Advogado Militante em Curitiba e Região Metropolitana, bacharel em Direito pela PUC/PR, pós-graduado em Direito Contemporâneo pelo Curso Professor Luiz Carlos/Opet, pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Curso Professor Luiz Carlos/OPET. Endereço eletrônico: <giovanivilla@hotmail.com>.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto explicar o instituto do juro no ordenamento jurídico brasileiro. A capitalização de juros (juros sobre juros) é permitida no sistema legal brasileiro, ao contrário do que muitos pensam. Ocorre que somente em alguns casos a lei prevê a permissão desta capitalização.

Na maioria dos casos em que a contagem dos juros sobre juros é ilegal, a aplicação desta capitalização nos contratos comporta-se em anatocismo, prática esta exercida principalmente pelos bancos<sup>3</sup>.

Quem sofre com isso são os consumidores tomadores de crédito bancário<sup>4</sup>, que são obrigados a aderirem aos contratos criados unilateralmente<sup>5</sup> pelas instituições financeiras, e acabam tendo seus direitos transgredidos. Com isso só podem se manifestar após a contratação abusiva, recorrendo ao judiciário, sob pena de não conseguir o crédito no momento em que necessita.

Com o devido esclarecimento, os aplicadores do direito podem buscar a mais correta via da justiça, em cada caso concreto que lhes sejam defrontados.

---

<sup>3</sup> Os principais exemplos de contratos em que podem ocorrer contagem de juros sobre juros são: abertura de crédito em conta corrente, crédito direto ao consumidor, cartão de crédito, cédulas de crédito (comercial, industrial e rural), cédulas de crédito bancário, arrendamento mercantil (leasing), financiamento de veículos, financiamentos do sistema financeiro de habitação.

<sup>4</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos de relação de consumo entre Instituições Financeiras e tomadores de empréstimos. Pela grande quantidade de ações de revisão judicial das taxas de juros nos contratos, fundamentados pela onerosidade excessiva, foi ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, a Adin 2591-1/DF, na qual pretendia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, § 2, do CDC que prevê “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”. No julgamento, o Supremo definiu que é possível a revisão judicial dos contratos quando a taxa de juros aplicada no caso for superior à taxa SELIC. Assim como o Supremo o Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou este entendimento (Súmula 297 STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras). Como exceção à aplicação do CDC frente às instituições financeiras, temos as cooperativas de crédito (ex: Sicred), que operam dentro do sistema financeiro nacional, mas não são consideradas para fim de fornecimento de serviço de consumo. Neste caso, os Tribunais superiores tem aceitado somente a aplicação do Código Civil e outras leis, excluindo-se o CDC.

<sup>5</sup> Pode-se dizer que 99,9% dos contratos bancários são de adesão, pois o consumidor não tem poder de negociar as cláusulas do contrato que faz com a instituição financeira. Desta forma, deve imperar nestes contratos a boa-fé objetiva (art. 52 do CDC), possibilitando a revisão judicial em caso de transgressão de direitos do consumidor.



A questão chega a ser simples e fácil de compreender, desde que se detenha o mínimo de atenção e conhecimento. Entretanto, a confusão que existe é muito grande, já que grande parte dos aplicadores do direito desconhecem matemática básica, e muitos não pretendem conhecer, por achar que isto seria trabalho de outras áreas. Ocorre que pode ser resolvida a questão da capitalização dos juros de maneira muito simples e eficaz.

Todo juro é calculado de forma simples ou composta. Sempre que o cálculo utilizado não for simples será composto, não interessando qual nome tenha sido usado.

A partir desta premissa, cabe apenas ao intérprete do direito saber se é possível a capitalização do juro naquele caso, conforme a lei assim disponha.

Deve-se ressaltar que além do anatocismo que ocorre, ainda existem diversas outras práticas abusivas que prejudicam o consumidor de crédito bancário, entretanto estas não serão objeto de estudo específico deste artigo<sup>6</sup>.

Com o presente trabalho, intenta-se esclarecer de forma simples e acessível a todo e qualquer aplicador de direito, bem como a pessoas interessadas pelo tema, para que saibam quando e como será possível capitalizar o juro, e quando isto será ilegal.

## 1 CONCEITO DE JURO

Primeiramente deve-se ter em mente que o conceito básico de juro é universal, pois surge da matemática, que será sempre uma ciência exata.

O conceito de juro<sup>7</sup> que se deve ter em mente é da remuneração de um capital por um período de tempo. O conceito de juros também pode ser exposto da

---

<sup>6</sup> Como exemplo de abusividades que ocorrem nos contratos bancários pode-se citar: cumulação de encargos moratórios com comissão de permanência (Súmula 30 STJ: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”), excesso da taxa de juros contratada – o limite hoje é da taxa média de mercado (conforme Súmula 296/STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”). Há que se ressaltar que o Banco Central só calculou a taxa de juro média de mercado após o ano de 1999. Portanto, para os contratos anteriores não há taxa estipulada.



seguinte maneira: “juro é o *quantum* pago sobre um determinado capital, a título da remuneração, pela sua disponibilização por um certo período de tempo.” (GARCIA, 2000, p. 93) No mesmo sentido, pode-se afirmar que “juro é a composição exigida por quem cede o uso de um capital em dinheiro”, ou ainda que é “o aluguel pago pelo uso do dinheiro”. (OLIVEIRA, 2002, p. 102)

Há que se concluir que quando determinada pessoa fornece capital à outrem por determinado tempo, e por esta cessão irá cobrar algo, isto será o juro.

Os juros podem ser de duas categorias de cálculo: juros simples e juros compostos<sup>8</sup>.

O juro simples é aquele em que o capital é remunerado de acordo com o período em que é utilizado, e neste sistema o juro não integra o capital para o caso de períodos sucessivos. Assim, o juro será cobrado à parte do capital e com ele não se confunde.

No juro composto, o capital a ser remunerado por determinado período é somado com o juro para que o próximo período seja remunerado. Neste caso, o juro é capitalizado, ou seja, ocorre a incidência de juro sobre juro. Assim, “os juros capitalizados são os devidos e já vencidos que são periodicamente incorporados ao principal, isto é, unem-se ao capital representativo da dívida ou obrigações para constituírem um novo total.” (OLIVEIRA, 2002, p. 102)

<sup>7</sup> Conceito de Juro conforme dicionário on-line Michaelis: “1 Taxa percentual incidente sobre um valor ou quantia, numa unidade de tempo determinado. 2 Remuneração que uma pessoa recebe pela aplicação do seu capital; interesse, rendimento de dinheiro emprestado. 3 *fam* Recompensa. *J. compostos*: os que são pagos sobre o capital e os juros, reunidos periodicamente a este; juros de juros. *J. de mora*: os que o devedor paga sobre a quantia devida, desde a data do vencimento do débito até o dia em que faz o pagamento. *J. flutuante*, *Econ*: juros que não são fixos, variando de acordo com taxas interbancárias. *J. simples*: os que são pagos apenas sobre o capital empregado, conservando-se este constante durante o período de transação.” Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=juro>>. Acesso em: 05 maio 2010.

<sup>8</sup> “Só há dois regimes de capitalização dos juros: simples e composto. Se não é simples, obrigatoriamente, será composto e vice-versa.” SANDRINI, Jackson Ciro. **Sistemas de amortização de empréstimos e a capitalização de juros**: análise dos impactos financeiros e patrimoniais. Curitiba, 2007. 290 f. Dissertação (Mestre em Contabilidade) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná. p. 111.



O período que determina a quantidade de juros que será aplicada ao capital irá ser representado pela taxa de juro. Assim, “a razão entre os juros recebidos (pagos) num determinado período e o capital empregado denomina-se taxa de juros.” (OLIVEIRA, 2002, p. 102)

Os juros ainda podem ser classificados de acordo com a sua utilização, para que irão ser cobrados. Podemos citar os juros remuneratórios e os juros moratórios. Os remuneratórios são aplicados para o uso do capital pelo tempo. Já os juros moratórios são aqueles cobrados em virtude de mora do adimplemento de uma obrigação.

## 2 ANATOCISMO

O anatocismo é conceituado como: juro cobrado sobre juros vencidos não pagos e que são tidos por incorporados ao capital desde o dia do vencimento<sup>9</sup>.

Pode-se citar quatro formas distintas de capitalização de juro, que podem ocorrer juntas ou separadamente dentro de determinado contrato: incorporação dos juros ao saldo devedor, a duplicidade de encargos, a capitalização pela Tabela Price, e amortização negativa no Sistema Financeiro de Habitação.

Pela incorporação dos juros ao saldo devedor, podemos citar como exemplo o contrato de conta corrente. Neste caso, o banco cobra após determinado período (geralmente mensal), os valores utilizados como empréstimo durante o tempo em que a conta ficou negativa (período em que utilizou o chamado “cheque especial”). No momento em que são debitados os juros na conta corrente, se esta estiver negativa, os juros serão incorporados ao capital devedor, do qual serão cobrados novos juros. Assim, estará ocorrendo anatocismo.

Ainda, na incorporação do juro ao saldo devedor, estará ocorrendo capitalização quando a incorporação da dívida ao saldo devedor (no sistema financeiro de habitação) compreender não somente o valor das prestações, mas também seus acessórios, quais sejam: parcela do prêmio de seguro, do Coeficiente

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=anatocismo>>. Acesso em: 22 set. 2010.



de Variação Salarial, do Fundo de Compensação e Variação Salarial, da mora em atraso, da multa contratual, entre outros encargos. Neste caso, ao incorporar os acessórios ao saldo devedor, estará ocorrendo uma cobrança abusiva, descaracterizando a cobrança de juro, levando o consumidor-mutuário a uma excessiva onerosidade, podendo ser chamada de capitalização. (FIGUEIREDO, 2004, p. 63)

Ocorrerá duplicidade de encargos quando houver um débito de outro empréstimo sobre a conta corrente, e no caso desta estar negativa, haverá nova cobrança de juros (sobre o valor do empréstimo que já está incluído os juros, haverá nova cobrança de juros). Esta duplicidade de encargos gera capitalização dos juros.

O simples uso da Tabela Price implica em capitalização. Assim asseveram Luiz Antonio Scavone Júnior e Pedro Afonso Gomes (2001) que, “não pairam dúvidas quanto ao fato: a tabela *price* enseja cobrança de juros sobre juros através do subterfúgio matemático consubstanciado em receber, antecipadamente, os juros vincendos.”<sup>10</sup>

No sistema francês de amortização (tabela price)<sup>11</sup>, o capital emprestado será devolvido em prestações periódicas sucessivas de mesmo valor, contendo uma parte de pagamento de juros e outra parte de amortização da dívida.

Conforme assevera Jackson Ciro Sandrini, este sistema price indica taxa nominal e efetiva diferentes, e sobre o saldo devedor, incide o valor da taxa de juro efetiva, para obter o valor da prestação seguinte, que será composta de juro e amortização:

Esse sistema foi desenvolvido para liquidação de operações por meio de pagamentos periódicos, iguais e sucessivos, resultado do somatório da parcela de capital (amortização) e encargos financeiros (juros), os quais são determinados pela incidência da taxa efetiva periódica sobre o saldo devedor do período anterior. No Brasil, no Sistema Financeiro de Habitação – SFH, como em todos os repasses do Governo Federal, a taxa é apresentada no formato nominal, normalmente em ano, com os juros sendo capitalizados mensalmente, de acordo com o período das parcelas. O valor

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=736>>. Acesso em: 22 set. 2010.

<sup>11</sup> “Sistema de Amortização Francês (SAF), do qual o Sistema Price representa uma variante, estabelece que as prestações devam ser iguais, periódicas e sucessivas, equivalendo ao modelo-padrão de fluxos de caixa.” (SANDRINI, 2007, p. 58).



da amortização, por conseguinte, é obtido pela diferença entre a prestação e os juros do período, e o saldo devedor pela diferença entre o saldo devedor do período anterior e a amortização do período.

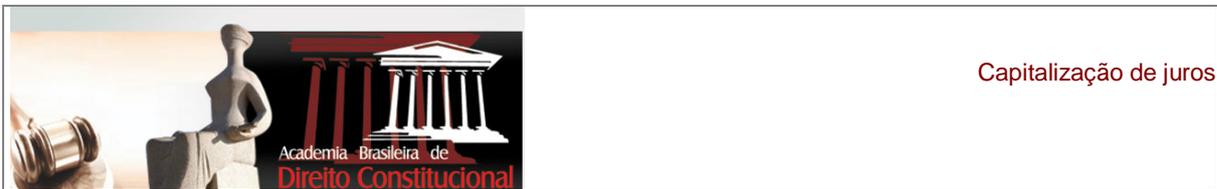
É característica desse Sistema, portanto, que no início da liquidação do empréstimo o valor dos juros seja a maior parte componente da prestação, diminuindo à medida que o saldo devedor decresce com o pagamento das parcelas. Com o valor da amortização ocorre o inverso, sendo menor no início, aumentando geometricamente a cada período, à medida que os saldos devedores e respectivos juros vão decrescendo.

Com a simples apresentação de taxa nominal e efetiva diferentes, pode-se concluir que ocorre a capitalização composta. Recorda-se que sempre o juro simples é linear (progressão aritmética), e o juro composto apresenta progressão geométrica (sempre há um fator exponencial).

Nas palavras de Alcio Manoel de Souza Figueiredo (2004, p. 58), “a taxa nominal é taxa de juros anual prevista no contrato. A taxa efetiva é calculada pelo regime de capitalização composta e não corresponde à taxa anual expressa no contrato, mas uma taxa maior, capitalizada mês a mês.” Ainda expõe que “a fórmula da tabela price adota o regime de juros compostos, em razão da função exponencial, que nada mais é do que a multiplicação da taxa de juros por ela mesma, pelo numero de meses de duração do contrato”. (FIGUEIREDO, 2004, p. 47)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná majoritariamente firmou entendimento de que o simples uso da tabela price, com taxa de juros nominal e efetiva diferentes implicam em capitalização de juro. Pode-se verificar esta afirmativa no Enunciado n. 24 do extinto Tribunal de Alçada do Paraná: “O uso da Tabela Price implica a capitalização de juros”, e ainda nas seguintes ementas:

TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS IMPLÍCITA. ADEMAIS, PREVISÃO DE CONTRATO DE TAXA NOMINAL E TAXA EFETIVA DIVERSA DE JUROS. RECÁLCULO DO CONTRATO COM JUROS DE FORMA SIMPLES. (Apelação Cível 289650-4, 14ª Câmara Cível do TJ/PR, Relatora Desª Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 22/11/2006, DJ 12.01.2007)  
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE E EMPRÉSTIMO. 1 - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO PACTO. INCIDÊNCIA AFASTADA. 2 - NEGATIVA DA PRÁTICA PELO AGENTE FINANCEIRO. DIFERENÇA ENTRE TAXA DE JUROS EFETIVA E NOMINAL QUE DEMONSTRA O ANATOCISMO. 3 - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA REGULARMENTE CONTRATADA. COBRANÇA LEGÍTIMA. 4 - REDISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. 5 - QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDO. 1. (...) 2. Diferença entre taxa nominal e efetiva de juros para um mesmo período de capitalização, por si



só, evidencia anatocismo. (TJ/PR, 15ª CC, AC 589153-6, j. 22/7/2009, DJ 193)

Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela onerosidade excessiva que ocorre na Tabela Price:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DE ACORDO COM A CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA 5/STJ. INCIDÊNCIA. TABELA PRICE. JUROS CAPITALIZADOS. ANATOCISMO. CARACTERIZAÇÃO. (...) 5. A aplicação da Tabela Price aos contratos de prestações diferidas no tempo impõe excessiva onerosidade aos mutuários devedores do SFH, pois no sistema em que a mencionada Tabela é aplicada, os juros crescem em progressão geométrica, sendo que, quanto maior a quantidade de parcelas a serem pagas, maior será a quantidade de vezes que os juros se multiplicam por si mesmos, tornando o contrato, quando não impossível de se adimplir, pelo menos abusivo em relação ao mutuário, que vê sua dívida se estender indefinidamente e o valor do imóvel exorbitar até transfigurar-se inacessível e incompatível ontologicamente com os fins sociais do Sistema Financeiro da Habitação. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (REsp 668.795/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 186)

Conforme afirma Jackson Ciro Sandrini (2007, p. 121), “considerando que o sistema Price, para determinar o juro do período, tem como característica a incidência da taxa sobre o saldo devedor anterior, em se comprovando que esse saldo contém juro, a capitalização composta está caracterizada.”

Assim, é característica do próprio sistema price a capitalização composta do juro devido. De outra análise sobre as mesmas características da tabela price, Alcio Manoel de Souza Figueiredo acentua duas indagações: a tabela price capitaliza juros compostos para o cálculo da prestação inicial; e, a tabela price capitaliza juros no cálculo do saldo devedor, respondendo a seguir:

A resposta a primeira pergunta é positiva, isto é, a Tabela Price efetua a cobrança de juros capitalizados no cálculo da primeira prestação. A resposta a segunda pergunta também é positiva. A *priori*, numa análise superficial, a tendência é dizer que no cálculo do saldo devedor a Tabela Price não efetua a capitalização de juros, haja vista que o valor da parcela de amortização é deduzido do valor do saldo devedor anterior, numa simples conta de diferença. Em verdade, a capitalização de juros ocorre quando: a) se no cálculo da primeira prestação encontra-se presente a capitalização de juros, isto significa que a parcela de juros está superfaturada e em contrapartida a parcela de amortização está



subfaturada, em comparação com o regime de juros simples; b) por outro lado, na hipótese de amortização negativa, isto é, quando o valor pago pelo mutuário não é suficiente para quitação integral da prestação ou de seus componentes (amortização e juros), e esta diferença é incorporada ao saldo devedor, resta cristalina a capitalização de juros. (FIGUEIREDO, 2004, p. 39.)

Pode-se ainda verificar a existência de capitalização composta de juros na utilização da tabela price quando comparada com uma fórmula linear de cálculo de juros simples. (FIGUEIREDO, 2004, p. 54) O valor final devido pelos dois sistemas é diferente, sendo maior no caso da tabela price, indicando que algo está sendo cobrado a mais do que simplesmente o juro, ou seja, está sendo cobrado o juro sobre juro.

Além da capitalização que ocorre no sistema price, outros métodos são utilizados pelos bancos na tentativa de mascarar a capitalização composta dos juros, adotando outros nomes, como por exemplo, o sistema SAC – Sistema de Amortização Constante<sup>12</sup>, SAM – Sistema de Amortização Misto<sup>13</sup>, SACRE – Sistema de Amortização Crescente<sup>14</sup>, SAA - Sistema de Amortização Americano<sup>15</sup>,

---

<sup>12</sup> “Essa característica de decréscimo em progressão aritmética do saldo devedor, da prestação e dos juros tem proporcionado a ilusão de que o sistema SAC se desenvolve na capitalização simples.” (SANDRINI, 2007, p. 148).

<sup>13</sup> “A denominação SAM origina-se de sua principal característica, que é constituir-se num misto entre o Price e o SAC, em que todos os componentes da planilha resultam da média aritmética desses dois sistemas, sendo, por conseguinte, todos esses componentes variáveis. Por consequência, os resultados das análises efetuadas nesses dois sistemas, em que ficou comprovado cientificamente que se processam sob o regime composto de capitalização, se aplicam totalmente ao Sistema SAM.” (SANDRINI, 2007, p. 196).

<sup>14</sup> “A denominação SACRE origina-se de sua principal característica, que é amortizar o valor do empréstimo de forma crescente, em progressão geométrica, cuja razão é o resultado do quociente entre uma amortização e a amortização anterior, exceto quando do recálculo do valor das prestações a cada doze meses e a última. O valor da prestação mensal inicial, a qual se mantém constante por 12 meses, é determinado de forma semelhante ao sistema SAC, ou seja, o valor da amortização constante mais o juro do primeiro período. Esse cálculo se repete a cada 12 meses, em que se utiliza o saldo devedor após o pagamento de todas as prestações mensais anteriores e o prazo remanescente. Esse sistema foi desenvolvido pela Caixa Econômica Federal, a qual vem aplicando em suas operações de financiamentos habitacionais. Considerando que o SACRE calcula o valor das prestações mensais conforme o SAC; porém, mantém o valor dessas prestações constantes a cada 12 meses, enquanto no SAC são decrescentes em progressão aritmética, quando do pagamento da última prestação deve ser realizado um encontro de contas para o zeramento do saldo, o que descaracteriza o SACRE como sistema de amortização. Como se depreende, esse denominado sistema possui características do SAC, que lhe empresta as condições para o cálculo e recálculo das



Como alternativa ao uso do Sistema Price de amortização, indica-se o Sistema de Prestação Constante – método de Gauss<sup>16</sup>, em que se utiliza de parcelas mensais sucessivas para pagamento da dívida, entretanto, os juros são calculados em progressão aritmética, de forma simples, sem que ocorra a capitalização indevida e onerosa<sup>17</sup>.

A outra forma de capitalização indevida que se pode citar é da ocorrência de amortização negativa, quando o valor pago pelo mutuário não é suficiente para a quitação das parcelas de amortização e juros, que ocorre em grande parte dos

---

prestações, e do Price, que mantém essas prestações mensais constantes a cada 12 meses. Por conseguinte, os resultados das análises efetuadas nesses dois sistemas, em que ficou comprovado matematicamente que se processam sob o regime composto de capitalização, se aplicam totalmente ao SACRE.” (SANDRINI, 2007, p. 200-201)

<sup>15</sup> “A denominação SAA não guarda nenhuma relação com a sua principal característica que é a liquidação de empréstimos por meio de prestações constantes e periódicas, adicionando o valor do empréstimo à última prestação. Por serem iguais ao valor dos juros periódicos, os autores, de modo geral, consideram as prestações como sendo os próprios juros, com a taxa de juros incidindo sobre o saldo devedor anterior, que não conteria juro devido e não pago, caracterizando o regime de capitalização simples. (...) A capitalização composta resulta caracterizada, devido ao surgimento de  $i^2$ , proveniente da incidência de juros sobre os juros existentes no saldo devedor anterior, devidos e não pagos. Essa relação é aplicável a qualquer sistema de amortização em que a taxa de juros incida sobre o saldo devedor.” (SANDRINI, 2007, p. 205-208)

<sup>16</sup> “A denominação Método de Gauss ao sistema de amortização que tem como principal característica a liquidação de empréstimos por meio de prestações periódicas e constantes se deve ao feito do matemático alemão Johann Carl Friedrich Gauss, tido como o descobridor da fórmula para determinar a soma dos termos de uma progressão aritmética, utilizada no desenvolvimento da fórmula para o cálculo das referidas prestações, quando da equivalência entre as prestações constantes e o valor do empréstimo, na data de vencimento da série de pagamentos. Esse sistema foi, pretensamente, desenvolvido, no regime de juros simples, com a equivalência sendo realizada na data do valor futuro, para liquidação de operações por meio de pagamentos periódicos, iguais e sucessivos, resultado do somatório dos encargos financeiros (juros) e da parcela de capital (amortização), que é crescente em progressão aritmética, com o intuito de substituir a Tabela Price, que se realiza no regime de juros compostos, com a amortização crescente em progressão geométrica.” (SANDRINI, 2007, p. 241)

<sup>17</sup> “Da mesma forma que o Sistema Price, esse sistema tem como principal característica a liquidação de empréstimos em prestações constantes, periódicas e postecipadas; entretanto, as amortizações evoluem em progressão aritmética, com a equivalência sendo feita a juros simples, na data do valor futuro (data focal  $n$ ), enquanto que no Price as amortizações crescem geometricamente, com a equivalência sendo, costumeiramente, feita na data do valor presente (data focal zero), a juros compostos. O argumento básico dos idealizadores desse sistema é que para o credor é indiferente receber o valor emprestado, com os juros devidos, em uma única vez ou em prestações periódicas e iguais. Nos dois casos, irá receber o valor emprestado, mais os juros devidos; pois, essas duas alternativas são equivalentes, no regime de capitalização simples.” (SANDRINI, 2007, p. 63)



contratos de mútuo do sistema financeiro de habitação, pela aplicação do Plano de Equivalência Salarial - PES, que garante ao mutuário que as prestações não serão reajustadas em percentual superior a sua variação salarial. (FIGUEIREDO, 2004, p. 57)

Ocorre que, com a prestação sendo corrigida somente quando aumenta a renda do mutuário (contratos regidos pelo PES), e em se tratando de altos índices de inflação (já que este tipo de contrato ocorreu até 1993, quando foi adotado o plano de comprometimento de renda – PCR, até o limite de 30% da renda do mutuário), corrigindo monetariamente o saldo devedor mensalmente, chega ao momento em que o valor da prestação é insuficiente para pagar os juros e amortizar o saldo.

Nestes casos, os bancos optam por quitar apenas os juros, ou apenas o principal. Quando opta pelo pagamento dos juros, o saldo deixa de ser amortizado, e devido a correção monetária ser alta, a dívida passa a crescer. Como os juros são calculados sobre o saldo devedor, temos que os juros passem a ser maiores, e com isso a amortização diminui. Assim, com o valor da prestação insuficiente para cobrir sequer os juros, a amortização passa a ser negativa. Ainda, quando a prestação não consegue sequer pagar os juros, temos a incorporação dos juros não pagos ao saldo devedor, aumentando a dívida e passando a sofrer incidência dos juros do mês posterior.<sup>18</sup>

Em Curitiba, existe a Vara Federal do Sistema Financeiro de Habitação, que prevê as seguintes soluções quando presente a amortização negativa: de priorizar o pagamento da amortização (assegurando a regra do art. 6º, c, da Lei 4.380/64<sup>19</sup>) ou

<sup>18</sup> “Porém o que ocorre quando o encargo mensal não se consegue quitar essa parcela “ideal” (amortização + juros)? O procedimento adotado tem sido o de cobrar os juros e reduzir a parcela de amortização prevista, com isso influenciando diretamente na equação que resultaria no “zeramento” do saldo. Mas porque o contrário não poderia também ser pertinente? Porque os juros que não alcancem esse percentual mensal “ideal” não poderiam eles, em vez da parcela de amortização, serem calculados em conta à parte? E o pior ocorre quando a parcela paga não é suficiente nem mesmo para a quitação desse percentual de juros: os juros impagos são adicionados à conta e, posteriormente, novos juros sobre eles são cobrados.” DURIGAN, Paulo Luiz. **SFH: A prática jurídica**. Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/artigos/sfh.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010. p. 25.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei nº 4.380 de 1964**. Artigo 6º. O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de venda, cessão ou promessa de cessão, ou empréstimo que



alternativamente garantir o pagamento de ambos quando possível (juros e amortização); e apurar os juros não pagos em separado, sendo corrigidos monetariamente.

Vê-se a seguir decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se deve montar quadro separado para cobrança dos juros quando da amortização negativa, sem que ocorra capitalização:

ADMINISTRATIVO. SFH. MÚTUO HABITACIONAL. REVISÃO. ANATOCISMO. SALDO DEVEDOR. A cláusula contratual que prevê a adoção do sistema de amortização Price deve ser cumprida, assegurando-se a capacidade das prestações gradualmente reduzirem o saldo devedor, conforme previsto pela tabela em referência. Os juros da amortização negativa não podem ser capitalizados em qualquer periodicidade, conforme orientação pacífica do STJ (v.g. REsp 919.693/PR), e Súmula 121 do STF, devendo comporem conta em separado, para pagamento ao final, corrigidos monetariamente segundo os índices de correção monetária do saldo devedor. (TRF4, Quarta Turma, AC 20047000042446-4, Rel. Des. Alexandre Gonçalves Lippel, j. 27/5/09, D.E.. 8/6/2009).

Dentre as opções de capitalização tratadas, temos que ressaltar que serão consideradas anatocismo quando a lei não permitir que ocorra a capitalização composta de juro. Ainda ocorrem ilegalidades nos contratos quando são cumulados encargos de mora e comissão de permanência, na utilização da taxa referencial como índice de correção monetária, entre outros. Entretanto, procurou-se tratar neste artigo dos casos de capitalização composta de juros, e quando será ilegal.

### 3 CAPITALIZAÇÃO DO JURO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O tema proposto à elaboração do artigo gera inúmeras interpretações pelos aplicadores do direito. É de conhecimento comum do povo que os juros sobre juros são ilegais. Cumpre ressaltar que nem sempre os juros compostos são ilegais, já que em determinados casos a lei permite a aplicação de capitalização dos juros.

---

satisfaçam às seguintes condições: (...) c) ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortização e juros.



Também deve-se esclarecer que o problema dos juros são apenas parte da ilegalidade que podem ocorrer nos contratos (em especial os bancários), entretanto, este será o enfoque principal do presente artigo.

A capitalização composta do juro ocorre na maioria dos contratos bancários, onde o banco empresta dinheiro para que o consumidor devolva o capital em prestações sucessivas, integradas pelo capital e juros, além da correção monetária ou comissão de permanência.

Pode-se ressaltar que os contratos bancários sempre são de adesão, ou seja, o consumidor apenas aceita as cláusulas nele expressas, sob pena de não conseguir o empréstimo.

Justamente pela obrigação das instituições financeiras em agir com a boa-fé contratual<sup>20</sup>, é que se torna possível a revisão dos contratos na esfera judicial, na tentativa de resguardar os direitos porventura transgredidos.

<sup>20</sup> O princípio da boa-fé (art. 422, CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé) deve ser interpretado como regra de conduta, oriunda de princípios gerais de direito. No ordenamento brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor trata a boa-fé como princípio base, que deve informar a relação de consumo criada entre as partes, limitando de certa forma a autonomia privada de contratar. Aqui, destaca-se também a função social do contrato (art. 421, CC: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato), onde o contrato deve oferecer mais que o enriquecimento de uma das partes, mas sim a satisfazer interesses legítimos da sociedade como um todo. Deve-se relativizar o interesse particular, em prol de um equilíbrio contratual, na tentativa de consagrar os princípios basilares constitucionais (da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da justiça e solidariedade, do desenvolvimento nacional e da justa distribuição de riquezas (art. 3º, I, II e III); da função social da propriedade (art. 5º, XXXIII); disciplina da ordem econômica pela valorização da justiça social, da dignidade do homem, (art. 170, caput, III, VII e IX); da defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V). Com a atenção destes princípios constitucionais, assim como o dever de lealdade e confiança recíprocas, na formação e execução de um contrato limpo, redigido de forma transparente, na busca de uma efetiva justiça contratual. Assim, o princípio da boa-fé objetiva, apresenta direito essencial do consumidor de ser informado sobre custos e condições de aquisição ou utilização de determinado serviço e/ou produto obrigação do fornecedor em atender tal previsão (art. 6º, III, CDC: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”). A autonomia da vontade deve ser limitada, no sentido de que o fornecedor, sempre economicamente mais forte que o consumidor (“Art. 4º, CDC: A política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”), tem o dever de respeitá-lo, observando o



Os Tribunais brasileiros têm entendido que a capitalização desregulada de todo e qualquer contrato gera um enriquecimento ilícito, como bem ressalta Nelson Abrão (2002, p. 92-93):

A capitalização desordenada e desenfreada dos juros tem sido uma das piores conseqüências que irradiam seus efeitos sobre o total devido... O princípio que secunda o anatocismo é desabridamente desrespeitado e serve algumas vezes de simulacro para a inserção de aspecto financeiro do empréstimo, onde procura a instituição financeira se assegurar na eventual falta de satisfação da obrigação a ser cumprida.

Para pôr cerce a essa prática que se difundiu com larga tendência, os Tribunais começaram a perfilhar o entendimento no sentido da vedação quanto à capitalização, porque se apresentava num efeito em cascata, alongando o valor da dívida e se traduzindo num verdadeiro enriquecimento sem causa justificadora.

Na maioria dos casos em que os bancos oferecem mútuos aos consumidores, ocorre a aplicação de anatocismo<sup>21</sup>, que torna excessivamente onerosa a relação de tomar capital emprestado.

Aqueles que levam vantagem indevida na situação tentam mascarar sob diversas formas a capitalização dos juros. Chamam por outro nome o cálculo utilizado (Tabela Price, SAC, SACRE, SAM, etc.), inventam novas fórmulas para calcular os juros, tudo para dificultar o entendimento do aplicador do direito, que, entretanto, deveria interpretar facilmente.

Os juros são simples ou compostos (capitalizados).

Quando os juros são calculados de forma simples, tem-se o capital multiplicado pelo percentual de juros e pela quantidade de tempo. A fórmula é linear.

---

princípio da boa-fé e da equidade contratual (art. 4º, III, CDC: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”

<sup>21</sup> “... o anatocismo manifesta-se ora sob a capa da cobrança de juros sobre juros, ora sob a rubrica de cumulação da correção monetária com a comissão de permanência, ora ainda sob a figura da multa extorsiva e outras formas, impondo ao tomador de dinheiro um ônus excessivo, que acarretará o enriquecimento ilícito do banco emprestador.” (GARCIA, 2000, p. 96)



Quando os juros são calculados de forma composta, não interessa qual seja a fórmula utilizada, será sempre exponencial, isto é, irá compor juros sobre juros.

É regra básica de matemática e de lógica. Se o juro não for simples será composto (capitalizado).

Ao aplicador do direito caberia utilizar a fórmula de cálculo simples do juro. Qualquer resultado diferente do encontrado é porque está sendo aplicado juro composto no caso em questão.

Aí seria só saber se a aplicação de capitalização do juro é legal ou ilegal.

Esta matéria é bem controvertida na jurisprudência, já que muitos aplicadores do direito não entendem muito de matemática e não gostam muito do assunto. Ocorre que a complicação social decorrente da má aplicação da lei ao caso concreto acarreta em insegurança jurídica, pois mesmo sendo caso de ilegalidade de capitalização dos juros, muitas vezes existem decisões judiciais contra a lei.

No sistema legal brasileiro é permitida a aplicação de juros compostos (capitalização) somente em algumas determinadas situações que a lei prevê, desde que sejam atendidos determinados requisitos.

Em regra, é vedada a capitalização do juro, exceto anualmente, por força do Decreto 22.626/33<sup>22</sup> (Lei de Usura), que proíbe a capitalização mensal dos juros, ou seja, os juros devidos pelo mês de empréstimo não podem integrar o capital do mês seguinte.

No mesmo diapasão o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 121, que prevê que “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”, isto é, nos casos em que a lei não permita a capitalização dos juros, mesmo que as partes tenham contratado expressamente esta capitalização, ainda assim será ilegal.

Entretanto, existem situações em que a lei permite a capitalização do juro em prazo inferior ao anual, como nas cédulas de crédito rural, industrial, comercial.

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933**. Artigo 4. É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.



Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça enunciou a súmula 93, a qual dispõe que “a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto da capitalização de juros”. Há que se ressaltar que nos “casos em que a possibilidade da capitalização dos juros é expressamente prevista (DL 67/67; DL 413/69; Lei 6.840/80), *ainda assim não se admite se não estiver expressamente pactuada!!!*” (MOTTA, 2001, p. 291); (com itálico no original).

Nestes casos, a capitalização deve ser contratada e, para periodicidade inferior a seis meses é necessária autorização prévia do Conselho Monetário Nacional (sendo que na maioria dos casos, os bancos não apresentam tal autorização quando solicitado em juízo, e como consequência não deve ser aceita a capitalização).

Ainda recentemente, foi criada a lei que institui a Cédula de crédito bancária (Lei 10.931/2004), que também autoriza a capitalização, desde que pactuada, conforme artigo 28 da lei:

Artigo 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

Em relação ao Sistema Financeiro de Habitação, mais recentemente foi criada uma Lei 11.977/2009 (Programa Minha Casa Minha Vida), que inseriu o artigo 15-A na Lei 4.380/1964, e prevê expressamente a possibilidade de capitalização dos juros nos contratos regidos pelo SFH.

Lei nº 11.977/2009

Art. 75. A Lei no 4.380, de 21 de agosto de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.”



Também temos em vigor a Medida Provisória 2170-36/2001, que foi editada anteriormente à Emenda Constitucional 32/2001, e só poderá ser revogada por outra Medida Provisória ou após votação no Congresso Nacional. Prevê a capitalização no artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º: Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

Esta medida provisória é muito criticada pela doutrina e jurisprudência, já que foi editada em detrimento de um processo legislativo natural perante o Congresso, sem conter o fundamento de “urgência e relevância”, necessários para se fazer uma Medida Provisória, e ainda de que a legislação sobre o Sistema Financeiro Nacional deve ser tratada em lei complementar, conforme artigo 192 da Constituição da República<sup>23</sup>.

Cumprido ressaltar que o Supremo Tribunal Federal também editou a súmula 596 que dispõe que “as disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.” Neste caso, o Supremo esclareceu que os juros oferecidos pelo sistema bancário não se restringiam ao limite de 1% ao mês, mas sim a um limite fornecido pelo sistema financeiro nacional, dirigido pelo Banco Central do Brasil<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Ressalta-se que a Medida Provisória nº2170-36/2001 já foi declarada inconstitucional em incidentes de declaração e arguição de constitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça do Paraná (nº 264.940-7/01, rel. Des. Edson Vidal Pinto, DJ 04/08/05.) e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (ApCiv 2001.70.00.004856-0, rel.Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 08/09/04). Ainda que existe uma ADI nº2316, perante o Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento, com 6 votos já proferidos, sendo 4 votos (inclusive do Relator Ministro Sydney Sanches) pela inconstitucionalidade da MP e 2 votos contra.

<sup>24</sup> Durante a década de 90, foi aceita a tese de que havia um limite constitucional da taxa de juros, limitada a 12% ao ano, conforme §3º do artigo 192 da CR, *in literis*: Art. 192 O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento



Neste ponto, deve-se expor que o Banco Central apenas apresenta uma média das taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras (a partir do ano de 1999), e não que impõe um limite para a taxa de juros.

equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) §3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. Entretanto, ficou estabelecido que a regra contida no § 3º do art. 192 da CR não era auto-aplicável, pois dependia de lei complementar, conforme *caput* do artigo. Em 2003, a Emenda Constitucional nº40, revogou o §3º do artigo. Assim como a limitação constitucional não foi aceita, a limitação da lei de Usura (Decreto 22.626/1933) também não foi aceita em relação às Instituições Financeiras (sumula 596 STF), bem como às operadoras de cartão de crédito (súmula 283 STJ: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura). Após o advento do novo código civil em 2002, passou a ser discutida a limitação da taxa de juros imposta pelo artigo artigo 591, *in verbis*: Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual. Em remissão ao artigo 406 (Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional), esclarece-se que há duas interpretações sobre esta taxa: ou de 1% ao mês, ou SELIC. Desta forma, o artigo 591 do Código Civil pode ser interpretado como uma imposição, de limite obrigatório à taxa de juros dos empréstimos, não podendo ultrapassar 12% ao ano ou SELIC, sob pena de serem reduzidos. Esta regra segue a mesma linha de raciocínio da limitação prevista na lei de Usura e no artigo 192 §3º da CR. Há precedentes desta limitação no TJ/PR que fundamenta sob dois aspectos: primeiro na função social do contrato (art. 421 CC) e aplicação do limite previsto no artigo 591 e 406 do CC: “Sempre entendi que o disposto no §3º, do art. 192, da Constituição Federal, por tratar-se de norma de eficácia contida não é auto-aplicável, ante a ausência de lei complementar, exigência contida no ‘caput’ do artigo, como as disposições do Decreto n. 22.626/33, contudo, o limite de 12% (doze por cento) ao ano fixado na sentença entendo ser razoável e que atende a função social do contrato porque, no item 6.3 do contrato, encontra-se consignado que ‘Sobre o valor adiantado incidirão encargos a taxa praticada pelo Banco...’ (...), deixando a oportunidade para que o apelante utilize de taxas a serem fixadas unilateralmente, o que fere os princípios da boa fé, da probidade e da função social do contrato previstos no Código Civil de 2.002, normas estas, sendo de ordem pública (parágrafo único, do art. 2.035, do Código citado), devem ser conhecidas de ofício, eis as razões pelas quais mantenho a sentença (Apelação Cível 204267-5, 2ªCC, extinto Tribunal de Alçada do Paraná, Juiz Relator Toshiharu Yokomizo)”. Entretanto, há precedentes no STJ que afasta esta aplicação, sob fundamento que não se aplica aos bancos, visto que se submetem ao regime da Lei nº4595/64. Por fim, quando ausente a contratação da taxa de juros, nos casos de contratos anteriores à 2003, a regra era do artigo 1063 do Código Civil de 1916: “serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada”. Após 2003 segue-se a linha de entendimento de aplicação do artigo 406 e 591 do CC/2002. Entretanto, reiteradas decisões tem destacado que neste casos de ausência de taxa estipulada, aplica-se a taxa média de mercado.



Coloca-se em questão que, com a autorização de capitalização pela MP nº 2170-36/2001 (ainda em vigor), e pela criação legislativa de uma Cédula de Crédito Bancário (que em tese pode ser qualquer tipo de contrato bancário), somado ao ponto de que quem estipula a taxa de juros são os próprios bancos, chega-se a conclusão de que o consumidor está fadado a aceitar as regras dos bancos.

Aqui entra o papel do Poder Judiciário, que não pode aceitar que determinadas condutas praticadas devam ser aceitas, quando contrárias à lei e aos princípios constitucionais.

Um grande problema é que a força das Instituições Financeiras é tão grande, que elas acabam fazendo com que seus interesses deixem de ser abusivas, tornando-se leis ou medidas provisórias.

Assim, chega-se a conclusão que, quando expressamente pactuada a capitalização dos juros (dentro dos contratos de adesão), será legítima sua cobrança, pois até o momento, está amparada pela força da Medida Provisória pendente de julgamento no Supremo, ou ainda, caso seja declarada inconstitucional a referida MP, podem os bancos simplesmente passarem a denominar todo e qualquer contrato que realizem de cédula de crédito bancário (Lei 10.931/2004), e então poderão continuar praticando a capitalização de forma legalizada.

Entretanto deve ser considerada qualquer forma de capitalização como afronta direta à constituição. A cobrança de juros sobre juros gera enriquecimento ilícito, e isto não deve ser aceito. Isto afronta diretamente o princípio basilar de nossa Constituição da República, a dignidade da pessoa humana.

O lucro é tido como prioridade em detrimento da própria pessoa humana. Em geral, o consumidor de crédito bancário é aquele indivíduo que não tem condições de adquirir seus bens com pagamentos únicos, já que grande parte é assalariada, isto quando não estão sobrevivendo da informalidade.

Regressamos aqui àquela velha luta de classes, onde quem tem dinheiro (banco) fica cada vez mais rico, e aquele que não tem dinheiro (indivíduo) está cada vez mais endividado.

Pode-se relacionar esta cobrança abusiva de juros, em grande parte protegida pelo ordenamento jurídico, senão quando protegida pelos tribunais, como



um dos fatores do superendividamento em massa que ocorre na população. Nas palavras de Claudia Lima Marques (2005, p. 1.230), “o superendividamento define-se, justamente, pela impossibilidade de o devedor-pessoa física leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas de consumo e a necessidade de o direito prever algum tipo de saída, parcelamento ou prazo de graça, fruto do dever de cooperação e lealdade para evitar a “morte civil” deste “falido” leigo ou “falido”-civil.”

A utilização de métodos de ganho de capital por parte das instituições financeiras, além dos limites legais e dos princípios básicos das relações de consumo, tratam de persuadir os consumidores a estarem sempre na mesma posição de submissão às vontades do capital.

Com isso, o papel do Judiciário na imposição de aplicação basilar do princípio da boa-fé objetiva como regulador dos contratos de consumo torna-se de grande importância e valia no contexto social-econômico, de distribuição mais igualitária das riquezas.

O princípio da boa-fé objetiva surge “como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa (...)” (MARQUES, 2005, p. 214), devendo ser imposto e “obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna” (MARQUES, 2005, p. 215).

Apesar de estar consagrada na Constituição da República a valorização da livre iniciativa (art. 170, CR/88), é da pessoa humana que se inicia o desenvolvimento e crescimento da sociedade. Primeiramente e antes de tudo deve-se resguardar a dignidade da pessoa humana.

Conforme assevera Marcio Mello Casado (2000, p. 39), “a boa-fé exerce função importante no trato dos chamados contratos de adesão, pois é justamente neste tipo de ajuste que costuma aparecer os maiores abusos, pelo fato de o aderente não ter o poder de alterar substancialmente o conteúdo contratual.”

Deve-se questionar se, apesar de a lei permitir que ocorra capitalização de juros em determinado caso, ainda assim, será que este era o real interesse do consumidor do crédito, que teve de aderir ao contrato da forma em que se encontrava.



A falta de boa-fé na realização dos contratos por parte das instituições financeiras leva o consumidor a uma situação de desconforto econômico, já que acaba tendo uma onerosidade excessiva.

O dever de informação, lealdade, clareza na estrutura dos contratos de adesão deixa de ser um interesse individual e passa a ser social, já que toda a sociedade está submetida às regras esculpidas em favor das instituições financeiras.

Assim, conclusão que não poderia ser mais bem expressada, a respeito da boa-fé objetiva, nas palavras de Claudia Lima Marques (2000):

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Já que muitas vezes não ocorre a boa-fé na execução dos contratos de crédito, a saída é a busca de uma equidade contratual, a ser revista na esfera judicial, na tentativa de recompor as perdas do consumidor, de maneira que sua intimidade e dignidade sejam respeitadas.

Assim, já que a revisão judicial de um contrato bancário de crédito pela aplicação de regras básicas de matemática, quanto à não aplicação de capitalização composta de juros fica obstada pela possibilidade legal de aplicar a referida capitalização, conforme exposto neste capítulo, uma solução apontada ao consumidor é a de questionar a onerosidade excessiva que lhe é imposta na contratação por adesão, requerendo a aplicação do código de defesa do consumidor, em busca do equilíbrio contratual.

É simples pensar que, apesar da legalidade da capitalização de juros quando atendidas os requisitos (como exemplo: a expressa contratação da capitalização), basta comparar os gastos finais de um contrato de crédito com aplicação de uma tabela price, por exemplo, em relação à aplicação de juros simples, e teremos a onerosidade excessiva em desfavor do consumidor.



Mesmo em se tratando de aplicação de juros simples, ainda assim, as instituições financeiras estarão tendo seu lucro resguardado. Ocorrerá apenas que não terão lucro dos juros sobre os juros.

Num país onde os bancos ditam as regras e estabelecem os limites de quanto vão cobrar de juros, alcançando uma das maiores taxas de juros mundiais, com os maiores lucros obtidos dentro de todo o mercado econômico, vê-se que a grande massa da população trabalha e produz, em troca de fornecer cada vez mais lucros aos grandes capitalistas.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a correta elucidação do instituto da capitalização do juro no ordenamento brasileiro é de grande valia para os operadores do direito, bem como para os interessados.

Pela perspectiva legislativa apontada, vê-se que as instituições financeiras conseguiram impor seus interesses, legalizando a capitalização de juros em período inferiores ao anual, congregando a todos os contratos em que fornecem crédito a possibilidade de aplicar suas fórmulas de capitalização composta de juros, lucrando assim, não apenas com os juros do crédito emprestado, mas também com os juros sobre os juros.

Já que legalmente aceita a capitalização composta de juros, desde que pactuada entre as partes, resta indagar se durante a contratação foram respeitados os princípios norteadores dos contratos, como da boa-fé objetiva, da lealdade, da transparência, dentre outros (especialmente os trazidos pelo CDC).

Da própria imposição do dever de boa-fé na contratação é que se abre a possibilidade de revisão judicial destes contratos, em busca do equilíbrio entre as partes.

Quando da utilização dos métodos de capitalização composta em relação à aplicação de juros simples, vê-se a onerosidade excessiva em que o consumidor é colocado (apesar de estar legalmente prevista, a capitalização ainda assim é prejudicial ao consumidor).



Esta imposição das instituições financeiras em aplicar juros compostos a todos seus contratos, está gerando um efeito de “superendividamento” em massa da população (neste artigo não foi tratado especificamente sobre a oferta de crédito desenfreada que ocorre na sociedade, entretanto deve-se ter a noção de que isto agrava ainda mais a situação global do superendividamento).

Que ocorre a capitalização nos contratos de crédito realizados entre consumidores e instituições financeiras, isto não é novidade (apesar de muitos ainda resistirem em aceitar a capitalização de juros nestes contratos). Ressalta-se que cada vez mais, métodos legislativos buscam legitimar esta ocorrida capitalização, em busca de lucros extras.

Entretanto, também não há como negar o prejuízo financeiro de toda a sociedade composta de trabalhadores que necessitam de crédito, já que inseridos neste ciclo vicioso de abusividades e não conseguem dele se retirar, não restando alternativa senão de recorrer ao Poder Judiciário, na tentativa de equilibrar esta situação.

Desta forma justificou-se o presente trabalho, apresentando as limitações legais da capitalização de juros no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo que apesar de por vezes estar legalizada a capitalização, ainda assim reflete em abusividade dentro dos contratos de consumo.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 8. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2000.
- DURIGAN, Paulo Luiz. **SFH: A prática jurídica**. Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/artigos/sfh.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Tabela Price & Capitalização de Juros**. Curitiba: Juruá, 2004.
- GARCIA, Izner Hanna. **Ilegalidade nos contratos bancários: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 2000.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



MOTTA, João Antônio. **Os bancos no banco dos réus**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Limite constitucional dos juros bancários**. 2. ed. Campinas: LZN, 2002.

SANDRINI, Jackson Ciro. **Sistemas de amortização de empréstimos e a capitalização de juros: análise dos impactos financeiros e patrimoniais**. Curitiba, 2007. 290 f. Dissertação (Mestre em Contabilidade) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná.

SANTOS, Ozéias J.; BARBOSA, Marco Antonio Delatorre. **Contra banco: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. v. 1. Leme: LED, 1999.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio; GOMES, Pedro Afonso. **A tabela Price é ilegal?** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=736>>. Acesso em: 22 set. 2010.



# O TRABALHO ESCRAVO E A(S) IDEOLOGIA(S) DOS DIREITOS HUMANOS E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM DESAFIO À FEIÇÃO SUBSTANCIAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>1/2</sup>

SLAVE LABOR AND THE IDEOLOGIES OF HUMAN RIGHTS AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY: A CHALLENGE TO THE SUBSTANTIAL FACET OF THE 1988 CONSTITUTION

“Ó marcha implacável das sociedades humanas!  
Perda de homens e almas ao meio do caminho!  
Oceano onde tudo some o que a lei deixa cair! Sinistra inexistência de auxílios!  
Ó morte moral.”

Victor Hugo, **Os miseráveis**.

*Jânia Maria Lopes Saldanha*<sup>3</sup>

*Márcio Moraes Brum*<sup>4</sup>

*Rafaela da Cruz Mello*<sup>5</sup>

## Resumo

Tramita atualmente no Congresso Nacional brasileiro a Proposta de Emenda à Constituição 438/2001, também conhecida como PEC do trabalho escravo, que visa a positivação constitucional da previsão de expropriação de propriedades onde for localizada exploração de trabalho escravo, no Brasil. O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos limites e possibilidades que a PEC representa para um real

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 22/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/07/2012 e 10/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Produção vinculada ao projeto de pesquisa “A Atuação da Jurisdição Brasileira e Regional no Processo Multidimensional de Desenvolvimento Humano no Contexto da Transnacionalização do Direito: Os Desafios da Policronia e da Assincronia”, financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq).

<sup>3</sup> Pós-Doutorado em andamento sob orientação de Mireille Delmas-Marty. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora do Curso de Mestrado em Direito e do Curso de Direito da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Advogada. E-mail: janiasaldanha@gmail.com

<sup>4</sup> Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista CNPQ. E-mail: marciombrum@gmail.com

<sup>5</sup> Acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista CNPQ. E-mail: rafaelacruzmello@gmail.com



avanço na proteção dos direitos humanos e na realização da reforma agrária no país. Para tanto, parte-se de um balanço histórico geral, apoiado em pesquisa bibliográfica, do tratamento dado a estas questões na prática jurídico-política brasileira, desde a colonização, relacionando-o com estudos sobre direitos humanos, ideologia e teoria política e econômica marxista, para contextualizar a PEC no atual período do movimento histórico. A partir disso, analisam-se algumas peculiaridades desta Proposta de Emenda Constitucional, que levam, finalmente, à conclusão de que esta não representa, para o atual momento histórico, um considerável avanço para a efetiva proteção aos direitos humanos e redução das desigualdades sociais do país.

**Palavras-chave:** Trabalho Escravo; Direito Humanos; Função Social da Propriedade; Constituição; Ideologia.

### Abstract

Currently being processed in the Brazilian National Congress Proposed Amendment to the Constitution 438/2001, also known as PEC slave labor, which seeks constitutional positivization forecast expropriation of properties where localized exploitation of slave labor in Brazil. The present work aims to study the limits and possibilities that the PEC represents a real breakthrough for the protection of human rights and the implementation of agrarian reform in the country. Therefore, part is a historical generally supported in literature, the treatment of these issues in legal practice-Brazilian politics since colonial times, linking it to human rights studies, ideology and Marxist political and economic theory to contextualize the PEC in the current period of the historical movement. From this, we analyze some peculiarities of this proposed constitutional amendment, which lead ultimately to the conclusion that this is not for the current historical moment, a considerable advance for effective human rights protection and the reduction of social inequalities country.

**Keywords:** Slave Labor; Human Rights; Social Function of Property; Constitution; Ideology.

## INTRODUÇÃO

Em 22 de maio de 2012, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 438/2001, oriunda do Senado Federal, que permite a expropriação de imóveis rurais e urbanos quando a fiscalização pública encontrar exploração de trabalho escravo. Esses imóveis serão destinados à reforma agrária ou a programas de habitação popular. Com a emenda, o art. 243 da Constituição Federal passará a vigorar com a seguinte redação:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012)



A PEC do trabalho escravo, como conhecida, foi aprovada em primeiro turno pela Câmara dos Deputados em agosto de 2004, após a ocorrência do assassinato de três auditores do Trabalho e de um motorista do Ministério do Trabalho em Unaí (MG), em 28 de janeiro daquele ano. Os quatro foram mortos após realizarem uma fiscalização de rotina em fazendas da região, onde haviam aplicado multas trabalhistas. Nove pessoas foram indiciadas pelos homicídios, incluindo fazendeiros<sup>6</sup>.

Casos de violência como este evidenciam a ousadia de fazendeiros na tentativa de ocultar o desrespeito à legislação trabalhista e as situações de trabalho análogo à escravidão em suas propriedades. Evidentemente, quem continua a obter benefícios da exploração de trabalho escravo o faz às escondidas, por violar o direito posto e o “consenso” moral vigente na sociedade de que tais práticas são inaceitáveis e repulsivas por ofender a dignidade humana.

O trabalho escravo contemporâneo no Brasil, diferentemente do modelo de escravidão moderna (caracterizada pela seletividade racial e pela redução da pessoa do escravo à mera mercadoria), apresenta-se basicamente das seguintes formas: a) há pessoas obrigadas a trabalhar de graça para pagar dívidas abusivas aos patrões; b) há pessoas em lugares isolados onde não há transporte para sair, e não há alternativa a não ser permanecer no local trabalhando; c) há desrespeitos tão graves à legislação trabalhista como jornada de 18 horas, falta de segurança, trabalho infantil, etc., que são equiparados ao trabalho escravo.<sup>7</sup> Em todos estes casos, geralmente, a permanência do empregado no trabalho se dá contra a sua vontade, sob ameaça, violência física e psicológica ou outras formas de intimidação<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Em 28 de janeiro de 2012, o crime, que ficou conhecido como Chacina de Unaí, completou oito anos sem julgamento dos acusados. Notícia disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1982>. Acesso em: 20 set. 2012.

<sup>7</sup> Sobre o tema, conferir entrevista intitulada “A cultura escravocrata permanece viva no Brasil e querem naturalizá-la”, concedida por Pedro Abramovay, disponível em <http://www.mst.org.br/node/13307>. Acesso em: 20 set. 2012.

<sup>8</sup> Notícias recentes sobre descoberta de casos de trabalho escravo em terras brasileiras: “Latifundiários são condenados por trabalho escravo no Pará”, disponível em: <<http://www.mst.org.br/node/13454>>. “Trabalhadores escravizados aplicavam agrotóxicos sem proteção em latifúndio”, disponível em: <<http://www.mst.org.br/Escravos-sao-resgatados-aplicando-agrotoxicos-sem-protecao-em-latifundio>>. “Empresários são condenados por trabalho escravo em Pernambuco”, disponível em:



Isso demonstra que após 124 anos da abolição formal da escravatura, não houve a eliminação total das práticas escravagistas no país<sup>9</sup>, o que é motivo suficientemente grave para a adoção de medidas mais enérgicas para a solução deste sério problema de violação de direitos humanos, como pretende consistir a PEC do Trabalho Escravo. Mas ao mesmo tempo é preciso questionar se esta pretensão – de eliminar a escravidão – não se trata de uma aspiração demasiado humilde para o período histórico atual. Indaga-se se já não seria hora de um avanço maior na reivindicação e proteção dos direitos humanos, incluindo neste rol, para além da vedação ao trabalho escravo, o imperativo do devido respeito integral às normas constitucionais e infraconstitucionais de direito trabalhista.

Neste ponto, inclusive, uma preocupação dos ruralistas em torno da PEC tem sido diferenciar o conceito de escravidão do de mero desrespeito à legislação trabalhista. Argumentam que o cumprimento parcial dos preceitos da CLT e da Constituição Federal no que toca às relações de trabalho configura mero desrespeito à legislação trabalhista e não trabalho escravo, o que afasta de imediato a aplicação do dispositivo da PEC nestes casos, para fins de responsabilização e expropriação da propriedade.

Tendo em vista essas considerações iniciais, a questão central deste trabalho será indagar sobre o real avanço, medido em possibilidade de efetividade prática, que a PEC do Trabalho Escravo representa para o Direito brasileiro. Para

---

<<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1133462-empresarios-sao-condenados-por-trabalho-escravo-em-pernambuco.shtml>. “Fazendeiro é denunciado por trabalho escravo”, disponível em: <<http://noticias.band.com.br/cidades/noticia/?id=100000529425>>. “Pecuarista e madeireiro do Pará são condenados por trabalho escravo”, disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2012/09/pecuarista-e-madeireiro-do-para-sao-condenados-por-trabalho-escravo.html>>. Todos os acessos: em 20 set. 2012.

<sup>9</sup> Hoje, porém, não há necessariamente o componente racial, característico da escravidão moderna, na escolha do escravo. Pesquisa feita pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstra que embora a maioria (81%) dos trabalhadores escravizados seja constituída de não brancos (dos quais 18,2% se autodenominaram pretos, 62% pardos e 0,8% indígena), os 19% restantes são de trabalhadores brancos (OIT, 2011). Ellen Meiksins Wood, sobre a questão, explica que embora a escravidão moderna tenha vitimado preponderantemente os negros africanos, nada há de automático na associação de escravidão com racismo. Na Grécia e na Roma antigas, por exemplo, “apesar da aceitação quase universal da escravidão, a ideia de que ela se justificava pelas desigualdades naturais entre seres humanos não era um valor dominante” e “a opinião mais comum parecia ser a de que a escravidão era uma convenção, ainda que universal, que se justificava simplesmente com base na sua utilidade”. (WOOD, 2011, p. 230)



tanto, primeiramente será analisada sua efetiva potencialidade para a proteção aos direitos humanos (Parte 1) e, a seguir, sua capacidade em vir a promover avanços práticos na realização da reforma agrária no país, a partir de expropriações com base no princípio da função social da propriedade (Parte 2). Esta divisão será feita apenas por questão metodológica e didática, vez que reforma agrária é também uma questão de direitos humanos, problemática que perpassa todo o trabalho.

## **1 A PEC DO TRABALHO ESCRAVO E (O DISCURSO D)A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A PEC 438/2001 é um dispositivo jurídico de proteção aos direitos humanos, pois tem como finalidade o combate às práticas escravocratas atentatórias à dignidade humana. Quanto a isso não há dúvida. Mas ao se questionar quais os objetivos reais, os fins últimos, e os efeitos desse (e de qualquer outro) discurso/mecanismo de proteção aos direitos humanos, a resposta não é tão simples e óbvia.

### **1.1 As teorizações sobre o discurso dos direitos humanos**

Para começar, há basicamente três principais formas gerais de entendimento sobre os direitos humanos: em primeiro lugar, o do senso comum, que vê na proteção aos direitos humanos o principal motivo de impunidade para criminosos. Defendem direitos humanos apenas para “humanos direitos”; em segundo lugar, o entendimento acadêmico, que refuta o senso comum e vê nos direitos humanos uma forma de proteção da pessoa contra os arbítrios do poder (político/econômico), e como meio de humanização das relações capitalistas; e, em terceiro lugar, a visão popular dos movimentos sociais e de alguns intelectuais de esquerda, que percebem nos direitos humanos uma excelente ferramenta anticapitalista, apesar de não desconhecer sua origem burguesa e sua serventia na legitimação moral e ideológica do sistema capitalista.

Esta terceira linha de entendimento tem influência marxista. Para Marx, de fato, os direitos humanos (e o direito como um todo), o Estado e a política são instituições da sociedade capitalista que servem à dominação de classe pela



burguesia. Ratificando esta ideia a partir do presente, Tarso de Melo (2011) sustenta que a afirmação histórica dos direitos humanos parece nunca ter estado na contramão do desenvolvimento do neoliberalismo, já que engloba um conjunto de medidas destinadas à redução dos efeitos sociais do sistema, mas não faz oposição ao foco central das violações.

Para Costas Douzinas, os direitos humanos, quando surgiram, no âmbito da tradição radical do Direito Natural, eram um fundamento transcendente da crítica contra a opressão e o senso-comum. Nos anos 1980, em diversos países europeus e asiáticos, os direitos humanos adquiriram mais uma vez o tom de dissidência, rebeldia e reforma. Depois, porém, “a redefinição popular dos direitos humanos foi abafada por diplomatas, políticos e juristas internacionais que se reuniram em Viena, Pequim e outras festanças dos direitos humanos a fim de reaver o discurso das ruas para os tratados, as convenções e os especialistas”. (DOUZINAS, 2009, p. 25) Conclui o autor, que “uma teoria dos direitos humanos que deposita toda a confiança em governos, instituições internacionais, juízes e outros centros de poder público ou privado, frustra sua *raison d'être*, que era precisamente defender as pessoas dessas instituições e poderes”. (DOUZINAS, 2009, p. 30)

Importante esclarecer, ainda, que os direitos do homem criticados por Marx são aqueles da declaração francesa de 1789, direitos de ordem individualista e dirigidos a um “homem abstrato”. Segundo Mészáros, para Marx os direitos humanos não seriam problemáticos por si próprios. O problema dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade está no contexto em que se originam, ou seja, são “postulados ideais abstratos e irrealizáveis” numa “sociedade regida pelas forças desumanas da competição antagônica e do ganho implacável, aliados à concentração de riqueza e poder em um número cada vez menor de mãos”. (MÉSZÁROS, 2008, p. 161)

Portanto, apesar do caráter ideológico (burguês) original, os direitos humanos podem servir como medidas eficazes a favor dos explorados e oprimidos e, ao mesmo tempo, como forma de denúncia das contradições e injustiças do sistema, enquanto as necessárias mudanças estruturais não acontecem. Importante, nesse sentido, as considerações de Mészáros acerca dos estudos marxistas sobre base econômica e superestrutura política e jurídica, os quais demonstram a



necessidade do sistema social em permitir uma autonomia relativa da superestrutura em relação à base, para não deixar que direito e política reproduzam de forma idêntica as suas contradições, e evitar, com isso, o desmascaramento imediato da dominação. (MÉSZÁROS, 2008)

Esta autonomia relativa da superestrutura oportuniza a radicalização – no sentido de ir à raiz – dos mecanismos de direitos humanos, e sua consequente utilidade para trazer à tona as contradições e injustiças do sistema, e para que possam, aos poucos, ir formando uma consciência social em torno da necessidade de mudanças estruturais. Para Melo, “o sentido da luta pelos direitos humanos é tornar e manter visível a tensão contraditória entre capitalismo e democracia, denunciando as limitações democráticas sobre as quais se sustenta a reprodução do capital e ‘afiando’ alternativas concretas para sua superação”. (MELO, 2011, p. 194)

A contraposição entre sistema capitalista e democracia – ou sua antítese estrutural, conforme Ellen Meiksins Wood (2011) – conduz automaticamente ao relacionamento do capitalismo ao autoritarismo, à violência, à opressão, à exploração. É justamente esse o grande potencial a ser explorado nos discursos/mecanismos de proteção aos Direitos Humanos, sem tirar é claro a importância dos seus fins imediatos e urgentes, como a libertação de trabalhadores em situação de escravidão.

## 1.2 Da teoria ao caso concreto da PEC do trabalho escravo

Porém, no caso específico da PEC 438, nota-se uma fragilidade enquanto meio de avanço na explicitação das contradições do sistema. Não se ignora o fato de que com a PEC admite-se a existência de trabalho escravo no Brasil – pois se não houvesse, não haveria necessidade desta medida legislativa. Este é motivo suficiente para indignação nacional, para a realização de campanhas de erradicação do trabalho escravo, etc. Mas a existência da escravidão, apesar de chocante, não é novidade para a sociedade brasileira. Além disso, o debate em torno da erradicação deste tipo de exploração humana tem ocorrido quase sempre desvinculado de uma crítica ao sistema político/econômico vigente, ou seja, pretende-se extingui-lo dentro do próprio sistema, sem a realização de nenhuma mudança estrutural. O resultado,



caso se consiga isto, será uma maior legitimação ideológica e fortalecimento de um sistema capitalista que se dirá “humanizado”, ou ainda, “exitoso em eliminar a escravidão de seu seio”.

Outro problema que a PEC suscita é o próprio conceito de trabalho escravo: quais os requisitos fáticos necessários para sua configuração? O Código Penal traz a seguinte definição para o crime de trabalho escravo: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (artigo 149 do CP).

Apesar de já existir tal definição de trabalho escravo em nossa legislação, a discussão de uma lei futura que defina o que é condição análoga à de escravo foi condição do acordo entre os parlamentares que viabilizou a votação da PEC. Inclusive já há um projeto tramitando na Câmara que define o conceito de trabalho escravo (PL 3842/12). A intenção era aprovar esse projeto junto com a PEC. Interessante observar que o PL retira os termos “jornada exaustiva”, “condições degradantes de trabalho” e “preposto” (o chamado gato) e inclui a necessidade de ameaça, coação e violência para a caracterização do trabalho escravo<sup>10</sup>.

Esta tentativa de alterar a definição de trabalho escravo, tornando-a mais restritiva e de difícil verificação prática parece pretender esvaziar de efetividade prática o dispositivo da PEC. Essa intenção pode ser percebida na declaração do deputado Luiz Carlos Heinze de que “essas questões constantes da PEC são trabalhistas e não de trabalho escravo. O assunto é puramente trabalhista”<sup>11</sup>. Percebe-se, com isso, a grande possibilidade de fracasso desta Proposta de Emenda Constitucional em sua aplicabilidade prática. Ela já nasce pouco pretensiosa, e vai sofrendo mutilações fragilizantes ao longo da tramitação.

<sup>10</sup> Conferir em “Câmara aprova PEC do Trabalho Escravo”, disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=&id\\_noticia=83848](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=83848)>. Acesso em: 20 set. 2012.

<sup>11</sup> Conferir em “Trabalhadores comemoram aprovação da PEC do Trabalho Escravo e ruralistas querem mudanças no Senado”, disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-05-22/trabalhadores-comemoram-aprovacao-da-pec-do-trabalho-escravo-e-ruralistas-querem-mudancas-no-senado>>. Acesso em: 20 set. 2012.



Ao invés de ficar limitada à disputa do conceito de trabalho escravo, uma verdadeira afirmação (radical) dos direitos humanos neste caso deveria avançar para a defesa da positivação jurídica da previsão de expropriação de terras para todo e qualquer caso de desrespeito à legislação trabalhista, por descumprimento da função social da propriedade. Dessa forma, a inobservância das disposições que regulam as relações de trabalho (art. 186, III, CF) deixaria de ser motivo de mera desapropriação por não cumprimento da função social e passaria a ser causa de expropriação do bem.

É notório que se, por um lado, existe na sociedade um consenso moral consolidado em torno do repúdio das práticas escravagistas (ninguém se atreve a defender a escravidão, mesmo que a pratique às escondidas), por outro, não há um consenso tão estabelecido em relação ao dever de cumprimento integral de todos os encargos trabalhistas pelos empregadores (muitos não hesitam em expressar sua discordância e insatisfação com “tantos direitos” assegurados aos empregados), sendo por isso bastante comum a existência de relações de trabalho juridicamente irregulares.

Porém, tendo em vista que os direitos trabalhistas estabelecidos em lei são compreendidos como os mínimos necessários para que o trabalhador possa desempenhar suas tarefas sem comprometer sua saúde e qualidade de vida, é forçoso concordar que o desrespeito a esses mínimos direitos configura situação de trabalho degradante, com prejuízo à saúde. Portanto, a realidade material (objetiva) de uma relação de “emprego” que viola direitos trabalhistas, sejam quais forem, não é de relação empregatícia (esta subentende a total observância das normas de direito do trabalho), e sim de um outro tipo de relação de trabalho com nível de exploração maior.

Encampar estas situações na luta pelos direitos humanos seria um real e considerável avanço para este século XXI, ao contrário da acanhada e vergonhosa mera pretensão de abolição da escravatura. A possibilidade de expropriação de terras por descumprimento de obrigações trabalhistas seria uma forma de radicalização da defesa dos direitos humanos, tornando-os uma ferramenta efetiva de transformação da realidade de opressão, exploração e concentração de riqueza no país.



Assim, abrir-se-ia espaço para um passo a mais no sentido de explicitar as contradições e injustiças do sistema e de ir formando consciência social em torno da necessidade de mudanças estruturais, quiçá da futura abolição das próprias relações (exploratórias) empregatícias e do salário, a partir de novas formas de relações de trabalho e organização da produção como as que se estabelecem, por exemplo, nas economias solidárias organizadas na forma de cooperativas de trabalho, das quais há inúmeros exemplos de sucesso (SANTOS, 2002).

## **2 A PEC DO TRABALHO ESCRAVO E (O DISCURSO D)A REFORMA AGRÁRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

O texto da PEC do Trabalho Escravo, que propõe a alteração do art. 243 da Constituição Federal, assim como a atual redação deste dispositivo, não faz menção explícita ao princípio da função social da propriedade, como o faz o art. 184 do mesmo diploma ao prever a desapropriação de bens que não cumpram tal função. Porém, não há dúvida de que a medida de expropriação das terras que contenham culturas ilegais de plantas psicotrópicas e exploração de trabalho escravo se justifica pelo não cumprimento da função social de tais propriedades. Nestes casos, inclusive, o seu descumprimento é mais gravoso ainda do que a inobservância dos requisitos do art. 186, inexistindo previsão de qualquer indenização ao proprietário.

### **2.1 O princípio constitucional da função social da propriedade e sua ideologia burguesa originária**

A função social da propriedade é definida pela doutrina do direito como um princípio jurídico. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a origem do princípio é controversa, mas é provável que tenha sido formulado por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, no início do século XX. Seria de Duguit a ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem cumprir, de forma que a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do indivíduo para se tornar a função social do detentor da riqueza. Assim, a propriedade implica para seu dono a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social, pois só o proprietário pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria. (GONÇALVES, 2012)



Adentrando mais profundamente na questão, Tarso de Melo, ao investigar os aspectos ideológicos do discurso jurídico quanto ao seu poder transformador da realidade social, utiliza como exemplo o preceito constitucional da função social da propriedade, revelando o modo ambíguo como tais previsões de transformação social participam da função do direito, estimulando e ao mesmo tempo limitando as reivindicações. Conforme o autor, o tema da função social da propriedade surge nas obras de Otto Von Gierke, Karl Renner e Léon Duguit, mas ele só foi introduzido definitivamente no debate jurídico a partir da Constituição de Weimar, de 1919, quando teve repercussão internacional com a carga do debate entre “direita” e “esquerda” sob o qual foi suscitado. Desde então, a função social da propriedade “é atacada, à direita, por *tocar* no sagrado direito de propriedade e, à esquerda, por *fingir tocar* no sagrado direito de propriedade”. (MELO, 2009, p. 67)

Para Pasukanis (1924, apud MELO, 2009, p. 68), um dos maiores críticos da funcionalização da propriedade, “a apresentação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social não passa de uma hipocrisia” e “[a burguesia] somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade porque elas não a comprometem em nada.” Nesse sentido, aventando-se a hipótese de que no Brasil todos os latifúndios cumpram os índices de produtividade determinados pelas autoridades competentes, enquadrando-se assim nos critérios da função social, não haverá desapropriação alguma para fins de reforma agrária. (MELO, 2009)

Assim, a realidade de cinco séculos de latifúndio da história brasileira, iniciada no período da colonização com a distribuição de sesmarias pela Coroa de Portugal, continua inalterável e juridicamente protegida. O latifúndio, responsável em grande medida pela enorme desigualdade social brasileira, concentra quase toda a riqueza do país nas mãos de poucos e condena a grande maioria à pobreza, à marginalização e à submissão às condições degradantes de trabalho. A luta por reforma agrária, portanto, é uma questão também de direitos humanos.

Porém, apesar do caráter ideológico (burguês) originário do princípio da função social da propriedade, isto não impossibilita o uso contrário deste instrumento, isto é, a serviço da luta popular contra-hegemônica. Da mesma forma que o discurso em prol da erradicação do trabalho escravo, o discurso da função social da propriedade e da reforma agrária assume um caráter de proteção aos



direitos humanos. E, assim sendo, detém o mesmo potencial de radicalização e denúncia das contradições do sistema.

## 2.2 O potencial contra-hegemônico do princípio constitucional da função social da propriedade

Boaventura de Sousa Santos observa que a atuação dos movimentos sociais inicialmente assentava-se numa leitura cética acerca do potencial emancipatório do direito e de descrença na luta jurídica. Pensava-se: se o direito é um instrumento da burguesia e das classes oligárquicas, e sempre funcionou a favor delas; e, se o direito só nos vê como réus e para nos punir, para quê utilizar o direito? (SANTOS, 2011)

Porém, num determinado momento, houve uma mudança de atitude. No caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), por exemplo, a criminalização das ações dos seus integrantes e a chegada dos conflitos de terra aos tribunais geraram a qualificação jurídica do movimento que, em contrapartida, passou a se valer das funções instrumentais, políticas e simbólicas do direito e dos tribunais também a seu favor. Após algumas vitórias em processos judiciais, o próprio movimento passou a ressignificar sua luta a partir do vocabulário jurídico, advogando por uma hermenêutica crítica e contra-hegemônica dos institutos jurídicos, apropriando-se de conceitos como o de função social da propriedade e denunciando as violações de direitos humanos subjacentes aos conflitos fundiários. (SANTOS, 2011)

É neste contexto que se verifica a emergência do que Santos denomina de legalidade cosmopolita ou subalterna. Segundo o autor, no âmbito da legalidade cosmopolita, uma coisa é utilizar um instrumento hegemônico, outra coisa é utilizá-lo de maneira hegemônica. Isto significa que é possível utilizar instrumentos hegemônicos para fins não hegemônicos sempre que a ambiguidade conceitual destes instrumentos seja mobilizada por grupos sociais para dar credibilidade a concepções alternativas que aproveitem as brechas e as contradições do sistema jurídico e judiciário. (SANTOS, 2011)

Os efeitos desse processo já se fazem notar na atividade interpretativa de alguns magistrados brasileiros. Eros Roberto Grau, por exemplo, assume uma



postura hermenêutica progressista do princípio da função social da propriedade. Segundo o autor, a propriedade dotada de função social justifica-se por seus fins, serviços e função. É a sua função que a legitima. Dessa forma, a propriedade que não esteja cumprindo sua função social não poderá ser objeto de proteção jurídica. Utilizando as palavras do autor, “já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social”. (GRAU, 2012, p. 337) Nesta linha de raciocínio lógico, Eros Grau termina por demonstrar que “não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, ‘propriedade’ desapropriável”. (GRAU, 2012, p. 337) Conseqüentemente, caso o Estado “desaproprie” esta “propriedade” e indenize o proprietário, estará havendo pagamento indevido e enriquecimento sem causa do “proprietário”. (GRAU, 2012)

Desse modo, em última análise, a propriedade é função social, ou *propriedade-função social*. Conforme Grau, o princípio da função social da propriedade “passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade” (GRAU, 2012, p. 246). Este raciocínio coerente demonstra a sutileza da linguagem das normas jurídicas, inclusive das constitucionais, que, sob uma aparência progressista e de compromisso com a justiça social, muitas vezes consistem, ao contrário, em ferramentas de manutenção do *status quo* social<sup>12</sup>. É o caso do art. 184 da Constituição Federal, que determina o pagamento de prévia e justa indenização ao “proprietário” desapropriado, ou seja, estabelece a realização de uma espécie de “compra”, pelo Estado, do bem que não cumpre sua função social, mantendo assim a concentração da riqueza nas mesmas mãos.

Portanto, um real avanço para a efetivação da justiça social no país seria a alteração desta norma constitucional (art. 184), retirando-lhe o termo “desapropriação” para inserir em seu lugar a previsão de *expropriação* do bem que

<sup>12</sup> Vale, neste sentido, mais uma reflexão do eminente Ministro do STF: “Não obstante tudo isso (as conclusões acerca da *propriedade-função social*), o § 4º do art. 182 e o art. 184 e parágrafos do texto constitucional invalidam a coerência da trilha de reflexão que palmilhamos. Essa contradição, de ordem conceitual, não é, no entanto, peculiar do nosso Direito. Não a justifica, embora a explique, o fato de expressar, ela também – a função social da propriedade – princípio ideologicamente comprometido com a preservação do instituto da propriedade privada dos bens de produção. Por isso mesmo é que seu pressuposto necessário é, precisamente, a propriedade”. (GRAU, 2012, p. 338)



não cumpre sua função social, não só para imóveis rurais, mas também para os urbanos. Ademais, conforme o artigo 186, inciso III, da Carta Constitucional, a função social é cumprida quando a propriedade atende, dentre outros requisitos, a “observância das disposições que regulam as relações de trabalho”. Logo, esta proposta de alteração do art. 184 abrangeria os fins da PEC do Trabalho Escravo, tornando-a desnecessária, e, para além disso, representaria um progresso jurídico muito mais significativo, pois visaria combater não só o trabalho escravo, mas todo e qualquer tipo de desrespeito à legislação trabalhista nas relações empregatícias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de se estar, após 124 anos da Lei Áurea, discutindo no Congresso Nacional e na sociedade medidas para a abolição da escravidão no Brasil demonstra a complexidade deste problema, que vai muito além de uma mera questão moral. A persistente existência do trabalho escravo no país possui conexão direta com o problema da concentração de terras, não só porque a realização da reforma agrária poderia evitar a necessidade de trabalhadores pobres submeterem-se a condições degradantes de exploração de sua força de trabalho<sup>13</sup>, mas também em função das causas político-econômicas comuns a ambos os fenômenos. De fato, os interesses que impedem a realização da reforma agrária são os mesmos que obtêm benefícios com a manutenção da existência do trabalho escravo: a maximização dos lucros obtidos a partir da propriedade privada e a reprodução do capital.

Para bem da verdade, o Direito, enquanto instrumento a serviço do Estado, pode pouco contra isso. Basta perceber que apesar da vasta legislação sobre reforma agrária que se tem no Brasil, *nunca* o Estado brasileiro se empenhou em efetivá-la. Todos os avanços na redistribuição de terras no país se deram sob pressão popular dos movimentos sociais do campo. (STÉDILE, 2011) Da mesma forma, a grande quantidade de regras e princípios constitucionais e de direito

<sup>13</sup> Conforme Eric Hobsbawm, “a impressionante desigualdade social na América Latina dificilmente pode deixar de ter relação com a também impressionante ausência de reforma agrária sistemática em muitos desses países”. (HOBSBAWM, 1995, p. 348)



internacional protetoras da liberdade e da dignidade humana não têm sido capazes de eliminar diversas formas de opressão e exploração do povo brasileiro, dentre elas a submissão a trabalhos forçados e degradantes.

Porém, esta realidade não retira a importância da existência de legislações progressistas para essas temáticas, pois é a partir de avanços legislativos no reconhecimento de direitos sociais e na positivação de direitos humanos que a pressão popular por mudanças reais tem mais força e legitimidade. Não será o Estado brasileiro, de livre e espontânea vontade – seja quem for que estiver a ocupar seus cargos estratégicos –, que promoverá avanços significativos na reforma agrária, na erradicação do trabalho escravo ou na melhoria das condições de trabalho para todos. Estas conquistas sempre foram e continuarão sendo conquistas do povo. Mas para isso precisa-se de armas adequadas, e uma delas é a existência de uma legislação progressista a seu favor.

Infelizmente, porém, a reflexão realizada neste trabalho levou à conclusão de que a Proposta de Emenda Constitucional 438/2001 não representa um considerável avanço neste sentido. Além de seu campo de eficácia limitar-se a casos de configuração de trabalho escravo, deixando de fora um amplo rol de outras formas de violações do direito trabalhista, há tentativa dos congressistas de alterar o próprio conceito de trabalho escravo, para deixá-lo mais restrito, acabando assim por anular qualquer possibilidade de eficácia real da Emenda Constitucional.

A afirmação radical (voltada para a raiz) dos Direitos Humanos, defendida neste trabalho, demanda a positivação jurídica da previsão de *expropriação* de terras para todo e qualquer caso de desrespeito à legislação trabalhista e conseqüente descumprimento da função social da propriedade. Para tanto, bastaria alterar a redação do art. 184 da Constituição Federal, substituindo o termo “desapropriação” por “expropriação” do bem que não cumpre sua função social. Esta modificação no texto constitucional tornaria desnecessária a PEC 438/2001, por abranger suas finalidades, além do que iria representar um progresso jurídico muito mais significativo para a proteção dos direitos dos trabalhadores no Brasil. Seria, portanto, um mecanismo radical de proteção aos Direitos Humanos a ser utilizado pelo povo em suas lutas históricas por reconhecimento e respeito a sua dignidade.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Lei e Outras Proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 26 dez. 2012.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 5.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MARX, Karl. **Sobre a Questão Judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MELO, Tarso de. **Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- MELO, Tarso de. Sobre Marxismo e Direitos Humanos a propósito do programa nacional de direitos humanos – PNDH-3. **Cadernos de pesquisa marxista do Direito** (nº 1 – 2011). São Paulo: Outras Expressões, 2011.
- MÉSZÁROS, Istvan. Marxismo e direitos humanos. *In*: **Filosofia, ideologia e ciência social**. Trad. Ester Vaisman. SP: Boitempo, 2008.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil**. 1º vol. Brasília: OIT, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- STÉDILE, João Pedro. **Questão Agrária no Brasil**. São Paulo: Atual, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. *In*: **Questões agrárias – julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002.
- WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. SP: Boitempo, 2011.



## A ASCENSÃO E QUEDA DO *LAW AND ECONOMICS*: UM ENSAIO PARA O JUIZ GUIDO CALABRESI<sup>1/2</sup>

THE RISE AND FALL OF LAW AND ECONOMICS: AN ESSAY FOR JUDGE GUIDO CALABRESI

Ugo Mattei<sup>3</sup>

### Resumo

Neste ensaio uso *Law and Economics* e raciocínio de eficiência no Direito como instrumento na tentativa de prever o destino da liderança dos Estados Unidos no Direito. Argumento que *Law and Economics* tem contribuído significativamente para a obtenção de hegemonia mundial pela pesquisa jurídica estadunidense, graças principalmente a trabalhos pioneiros, tal como aqueles de Guido Calabresi nos anos 60 e 70. Afirmo que aspectos posteriores do *Law and Economics* consumiram muito de seu inicial capital de prestígio e que o declínio da fase da análise econômica do Direito já está em bem em curso. Igualmente defendo que a queda do *Law and Economics*, dado a seu formalismo exacerbado, paroquialismo e centralização no ocidente, permite uma previsão mais geral do início da fase de declínio da pesquisa jurídica estadunidense no cenário global.

**Palavras-chave:** Law and economics; raciocínio de eficiência; teoria do direito

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 03/09/2012. Pareceres emitidos em: 17/09/2012 e 29/09/2012. Aceito para publicação em: 30/09/2012.

<sup>2</sup> Artigo intitulado: The rise and fall of Law and Economics: An essay for judge Guido Calabresi, originalmente publicado em Maryland Law Review, 2005, disponível em <[http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/27](http://works.bepress.com/ugo_mattei/27)>. Tradução de Rafael dos Santos-Pinto.

<sup>3</sup> Alfred and Hanna Fromm Professor do International and Comparative Law, U.C. Hastings; Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Torino. Este trabalho desenvolve ideias primeiro apresentadas no Encontro Anual da Associação de Economistas Italianos Públicos, realizada em Pávia, Itália, em outubro de 2003. Ele foi apresentado no Simpósio O Custo dos Acidentes de Calabresi: Uma Geração de Impacto no Direito e na Academia, Universidade de Maryland School of Law, abril 23-24, 2004, realizada em honra do juiz Guido Calabresi, quem tenho como mentor, amigo e modelo intelectual. Tenho proferido subsequentes versões deste trabalho em um workshop de faculdade na Universidade de Hong Kong; no Simpósio de *Law and Economics* organizado pela Ordem dos Advogados da França, ocorrida em Paris, França, em junho de 2004; no Fórum de Direito Comparado e Economia, realizado em Zurique, Suíça, em junho de 2004; nos workshops de faculdade da faculdade de Direito Universidade de Amsterdam (15 de março de 2005); e no Lefic, Escola de Administração de Copenhagen (17 de março de 2005). Devo agradecer todos os participantes destes eventos pelos seus comentários e críticas. Partes deste trabalho foram extraídas de: Ugo Mattei, A Theory of Imperial Law: A Study of U.S. Hegemony and the Latin Resistance, 10 Ind. J. Global Legal Stud. 383 (2003), e Ugo Mattei & Alberto Monti, Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance, 1 Global Jurist Frontiers, No. 2 Art. 4 (2001).



## Abstract

In this Essay I use law and economics and efficiency reasoning in the law as a proxy in attempting to predict the fate of U.S. intellectual leadership in the law. I argue that law and economics has significantly contributed to the attainment of worldwide hegemony by U.S. legal scholarship, mostly thanks to early work, such as that pioneered by Guido Calabresi in the 1960s and 70s. I claim that later aspects of the style and politics of law and economics have consumed much of its early capital of prestige, and that the decline phase of the economic approach in legal reasoning is well on its way. I further argue that the fall of law and economics, due to its overformalism, parochialism, and western-centrism, allows a more general prediction on the beginning of a decline phase of U.S. legal scholarship in the global scenario.

**Keywords:** law and economics; efficiency reasoning; legal theory.

**Sumário:** 1. Os Estados Unidos como contexto de recepção; 2. Hegemonia estadunidense e consciência jurídica mundial; 3. A ascensão do raciocínio de eficiência nos Estados Unidos; 4. Exportando o raciocínio de eficiência: Europa como contexto de recepção; 5. Paroquialismo, reinvenção da roda e o declínio do *Law and Economics*.

## INTRODUÇÃO

Neste ensaio uso *Law and Economics* e raciocínio de eficiência no Direito como instrumento na tentativa de prever o destino da liderança dos Estados Unidos no Direito. Argumento que *Law and Economics* tem contribuído significativamente para a obtenção de hegemonia mundial pela pesquisa jurídica estadunidense, graças principalmente a trabalhos pioneiros, tal como aqueles de Guido Calabresi nos anos 60 e 70. Afirmo que aspectos posteriores do *Law and Economics* consumiram muito de seu inicial capital de prestígio e que o declínio da fase da análise econômica do Direito já está em bem em curso. Igualmente defendo que a queda do *Law and Economics*, dado a seu formalismo exacerbado, paroquialismo e centralização no ocidente, permite uma previsão mais geral do início da fase de declínio da pesquisa jurídica estadunidense no cenário global.

No início deste trabalho devo deixar claro que o sucesso político de dado paradigma de teoria jurídica (tanto internamente quanto no exterior) deve ser visto como um fenômeno muito independente daquele do prestígio do dito paradigma. Por exemplo, formalismo legal (em suas variadas formas) tem sido (e em parte ainda é) a forma triunfante de raciocínio jurídico na arena da prática jurídica, muito depois de que seu prestígio intelectual começou sua fase de declínio. Similarmente, *Law and*



*Economics* pode ser intelectualmente muito prestigioso, mas ao mesmo tempo politicamente muito fraco (tal como durante a década de 80 na Europa), ou pode ser politicamente muito poderoso e intelectualmente fraco. Argumento que este último cenário é o caso hoje, em que as poderosas instituições de governança global (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional - FMI, Organização Mundial do Comércio - OMC) endossam (e compelem a) algumas das ideias notoriamente mais simplísticas da *Law and Economics*. Também, hoje poderosos esforços organizacionais (tal como a Associação Europeia de *Law and Economics*) produzem um clima de otimismo e autocongratulação que preclui que muitos dos pesquisadores do *Law and Economics* entendam o começo do declínio do seu prestígio internacional.

Também, de pronto, devo acrescentar que este trabalho só se reporta ao que pode ser dito o núcleo do consenso do *Law and Economics* como uma forma de raciocínio jurídico, o que considero ser a única versão relevante de *Law and Economics*. De certa forma, trato aqui da perspectiva predominante (*mainstream*), e não me preocupo com muitas das tentativas de mais ou menos sucesso ou influência de ir além do predominante. Perspectivas como *Law and Economics* comparado ou *Behavioral Law and Economics* são muito circunscritos para serem globalmente relevantes, e mais, eles muitas vezes não podem ser vistos como desafios genuínos ao núcleo do consenso<sup>4</sup>. Consequentemente, meu argumento central não pode ser refutado somente se mostrando amostras específicas de usos não paroquiais, não etnocêntricos, não simplísticos e não ideológicos da perspectiva econômica. O que se tornou uma indústria, perdendo a pungência crítica original, que propiciou sua ascensão como paradigma global de raciocínio jurídico, é o núcleo do consenso do *Law and Economics* e seus defensores.

Finalmente uma nota sobre meu método. Uma vez que uma das táticas mais difundidas para estabelecer hegemonia é tornar o *status quo* natural, como se

---

<sup>4</sup> Para uma variedade de análises, todas as quais considero variações ao mesmo consenso, veja Nicholas Mercurio & Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism* (1997) (propicia um panorama não crítico das escolas de pensamento dominantes nos movimentos do Direito e economia). Uma omissão significativa daquele estudo é a escola de pensamento *comparative law and Economics*, que é talvez a única quebra radical com o consenso geral. Não é nem mencionado nem discutido no livro. Para uma discussão aprofundada do *comparative law and Economics*, veja Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (1997).



fenômenos sociais não fossem produto da história mas uma epifania de uma natureza um tanto imutável das coisas, discutirei *Law and Economics* em um relativamente profundo contexto comparativo e histórico. Em outras palavras, começarei minha discussão muito antes de 1960, o ano estabelecido como do nascimento do *Law and Economics*, e compararei a presente situação de hegemonia legal dos EUA com momentos em que outros países, tal como França e Alemanha, foram hegemônicos na tradição legal ocidental. Existe a necessidade dos acadêmicos Estadunidenses entenderem que sua presente posição de prestígio internacional e vantagem científica não durará para sempre.

## 1 OS ESTADOS UNIDOS COMO CONTEXTO DE RECEPÇÃO

Em trabalhos anteriores delineei a estrutura fundamental do que chamo de “a *rule of law* profissional” e as razões históricas para a presente liderança intelectual dos EUA no cenário jurídico global<sup>5</sup>. A estrutura fundamental do Direito estadunidense tem se desdobrado para se tornar um sistema politicamente legitimado em que o poder direto do governo é contrabalanceado por um conjunto de controles profissionais (contramajoritários): um controle judicial e um controle acadêmico. Tal sistema é resultado de importações da Europa, digeridos e feitos espetaculares por meio de expansão nos EUA.

No início do último século, o Direito Estadunidense havia recebido da Europa, e digerido de uma forma genuinamente original, os componentes fundamentais de sua estrutura. A tradição *common law* inglesa transmitiu à antiga colônia o ideal de juízes como oráculos da lei e de um judiciário forte e independente como um sistema (*framework*) institucional no qual juízes podem realizar seu papel como guardiães dos direitos individuais. O Direito estadunidense tem desenvolvido este legado e o explicado ao ponto de inventar a “adjudicação constitucional” (*constitutional adjudication*), um feito que não foi cumprido mesmo pelo grande *Sir*

<sup>5</sup> Ugo Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L. 5 (1997) (explicando “the rule of professional law”); Ugo Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, 42 Am. J. Comp. L. 195 (1994) [depois Why the Wind Changed] (examinando a liderança dos EUA no Direito).



Edward Coke<sup>6</sup>. Juízes não só são oráculos da lei e líderes do sistema legal profissional, mas também tem poder de declarar, no processo de adjudicação, decisões políticas como inconstitucionais<sup>7</sup>. Em virtude de tal poder judicial ostensivo dentro do Direito estadunidense, a crença – já notada por Alexis de Tocqueville<sup>8</sup>, que qualquer problema político pode, mais cedo ou mais tarde, ser adjudicado por um tribunal – foi levada ao seu extremo nos julgamentos de Nuremberg, e possivelmente ao seu limite em *Bush v. Gore*<sup>9</sup>. Mais importante, os Estados Unidos inventaram uma ferramenta legal (adjudicação constitucional) que agora é parte da consciência jurídica mundial<sup>10</sup>.

A tradição do *Civil Law* também transmitiu aos Estados Unidos vários modos de pensamento que o Direito estadunidense esteve ocupado em expandir. Ao longo dos séculos dezanove e vinte a França demonstrou aos Estados Unidos a ideia de direitos individuais universais. Estes Direitos “negativos” (ou também ditos “direitos de primeira geração”) foram emoldurados na Constituição dos EUA, tão influente que foram à maioria dos *Founding Fathers*<sup>11</sup>. Não só foi o ideal universalista levado a seu extremo, como visto por, entre outros fatos, noções de uma jurisdição universal dos tribunais dos EUA na vindicação de tais direitos, mas direitos negativos, na falta

---

<sup>6</sup> Dictum de Coke's no caso *Dr. Bonham*, 77 Eng. Rep. 638 (K.B. 1610), é geralmente tido como o ancestral Inglês do conceito de *judicial review* delineado em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 100 (1971); Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review* 38 (1989). Lord Coke escreveu que: “em muitos casos, o *common law* irá controlar os Atos do Parlamento, e que algumas vezes pode julgar eles totalmente nulos: pois quando um Ato do Parlamento é contra o Direito comum, a razão, ou é repugnante, ou impossível de ser realizado, o *common law* irá controlá-lo e julgar tal ato como nulo”. *Dr. Bonham's Case*, 77 Eng. Rep. p. 652.

<sup>7</sup> Veja *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) at 178.

<sup>8</sup> Veja Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 115 (Arthur Goldhammer trans., Library of Am. 2004) (1835).

<sup>9</sup> 531 U.S. 98 (2000); see Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 *Colum. L. Rev.* 237 (2002). See generally Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 *Cal. L. Rev.* 1721 (2001) (dando uma discussão da decisão à luz da história jurídica).

<sup>10</sup> Uso o termo “consciência jurídica” (*legal consciousness*) no sentido de Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, 36 *Suffolk U. L. Rev.* 631, 634 (2003) [daqui em diante *Two Globalizations*].

<sup>11</sup> Para uma discussão recente e fascinante de seu credo e ideologia, veja Joseph J. Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation* (2000).



das noções substanciais de soberania e estatalidade desenvolvidas pelos Jacobinos, se tornaram limite genuíno à atividade redistributiva do Estado estadunidense. Noções de liberdade da intrusão governamental foram, de forma alguma, limitados à legiferação judicial da era Lochner<sup>12</sup>. Um forte limite a qualquer papel proativo do governo – exceto em áreas como militares e de defesa, nas quais rotineiramente ocorrem massivas transferências de riqueza – podem ser antevistas em noções de direitos (econômicos) inspirados pelo pensamento francês.

Ainda mais, a Alemanha transmitiu aos EUA uma de suas características contemporâneas fundamentais: a presença de instituições acadêmicas fortes e independentes que servem como um contrabalanço profissional ao processo político. Foi só porque o Direito foi considerado uma ciência, claro legado do historicismo alemão, que foi natural argumentar seu ensino em contextos universitários<sup>13</sup>. Em outra medida o Direito poderia ter se mantido uma questão prática, como continuou a ser na Inglaterra até depois da Era Vitoriana. Uma vez importada aos EUA, o sistema profissional alemão<sup>14</sup> tem se impulsionado pela proliferação de instituições acadêmicas, típicas a este lado do oceano. Hoje, faculdades de Direito estadunidenses (escolas profissionais com corpo docente que se consideram pesquisadores acadêmicos) são as únicas escolas do mundo que oferecem educação jurídica básica na graduação. Consequentemente, e paradoxalmente para um sistema baseado em “ensino profissionalizante”, o advogado estadunidense médio é exposto a mais anos de treinamento acadêmico que qualquer outro colega no mundo. Mais ainda, a academia estadunidense pode ser vista como a atual escola de graduação mundial de advogados – muitos advogados ambiciosos por tudo mundo completam sua graduação jurídica nos EUA<sup>15</sup>. O programa de

<sup>12</sup> Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>13</sup> Sobre o impacto do modelo profissional alemão nos Estados Unidos, veja James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 Yale L.J. 156 (1987).

<sup>14</sup> Veja Wolfgang Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, 39 Am. J. Comp. L. 229, 235 (1991) (descrevendo a crescente tendência de advogados europeus procurarem uma educação jurídica estadunidense).

<sup>15</sup> Veja generally Richard H. Fallon et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* (4th ed. 1996).



graduação é, portanto, outra ferramenta poderosa na difusão mundial do Direito estadunidense.

O Direito estadunidense nesta fase inicial não só importou da Europa, mas outras características fundamentais de sua estrutura podem ser vistas como reações originais contra modelos europeus de Direito. Entre estes, deve-se ao menos mencionar a constituição escrita – uma reação contra a natureza arbitrária do Direito Constitucional não escrito inglês – e, especialmente para os propósitos deste ensaio, o alto grau de descentralização – outra reação contra a natureza altamente centralizada do sistema de governo inglês. Descentralização é provavelmente o aspecto mais original da estrutura fundamental do Direito dos EUA<sup>16</sup>. Nenhum outro sistema legal no mundo desenvolveu um sistema totalmente federal tão completo e complexo quanto os Estados Unidos desenvolveram. A coexistência de um grande número de tribunais estaduais e federais fez de assuntos de jurisdição e escolha do Direito aplicável as preocupações do sistema legal profissional estadunidense desde seu início. Ainda mais, a natureza descentralizada do sistema torna natural se analisar problemas jurídicos à luz da pergunta fundamental: Qual das várias possíveis respostas legais que competem entre si é de fato a melhor? Estas questões novamente fazem natural que se comparem possíveis soluções jurídicas de uma perspectiva de eficiência<sup>17</sup>. Não surpreende que *Law and Economics* como uma análise jurídica calcada na preocupação com a eficiência emergiu nos anos 60, logo depois da Escola de Processo Legal de Harvard, a escola de pensamento cujo método era fundado na análise institucional comparada<sup>18</sup>. Mais ainda, e mais interessante para um estudo da expansão do padrão estadunidense de

<sup>16</sup> Veja Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* 28-29 (1994) (explicando a importância da análise institucional comparada como um componente do *Law and Economics*); Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law* 1 (1993) (notando que o sistema federalista do Direito societário estadunidense permite aos negócios escolherem qual estado tem estrutura jurídica que mais se minimiza os custos de se fazer negócios).

<sup>17</sup> Veja Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* 83 (1995) (observando que a ascensão e queda do *Law and Economics* coincidiu com o declínio do *legal process school* e a ascensão do *comparative and interdisciplinary legal analysis*).

<sup>18</sup> Veja Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (1996).



jurisprudência, as questões concernentes ao operador usual estadunidense (Qual tribunal tem jurisdição? Que direito se aplica?) são as mesmas questões na mesa de qualquer advogado avaliando um problema de relevância internacional<sup>19</sup>. Assim, na alvorada da globalização econômica, advogados americanos já gozam de uma cultura jurídica e discurso político que é mais amplo que seus limites jurisdicionais, e isto os faz mais bem equipados do que seus colegas estrangeiros para atacar problemas trazidos pela globalização econômica. Neste cenário, a “anexação” de mais uma jurisdição, onde quer que seja localizada, não muda particularmente o raciocínio do advogado estadunidense<sup>20</sup>.

A globalização da economia e a derrocada mundial do Estado ativista, crucial para o projeto neoliberal e começado nos anos 80 pela dita revolução Reagan-Thatcher, provou ser o ambiente incubador ideal para a ascensão do *Law and Economics* como o mais influente modo de pensamento jurídico mundial no desfecho da Guerra Fria<sup>21</sup>. Com economistas (conservadores) tomando conta do principal papel de criadores de leis tanto nos EUA quanto no estrangeiro, foi uma consequência natural que aqueles advogados (majoritariamente estadunidenses) foram capazes de iniciar diálogo com economistas, os mestres de uma ciência social hegemônica, assim gozando de importante vantagem<sup>22</sup>. De forma mais geral, e novamente em virtude de uma variedade de razões que estão além do limitado

<sup>19</sup> A própria estrutura do processo judicial estadunidense privatiza poder e atividade ao significativamente reduzir os aspectos do “domínio público” da litigação. Várias atividades dentro da litigação foram descritas como “oficiais” em sistemas jurídicos europeus, incluindo serviços de ajuizamento, cognição ou acareamento de testemunhas já são matérias privadas no Direito estadunidense. Rudolf B. Schlesinger et al., *Comparative Law: Cases, Text, Materials* 428, 448 (6th ed. 1998). Isto cria a base para o que tem sido recentemente chamado de “transplante de empreendedorismo”. See Jonathan M. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, 51 *Am. J. Comp. L.* 839, 849-54 (2003).

<sup>20</sup> Cf. Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (2002) (conferindo exemplos da exportação de instituições e práticas econômicas e jurídicas para países latinoamericanos).

<sup>21</sup> Veja em geral Robert D. Cooter, *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*, 29 *UCLA L. Rev.* 1260 (1982).

<sup>22</sup> Veja Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (1992) (discutindo o conceito de Hegel que o fim da história ocorreria com a adoção de uma democracia liberal como a forma de governo humana preferida).



escopo deste artigo, aumentou-se o prestígio do Direito estadunidense para os profissionais do mundo todo, de forma que a liderança intelectual dos EUA emergiu como um fato indisputável. Esta liderança durará? Neste ensaio, seguindo a parábola do *Law and Economics*, argumento que a fase de ascensão se encerrou e que a fase de declínio se inicia.

## 2 HEGEMONIA ESTADUNIDENSE E CONSCIÊNCIA JURÍDICA MUNDIAL

Enquanto, como demonstrado na primeira parte, as raízes da “naturalização” da forma estadunidense de raciocínio em uma Era Mundial podem ser encontradas muito atrás: a parábola do *Law and Economics* começa somente durante o coração da Guerra Fria chega a seu pico na década posterior à queda do Muro de Berlim, e, argumento, inicia seu declínio intelectual no começo do novo milênio, quando a liderança intelectual, política e moral dos EUA é questionada mundialmente com energia sem precedentes. A crescente resistência contra o neoliberalismo liderado por pesquisadores estadunidenses parece afetar muitos de seus intelectuais de maior relevância, incluindo advogados-economistas e outros comentaristas políticos, cujo papel, na ironicamente curta era do “fim da história”<sup>23</sup>, tem sido tentar tornar políticas conservadoras em uma tecnologia neutra.

Em geral, esta mudança paradigmática no raciocínio jurídico produzido pela *Law and Economics* como ataque fundamental à relação hierárquica entre o sistema jurídico e a atividade do mercado tem sido impulsionada pela globalização da economia, na qual as fronteiras dos mercados são cada vez menos limitadas por aquelas dos Estados. Em verdade, mercados hoje são instituições mais fortes que os próprios Estados, de forma tão intensa que os poderosos atores societários da economia global controlam o sistema jurídico, ao invés de serem controlados por ele.<sup>24</sup> Em virtude deste deslocamento de poder algumas “predições” do *Law and Economics* acabaram sendo muito corretas, o que serve como argumento positivo para o *Law and Economics* como análise realista. Não obstante, o prestígio na arena

<sup>23</sup> Veja Noreena Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy* 7-8 (2001).

<sup>24</sup> Hoje a literatura no *Law and Economics* como movimento intelectual é muito extensiva.



mundial do pensamento jurídico não é só o resultado do cinismo na descrição da “realidade” social, que presentemente, em análise próxima, parece ser ainda pior que os teóricos mais cínicos puderam imaginar. Um paradigma acadêmico no Direito deve propiciar algum julgamento de valor e o prestígio geralmente deriva dos méritos de sua crítica. Consequentemente, a ascensão e queda do *Law and Economics* deve também ser compreendido em termos de desenvolvimentos acadêmicos e modos de pensamento das teorias jurídicas na arena mundial<sup>25</sup>. Não existe forma de entender o impacto e prestígio de um movimento jurídico se nossa perspectiva é apenas local.

Por exemplo, acadêmicos do Direito Constitucional são sem dúvidas os “maiorais” nos EUA, uma vez que eles participam da atividade acadêmica de maior prestígio e gratificação. Não obstante, na arena mundial, apesar de fortes esforços políticos e institucionais de exportar as noções e ideias do constitucionalismo estadunidense por todo mundo, o Direito Constitucional é visto como um assunto intimamente doméstico, fazendo dos famosos acadêmicos do Direito Constitucional estadunidense – dominantes como são no ambiente acadêmico doméstico – figuras profundamente irrelevantes em perspectiva mundial. Para adquirir alguma influência, estes acadêmicos devem se reinventar como *experts* em Direito Comparado, ou como juristas generalistas, o que de forma alguma é o caso dos economistas (e *experts* em *Law and Economics*), que simplesmente fazem no exterior o que se ocupam em casa: discutem modelos abstratos com pouca preocupação com as complexidades da vida real. De forma mais geral, em um mundo que hoje é largamente privatizado, a arena mundial é reservada para os acadêmicos do Direito Privado, que é a área do Direito na qual se localizam a maioria das contribuições do *Law and Economics*.

Em razão da matéria deste artigo, minha preocupação é a influência do *Law and Economics* fora do seu nascedouro nos EUA. Também analiso um contexto que atraiu muita atenção na academia jurídica internacional: aquela de transplantes legais<sup>26</sup>. A recente onda de hegemonia jurídica estadunidense pode ser vista de

<sup>25</sup> Veja em geral Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2d ed. 1993). Watson explica que a teoria de transplantes jurídicos é um “movimento de uma regra ou sistema de Direito de um país a outro, ou de um povo a outro”. *Ibid.* p. 21.

<sup>26</sup> Veja Elisabetta Grande, *Imitazione e Diritto: Ipotesi Sulla Circolazione dei Modelli* (2000); see also P.G. Monateri & F.A. Chiaves, *Shifting Frames: Law and Legal “Contaminations,”*



forma mais clara (e é muito mais significativa) como uma mudança na consciência jurídica, ao invés de um padrão de transplante de regras legais. Recepção normativa é uma atividade altamente criativa<sup>27</sup>, e transplantes de normas seriam equivocadamente interpretados em sua natureza se fossem tidos somente como um exercício de importação/exportação<sup>28</sup>. É por esta razão que é importante se avaliar o impacto do *Law and Economics* como “inventado” nos EUA por Guido Calabresi e difundido pela forma simplificada de Richard Posner, dentro do mais amplo contexto histórico e transnacional de pensamento jurídico.

O pano de fundo institucional do Direito estadunidense propiciado pelo contexto profundamente original no qual a *Legal Process School* – o primeiro paradigma originalmente estadunidense de pensamento jurídico – desenvolveu sua análise nos anos 50<sup>29</sup>. Antes do *Legal Process*, movimentos acadêmicos nos Estados Unidos eram meras reproduções de modelos de pensamento Europeus, tal como o dogmatismo alemão (conhecido nos EUA como formalismo) ou jurisprudência sociológica (conhecido nos Estados Unidos como realismo jurídico). Uma vez que os EUA são o único sistema judicial federalizado do mundo, o Direito

---

in Introduction to Italian Law 21, 21-30 (Jeffrey S. Lena & Ugo Mattei eds., 2002) (analisando a importação de regras e instituições da França e Alemanha à cultura jurídica italiana). A literatura sobre transplantes jurídicos é agora bem extensiva.

<sup>27</sup> Considerando o Direito como uma mercadoria mecânica que pode ser importada e exportada como um aparelho de televisão ou um carro Land Rover é também uma estratégia de governança. Veja Ugo Mattei, Legal Pluralism, Legal Change and Economic Development, in *New Law for New States: Política del Diritto in Eritrea* 23 (L. Favali et al. eds., 1998). Veja em geral Laura Nader, *The Life of the Law: Anthropological Projects* 117-67 (2002) (examinando os processos hegemônicos do Direito nas épocas colonial e contemporânea).

<sup>28</sup> Para uma discussão das mudanças no pensamento atual do Direito Privado na Europa, veja Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture* (2001) (argumentando que acadêmicos europeus deveriam estudar os efeitos econômicos de diferentes regras de Direito Privado e promover uma regra em detrimento da outra se ela for mais eficiente). Para uma posição de maior nuance, entretanto, veja Mathias Reimann, *Droit Positif et Culture Juridique. L'américanisation du Droit Européen par Réception*, in *45 Archives de Philosophie du Droit. Américanisation du Droit* 61 (2001) (discutindo a americanização como uma mudança de mentalidade).

<sup>29</sup> A *legal process school* recebeu recente retomada de atenção graças à publicação de 1994 de seu livro definidor, Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994) (1958). Para uma análise que junta *legal process* e *law and Economics*, veja Komesar, nota supra 13. Anterior à *legal process school*, as raízes de tanto o formalismo jurídico quanto o realismo podem ser traçadas até a Europa. Veja Kennedy, *Two Globalizations*, nota supra 7, p. 637-40 (discutindo a globalização do pensamento jurídico europeu clássico).



estadunidense deve, então, se adequar a um número único de conflitos potenciais entre atores institucionais. Esta prática naturalmente força advogados a desenvolver uma consciência tremendamente sofisticada da importância prática de que decide o que em matérias de litígio<sup>30</sup>.

Dentro da cultura jurídica estadunidense o grau sem precedente de raciocínio antiformalista – devido a quarenta anos de domínio do realismo jurídico – demandou uma reação. Na Alemanha e França, os dois líderes e expoentes da tradição *Civil Law*, a jurisprudência sociológica (também conhecida como antiformalismo) nunca teve sucesso em ir além do status de corrente crítica do pensamento jurídico; ela mantém somente influência marginal fora da academia jurídica. Nos EUA, por outro lado, realismo jurídico tomou a liderança entre as análises legais nas universidades, e se tornou importante no judiciário e na administração estatal<sup>31</sup>. Como resultado, quando advogados estadunidenses começaram a interpretar seu papel de “criadores ocultos do Direito”<sup>32</sup> muito abertamente, eles experimentaram uma perda de legitimidade que enfraqueceu seu projeto profissional<sup>33</sup>.

Tentativas de reforçar aquela legitimidade e o projeto profissional dos advogados produziu a *Legal Process School* no Direito Público (lembre-se dos princípios neutros de Wechsler<sup>34</sup>), e *Law and Economics* no Direito Privado. Estes movimentos não tiveram modelos estrangeiros que os inspirassem e foram conseqüentemente invenções “genuínas” da academia estadunidense.

Se vista da perspectiva doméstica do Direito estadunidense, ambos *Legal Process* e *Law and Economics* dividem uma relação ambígua com formalismo e

<sup>30</sup> Com mais interesse, veja outras publicações “clássicas” sobre a *legal process school*, Hart and Wechsler's *The Federal Courts and the Federal System*. Fallon et al., nota supra 12; veja também Akhil Reed Amar, *Law Story*, 102 *Harv. L. Rev.* 688 (1989) (revisando Paul M. Bator et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* (3d ed. 1988)).

<sup>31</sup> Veja 2 Carlo Augusto Cannata & Antonio Gambaro, *Lineamenti di Storia Della Giurisprudenza Europea: Dal Medioevo All'epoca Contemporanea* (4th ed. 1989).

<sup>32</sup> Para ponderações sobre a hegemonia realista no Direito dos EUA, veja Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (1977), and Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American Law* 105-10 (1984).

<sup>33</sup> Veja Antonio Gambaro, *Il Successo del Giurista*, 106 *Il Foro Italaiano* 86 (1983).

<sup>34</sup> Uso o termo “projeto profissional” no sentido sociológico desenvolvido em Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977).



realismo. Existem, contudo, importantes diferenças estruturais entre os dois. Seria difícil imaginar o nascimento do *Legal Process School* fora do peculiar sistema federal dos EUA. Enquanto isto, devido à natureza do raciocínio econômico, a análise econômica do Direito tende a ser um paradigma universalista<sup>35</sup>. Como consequência deste distinto grau de especificidade local, somente *Law and Economics* se tornou uma forma hegemônica de consciência jurídica.

### 3 A ASCENSÃO DO RACIOCÍNIO DE EFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

Herman Oliphant, um líder do realismo jurídico, conclamou estudantes de Direito e advogados a sair das bibliotecas<sup>36</sup>. A biblioteca jurídica e os materiais jurídicos lá dentro foram por muito tempo todo o universo do advogado do ocidente. À tradição textual dominante no continente europeu ao menos desde a era dos glosadores, só muito limitada correção foi posta pela tradição do *Common Law*, independentemente de sua autorrepresentação como Direito “não escrito”. Christopher Columbus Langdell costumava dizer que opiniões de apelação, elas próprias uma forma literária, são as matérias-primas no laboratório do advogado-cientista<sup>37</sup>. Consequentemente, sair das bibliotecas foi de fato um programa revolucionário nos anos 30, porque advogados nunca verdadeiramente transitavam fora delas.

Para sair da biblioteca os advogados precisavam de guias. Karl Llewellyn, outro líder do realismo jurídico, bateu à porta do antropologista E. Adamson Hoebel

<sup>35</sup> Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).

<sup>36</sup> Veja Mattei, *Why the Wind Changed*, nota supra 2, p. 216 (demonstrando que “*Law and Economics* é ... uma tentativa de compreender forças que estão em jogo no Direito e não em um sistema jurídico em particular”).

<sup>37</sup> Veja Herman Oliphant, *The Public and the Law--The Three Major Criticisms of the Law and Their Validity*, 18 A.B.A. J. 787, 793 (1932). Oliphant afirmou:

Tais têm sido as tradições da pesquisa jurídica com que todos os estudantes de Direito tem amadurecido que, com tempo suficiente para revisar, quase todos eles provavelmente poderiam explicar a definição técnico-jurídica de roubo e com isso ganhar admiração geral da simetria e completude do desenvolvimento lógico que a pesquisa jurídica lhe conferiu. Mas se lhes fosse pedido para exemplificar algo como os limites do Direito Penal no controle de agentes de penhora como passíveis de serem acusados de receptação culposa de fruto de furto, ele poderia vasculhar bibliotecas interiras e ainda não ter resposta. *Ibid.*



para explorar as formas de “vida legal” fora das bibliotecas<sup>38</sup>. Muitos outros realistas, também, concordaram que não advogados eram precisos em faculdades de Direito para desenvolver paradigmas não textuais de pensamento<sup>39</sup>. Entre tais não advogados contratados nas faculdades de Direito podemos encontrar muitos dos fundadores do *Law and Economics*, incluindo os proeminentes economistas de Chicago Aaron Director e Ronald Coase.

Durante a era do realismo triunfante alguns advogados, ao invés de escolherem economistas como coautores, preferiram uma participação direta no conhecimento econômico. Entre estes pesquisadores que se equipavam para se aventurarem sozinhos, por meio das bibliotecas, encontra-se o verdadeiro criador da *Law and Economics*: Guido Calabresi.

Advogados, de certo, não se limitaram a usar seus guias para jornadas intelectuais fora do raciocínio textual. Nem todos eles, contudo, estavam a (à) procura de perspectivas críticas para contrariar o *status quo* do Direito, e buscaram, com a ferramenta da economia, melhores perspectivas para observar os “lugares escuros”<sup>40</sup>. Muitos advogados, particularmente aqueles de maior tendência política conservadora, sentiram que décadas de realismo jurídico dominante requeriam uma reestruturação da legitimidade do advogado como projeto profissional. O Direito, como uma construção fundamentalmente conservadora, necessitava de uma reestruturação para retomar alguma objetividade, se pesquisadores do Direito e juízes fossem manter ocultos seu papel como criadores do Direito. Para considerar o Direito como a atividade daquele que decidiu por último, como os realistas consideravam, expõe a profissão jurídica ao seguinte desafio fundamental: se o Direito é tão tendencioso quanto as preferências políticas daquele que profere a decisão, então porque ele deve ser um advogado profissional ao invés de um político, médico ou comerciante de carros?

<sup>38</sup> G. Edward White, *The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880- 1910*, 78 *Colum. L. Rev.* 213, 220-22 (1978). Sobre Langdell e a crítica realista, a leitura mais interessante e vívida ainda é, em minha opinião, *The Ages of American Law* de Grant Gilmore. Veja Gilmore, nota supra 29, p. 42-48. Para uma mais recente e longa narrativa dos eventos intelectuais em torno do desenvolvimento do realismo jurídico, veja Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (1992).

<sup>39</sup> Nader, nota supra 24, p. 85-101.

<sup>40</sup> Veja Gilmore, nota supra 29, p. 87-88.



Na jurisprudência ocidental a ciência tradicionalmente serviu o propósito de explicitar o papel especial de advogados como aqueles que proferem as decisões, a despeito da sua falta de legitimidade política. Mas se a metáfora de biologia e geometria, muito cara a Langdell e seus seguidores formalistas<sup>41</sup>, não pode mais servir este propósito, “ciência social” agora daria conta<sup>42</sup>. E entre as ciências sociais a soberana, de fato, era a economia<sup>43</sup>. Richard Posner é associado a esta contribuição fundamental – salvando a profissão de advogado das consequências de ser muito “cândido”<sup>44</sup>.

Assim, a economia pode fornecer um bom guia fora da letra negra da lei e uma nova e forte fonte de legitimidade. Afinal, economistas estavam focados em incentivos e incentivos significavam focar no comportamento dos recipientes dos preceitos legais. Desta forma algo começou a acontecer fora e para além dos textos legais. Economistas, além disto, enquanto trabalhavam na teoria da escolha pública estavam eles próprios focando em algo fora do texto. Estes economistas se preocupavam com a produção das normas, com a legiferação, o processo determinante do conteúdo legal (v.g. procura por renda)<sup>45</sup>. Enquanto tradicionalmente os advogados – incluindo realistas estadunidenses como advogados fundamentalmente positivistas – focavam na norma e nos preceitos como eles são (ou deveriam ser), economistas, por contraste, defendiam que o foco deveria ser retornado ao que era antes (escolhas públicas) depois (comportamento de reação a incentivos) do preceito legal. Estes economistas argumentavam que o foco deveria ser no processo de consequências sociais do desfecho de tal processo<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 180 (1982) ( “Como pesquisador, é meu trabalho olhar em locais escuros e tentar descrever, tão precisamente como posso, o que vejo”).

<sup>42</sup> Gilmore, nota supra 29, p. 42.

<sup>43</sup> Ibid. p. 87-88.

<sup>44</sup> Cooter, nota supra 18, p. 1260-61.

<sup>45</sup> Um advogado de Chicago sem treinamento formal em economia, Richard Posner, mais tarde se tornando juiz federal de apelações, começou a inundar sua pesquisa jurídica com sua tremenda produtividade do início dos anos 70. Seu livro, *Economic Analysis of Law*, é considerado um clássico na disciplina. Veja Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed. 2003) [Daqui em diante *Economic Analysis*].

<sup>46</sup> Veja James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962) (descrevendo a teoria da escolha



Quanto à legitimidade, manuais de economia predominantemente continuam retórica baseada em ciência e objetividade<sup>47</sup>. O inicial sucesso do raciocínio de eficiência no Direito pode ser então justificado com base em dois fatores: 1. uma vez que o foco é no processo, então qualquer um aceitaria que o processo deveria ser eficiente; e 2. eficiência se dizia objetiva, um elemento essencial na estratégia de legitimação<sup>48</sup>. Enquanto a justiça é o domínio dos sentimentos subjetivos, eficiência é o domínio da objetividade, já que ela oferece poucos e bem explicitados conceitos<sup>49</sup>.

Economistas também tinham seus próprios planos, então *Law and Economics* não só servia as necessidades e curiosidade de advogados, mas daqueles economistas também. E aqueles planos, mesmo para os economistas, era comum a ambos conservadores quanto progressistas. Os economistas de mente mais aberta, tal como Ronald Coase no início de sua carreira, acreditavam que a segregação disciplinar entre disciplinas de economia e Direito era absurda<sup>50</sup>. Afinal, anteriormente Direito e economia não eram nem disciplinas separadas, como provado pelo fato que o fundador da economia moderna, Adam Smith, foi professor de *jurisprudence*<sup>51</sup>. Foi só o positivismo, uma análise que tinha conquistado ambas as disciplinas no século dezenove, que quase paradoxalmente criou a impossibilidade cultural de comunicação entre elas.

Para os economistas o positivismo significou a plena separação entre fatos e valores, em o ser e dever-ser, entre discursos positivos e normativos<sup>52</sup>. Economistas simplesmente não podiam mais se comunicar com advogados dada a constante

---

coletiva); Jonathan R. Macey, *Public Choice and the Law*, in 3 *The New Palgrave: Dictionary of Economics and the Law* 171 (Peter Newman ed., 1998).

<sup>47</sup> A teoria da escolha pública estava ensinando a mesma lição que a *Legal Process School* de Harvard.

<sup>48</sup> Veja Deirdre N. McCloskey, *The Rhetoric of Economics* (2d ed. 1998).

<sup>49</sup> Minha explicação destes dois fatores que denotam o inicial sucesso do raciocínio de eficiência no Direito é desenvolvido em Mattei, nota supra 1, p. 20-22.

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 4 (“Só existem algumas noções de eficiência aceitas pelo paradigma econômico estabelecido ... e existem tantas noções de justiça quanto indivíduos julgadores (nota de rodapé omitida).

<sup>51</sup> v.g., R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 31 (1988).

<sup>52</sup> Mattei, nota supra 1, p. 41-42; see Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics (Robin Paul Malloy & Jerry Evensky eds., 1994).



confusão de níveis de discurso que caracterizam os argumentos dos advogados sobre a justiça. Os poucos economistas, tal como Thornstein Veblen ou John Commons, que tentaram ultrapassar o positivismo econômico mantendo um diálogo com advogados e instituições, focam em questões de distribuição naturalmente inseridas nestes dois domínios<sup>53</sup>. Consequentemente, eles foram acusados de socialismo e marginalizados pela ortodoxia econômica<sup>54</sup>.

Para advogados, pelo contrário, positivismo significava separação total do domínio do Direito do da moralidade, política, sociedade e tudo o que é considerado “fora” daquilo que as autoridades colocam como lei<sup>55</sup>. Positivismo significava, em termos kelsenianos, uma teoria pura do Direito. Nesta perspectiva economistas foram treinados por seus constantes discursos de política para algo além da ideia de sistema legal puro<sup>56</sup>.

Esta separação de advogados e economistas causou grandes problemas que ficaram muito visíveis quando a crise do óleo de 1970 nos obrigou a repensar algumas prioridades. No lado dos economistas, o Estado de Bem-estar tinha sido construído com pouca atenção ao impacto econômico de suas regulações, assim quando chega a crise do óleo sua sustentabilidade começa a ser criticada com cada vez mais sucesso, particularmente na Inglaterra e nos EUA. No lado dos economistas, as políticas keynesianas, tão cruciais na recuperação da depressão dos anos 30, foram desenvolvidas sem consideração para a estrutura legal de sua implementação, em particular quanto a anatomia das forças da estrutura legal e burocrática capaz de defender, por meio de um complexo padrão de resistência, qualquer macrorreforma.

Consequentemente, enquanto alguns economistas estavam ansiosos para melhor compreender o panorama jurídico, superando assim os custos de décadas de incomunicabilidade, outros economistas, atacando as políticas keynesianas,

---

<sup>53</sup> Mattei, nota supra 1, p. 6-11; veja também Avery Wiener Katz, *Positivism and the Separation of Law and Economics*, 94 Mich. L. Rev. 2229 (1996).

<sup>54</sup> Veja Mark Blaug, *Economic Theory in Retrospect 700-03* (5th ed. 1997) (discutindo a economia institucional e as contribuições de Veblen e Commons).

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 702-03.

<sup>56</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law 1* (Max Knight trans., Univ. of Cal. Press 2d ed. 1967) (1934).



estavam conclamando a estrutura legal do direito de propriedade. Aqueles economistas também estudaram o processo político por meio de um modelo da escolha pública como forma de reclamar para a microeconomia o que o keynesianismo havia transferido, provavelmente sem sucesso, na política macroeconômica<sup>57</sup>. Teóricos da escolha pública, monitorando as distorções do processo político (em particular aqueles de legislação e regulação), estavam encontrando seus aliados naturais nos trabalhos iniciais dos apologistas da tradição do *common law*, tal como Richard Posner. Uma aliança desenvolvida em nome da eficiência e objetividade, onde questões de distribuição e justiça, tão cruciais para ambas as análises de Guido Calabresi e o legado realista do *New Deal*, simplesmente foram deixadas para trás<sup>58</sup>.

*Law and Economics* não teria galgado um papel de dominância mundial se ele não tivesse sido impulsionado, começando nos anos Reagan, por uma plena agenda política e uma indústria real, capaz de inundar de dinheiro qualquer movimento que desse prestígio cultural à desregulamentação e qualquer outra política reacionária daquela época. É prova suficiente observar a recepção morna do movimento *Law and Economics* na Europa para se entender a que ponto os advogados estavam dispostos a resistir o ideal de eficiência em nome de justiça e distribuição<sup>59</sup>. Mas a multiplicação de prestigiosas cátedras de professores de Direito, acompanhadas de repartições e bolsas de pesquisa, tal como na academia dos EUA (a escola de graduação mundial), gerou uma receita certa para o sucesso global<sup>60</sup>.

Com certeza não desejo explicar todo fenômeno político e social como determinado por forças e incentivos. Certamente é verdade, não obstante, que para jovens acadêmicos estadunidenses que graduavam-se no início dos anos 80 era uma escolha profissional muito mais inteligente estudar *Law and Economics* do que,

<sup>57</sup> Veja id. ("The Pure Theory of Law is a theory of positive law... It is a science of law (jurisprudence), not legal politics.").

<sup>58</sup> Macey, nota supra 43.

<sup>59</sup> Veja Francesco Pulletini, *Quante Analisi Economiche del Diritto? Riflessioni su Yale e Chicago*, 1 *Mercato Concorrenza Regole* 139 (2003).

<sup>60</sup> Veja R. Cooter & J. Gordley, *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 261, 262 (1991).



digamos, Direito Comparado. Não obstante, existem também outras razões. Na literatura comparada, por exemplo, tem sido apontado que o sucesso de um paradigma acadêmico do Direito é conexo com sua aparente fácil adaptabilidade em diferentes contextos, o que é predominantemente devido a formas mais ou menos marcadas de universalismo. Alan Watson, por exemplo, tem oferecido evidência da larga difusão de compêndios e outros manuais de ensino como as *Institutas de Gaio*, ou os comentários de Blackstone<sup>61</sup>. Os mesmos indícios emergem da comparação da taxa de difusão do simplíssimo Código Napoleônico em relação à linguagem tecnicamente sofisticada e complexa do Código Civil Alemão, o *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>62</sup>. Mais geralmente, tem sido observado que quanto menos a análise é positivista e específica ao contexto, mais ela circula<sup>63</sup>; e outras características estéticas do Direito – como autorretratos de alto grau de avanço ou ambiguidade – têm sido utilizadas para explicar a difusão de ideias jurídicas<sup>64</sup>. Muitas destas características servem à análise econômica do Direito. Relativa simplicidade, ambiguidade política<sup>65</sup>, clima de autocongratulação, não positivismo (no sentido jurídico) e universalismo são todas características do *Law and Economics* tal como exportadas pelos “compêndios” como de Posner ou Polinsky<sup>66</sup>.

Historicamente a forma que um novo, politicamente forte, paradigma de pesquisa consegue tomar uma posição de liderança em uma pluralidade de contextos culturais, é geralmente fazendo análises anteriores parecerem obsoletas e primitivas. Por exemplo, exegese francesa tem sido considerada obsoleta há muito

---

<sup>61</sup> Por exemplo, milhões de dólares foram doados pela Fundação conservadora John Olin para o desenvolvimento dos centros de pesquisa de *Law and Economics* em algumas das mais prestigiosas universidades dos EUA, como Harvard, Yale, e Berkeley. Veja, v.g., Press Release, Harvard Law School, Harvard Law School Receives \$10 Million Grant from John M. Olin Foundation (May 19, 2003), at [http://www.law.harvard.edu/news/2003/05/19\\_olin.php](http://www.law.harvard.edu/news/2003/05/19_olin.php).

<sup>62</sup> Alan Watson, The Importance of “Nutshells,” 42 Am. J. Comp. L. 1 (1994).

<sup>63</sup> Mattei, Why the Wind Changed, nota supra 2, p. 201-03.

<sup>64</sup> Veja *ibid.* p. 195-96 (colocando “um relacionamento inverso entre a liderança do Direito ocidental e o grau de positivismo e localismo em dada cultura local”).

<sup>65</sup> Grande, nota supra 23; Anna di Robilant, The Aesthetics of Law, 1 Global Jurist Advances, No. 2, Art. 1 (2001).

<sup>66</sup> Este aspecto é enfatizado por Duncan Kennedy como chave para entender a difusão de ideias jurídicas: teorias jurídicas e movimentos podem globalizar com sucesso se eles são politicamente ambíguos e, portanto, adaptáveis a novos contextos. Kennedy, Two Globalizations, nota supra 7, p. 634.



tempo por aqueles que subscrevem a muito mais elegante e científica análise alemã-pandectística<sup>67</sup>. Também pode ter sido o caso da “análise social” de inspiração franco-alemã, que foi propagandeada como um passo adiante à civilização em comparação com o anterior individualismo da era Lochner<sup>68</sup>. *Law and Economics* certamente utilizou esta estratégia para dominar um papel mundial ao oferecer um modelo expansivo e universalista que se expressa em inglês (a nova *língua franca*), que mantém um diálogo aberto com economia (a rainha das ciências sociais) e que afirma ser a nova ordem jurídica natural da Era Global. O ordenamento jurídico assim proposto, aquém de ser politicamente legitimado, recebe sua legitimidade e conveniência (*desirability*) das virtudes intrínsecas da eficiência, o único valor capaz de garantir acesso geral ao mercado capitalista mundial.

A análise econômica do Direito, aquém de ser um método de governança carente de uma legitimação como a de qualquer outra ordem legal, tornou-se então a espinha tecnológica do mercado global, algo a ser avaliado apoliticamente, a ser descrito e modificado por outras práticas tecnológicas. Pela primeira vez desde o fim da Guerra Fria financiamento se tornou disponível aos acadêmicos que queriam se tornar os tecnocratas e engenheiros deste sistema apolítico. Com estas presunções qualquer análise acadêmica que ainda considera o Direito como uma instituição política que não pode ser compreendida e descrita em gráficos e números é descartada como obsoleta. Qualquer análise que requer algo além de uma filosofia de governo mínima e reativa é, depois da queda do Muro de Berlim, totalmente fora de moda. O Direito deve criar incentivos para os atores de mercado. Os advogados e políticos talentosos são reprovados por suas sugestões que requerem uma postura expansiva e ativista do governo, ainda menos se ele argumenta por uma redistribuição por taxaço e outras medidas keynesianas obsoletas. O acadêmico de Direito só pode contar com a existência natural de mercados; seu papel é produzir corretos incentivos ao mercado. O exemplo fundamental desta atitude é o festejado modelo de “autocontrole” de reforma corporativa produzida pelo

<sup>67</sup> Dois dos livros de maior sucesso da “primeira geração” da disciplina são: Posner, *Economic Analysis*, nota supra 42, e A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2d ed. 1989).

<sup>68</sup> Mattei, *Why the Wind Changed*, nota supra 2, p. 215. Veja em geral Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991).



proeminente pesquisador de Direito Empresarial Bernard Black para a Federação Russa<sup>69</sup>.

#### 4 EXPORTANDO O RACIOCÍNIO DE EFICIÊNCIA: EUROPA COMO CONTEXTO DE RECEPÇÃO

Enquanto seria enormemente exagerado afirmar que *Law and Economics* goza hoje do principal papel de análise, para a academia nos países europeus, podemos, ainda sim, perceber que o raciocínio de eficiência é o principal veículo intelectual usado pela consciência jurídica estadunidense para se difundir e impor sua hegemonia no centro, tanto como na periferia do mundo. Eficiência é de fato a palavra de ordem (*buzzword*) do projeto neoliberal. Ele justifica a maioria das políticas do dito “Consenso de Washington”, da morte do Estado de bem-estar social à privatização, da demissão em massa à tercerização. A mistura expansionista e universalista da análise econômica neoclássica, junto com uma camada profunda de presunções ideológicas que estão inseridas em tal raciocínio econômico estão por trás do sucesso intelectual desta análise do Direito<sup>70</sup>. Uma clara tendenciosidade em favor da eficiência do processo de adjudicação da *common law* promove os tribunais como os atores mais importantes do sistema legal<sup>71</sup>. A privatização e reformas estruturais por que passaram as instituições internacionais de governança global fazem do *Law and Economics* uma das mais importantes correntes culturais que difundem presunções tácitas da consciência legal estadunidense<sup>72</sup>.

*Law and Economics* começa a ser transplantado a contextos europeus<sup>73</sup> por meio de uma estrutura organizacional sistemática, a European Association of Law and Economics, que começou suas operações no final dos anos 80<sup>74</sup>. A mais significativa evidência da relevância da análise do *Law and Economics* na Europa é

<sup>69</sup> Veja Kennedy, Two Globalizations, nota supra 7, p. 649-50.

<sup>70</sup> Bernard Black & Reinier Kraakman, A Self-Enforcing Model of Corporate Law, 109 Harv. L. Rev. 1911 (1996).

<sup>71</sup> Veja em geral Duncan Kennedy, Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, p. 2 The New Palgrave: A Dictionary of Economics and the Law 465 (Peter Newman ed., 1998).

<sup>72</sup> Veja Posner, Economic Analysis, nota supra 42, p. 529-51 (comparando a eficiência do ajuizamento no *common law* adjudication com a relativa ineficiência do processo político).

<sup>73</sup> Mattei, nota supra 1, p. 226-27.

<sup>74</sup> Depois, seguindo a liderança europeia, à América Latina, Ásia e a todo o mundo.



não só o crescente número de trabalhos que aparecem em periódicos jurídicos, mas também o crescente número de publicações desta área, como também monografias, periódicos e enciclopédias. Muito mais significativo é que acadêmicos europeus não se autoidentificavam como acólitos do *Law and Economics* – sendo que muitos destes eram os mesmos acadêmicos que ao longo dos anos 80 rejeitaram o raciocínio de eficiência em nome da justiça, a única estrela polar do advogado – e estão agora se tornando mais e mais familiarizados com o jargão geral e as ideias do *Law and Economics*. Muito frequentemente, hoje, o raciocínio de eficiência, em uma forma um tanto simplificada, pode ser encontrado mesmo na mais mundana pesquisa jurídica.

Uma vez transplantadas fora de seu contexto de produção, o *Law and Economics* demonstra um alto nível de ambiguidade que permite que ele floresça<sup>75</sup>. Acadêmicos conservadores admiram sua elegância intelectual; pesquisadores mais progressistas e liberais veem seu potencial em subverter o sabor formalista e normativista da lei local e afirmam que a parcialidade política conservadora é algo que pode ser deixado do outro lado do oceano<sup>76</sup>. Esta resistência inicial pelo *mainstream* da academia jurídica tem sido atacada com sucesso. Como os debates do início dos anos 80 nos Estados Unidos<sup>77</sup> e na dez anos depois na Europa, *Law and Economics* persuadiu significativo número de acadêmicos e profissionais do Direito de que questões de distribuição são mais adequadamente atacadas por taxaçoão do que por judicialização (*adjudication*)<sup>78</sup>. O raciocínio de eficiência, assim, deveria se tornar a estrela polar da interpretação jurídica. Desta forma, muitos

<sup>75</sup> Para um histórico da *European Association of Law and Economics*, visite <http://nts4.oec.uni-osnabrueck.de/eale/index.html>. Esta associação, majoritariamente composta de acadêmicos europeus, alguns dos quais são antigos estudantes de Direito estadunidenses, tem conseguido considerável sucesso. Ela gerou uma rede substancial de indivíduos europeus e programas acadêmicos ativos na disciplina, incluindo uma variedade de programas especializados e centros de pesquisa.

<sup>76</sup> Veja Kennedy, *Two Globalizations*, nota supra 7, p. 633-35 (explicando a ambígua, e portanto adaptável, natureza política dos movimentos jurídicos que tem se globalizado com sucesso no último século).

<sup>77</sup> Veja Pulitini, nota supra 56 (oferecendo uma avaliação crítica de um antigo acadêmico italiano do *Law and Economics* sobre a oportunidade de considerar um *Law and Economics* do estilo de Chicago e outros tipos de *Law and Economics* como um movimento que possui semelhanças o suficiente para ser abordado com um esquema taxonômico unitário).

<sup>78</sup> Veja Symposium, *Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives*, 9 J. Legal Stud. 189 (1980); Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 8 Hofstra L. Rev. 485 (1980).



acadêmicos europeus foram atraídos para a *Law and Economics*, e, até quando limitando o seu uso a áreas relativamente seguras como o Direito Privado patrimonial, continuavam a pavimentar o caminho para um modo de pensamento subvertedor da relação tradicional entre Direito e mercado.

O pedigree distinto do *Law and Economics* estadunidense, ainda sim, deixa aberto uma variedade de questões fundamentais que deveriam ser atacadas dentro de um amplo contexto histórico, em que tendências atuais não são aceitas acriticamente e o significado político das especificidades locais é totalmente apreciado. Tal exercício é ainda mais crítico se o *Law and Economics* tenta estabelecer a si mesmo como uma das metodologias fundamentais da nova ordem jurídica mundial. Infelizmente, questões de legitimidade, poder e hegemonia nunca são postas pelos usuários europeus do raciocínio econômico no Direito. Não existe vestígio naquele lado do oceano dos tipos de discussões fundamentais das implicações da análise econômica que no início dos anos 80 (muito antes da *Law and Economics* ser transformado em indústria) foram colocados nos EUA por advogados e filósofos que estavam prontos para confrontar a arrogância intelectual e o simplismo de tantos economistas<sup>79</sup>. Ao contrário, o raciocínio de eficiência é aceito como uma forma de realismo necessário – quando enfrentando tarefas tão difíceis na agenda dos acadêmicos europeus modernos do Direito – quanto a questão da integração do Direito Privado<sup>80</sup>.

Observando os sistemas legais europeus da perspectiva da recepção de ideias estadunidenses tais como raciocínio de eficiência no Direito, demonstra uma maior divisão e maior necessidade de distinguir as diferenças que se esperaria. Muito aparente para ser negligenciado é o grande abismo entre países Latinos e Norte-Europeus, em relação à atitude diante da recepção dos modelos de pensamento inspirados pelos dos EUA. Países do norte, incluindo Alemanha, Holanda, Reino Unido e os países escandinavos, têm incorporado muito da nova atitude estadunidense diante do discurso jurídico, tal como simbolizado pelo *Law and Economics*. Nestes países a assimilação dos modos estadunidenses mais proeminentes de pensamento jurídico, tal como *balancing jurisprudence* (incluindo *Law and Economics*) tem aumentado tremendamente nos últimos dez anos. A

<sup>79</sup> Veja Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 3-4 (3d ed. 2000).

<sup>80</sup> Veja Mattei & Monti, nota supra 0, p. 13-14 (oferecendo um sumário destas críticas).



chamada “Nova Cultura Jurídica Europeia”, na maior parte desenhada por acadêmicos dos países do norte, onde o sistema universitário não está em estado de desorganização e os professores de Direito são majoritariamente acadêmicos de tempo integral, ou (alguns deles) políticos, é muito mais similar à cultura jurídica estadunidense do que a europeia tradicional<sup>81</sup>. Esta Nova Cultura Jurídica Europeia, dominada pelos acadêmicos do norte que conseguem se expressar em inglês, é a mais influente na criação de lei privada europeia. O resultado de tal recepção Nortista é a atitude tecnológica diante do discurso jurídico, tradicionalmente estrangeiro ao estilo europeu, que legitima a estratégia daqueles que não são politicamente responsabilizáveis (*accountable*), as elites tecno-burocráticas dentro da Comissão Europeia.

Não obstante, a Europa jurídica não é só feita de elites anglófilas do norte. Uma variedade de atitudes de resistência podem ser encontradas também, particularmente nos países latinos do sul que se ressentem de seu status marginalizado no exercício de criação da lei europeia. Tais contraculturas latinas são ocasionalmente criadas simplesmente da incapacidade cultural de participar em discussões politicamente orientadas sobre o Direito, porque seus advogados ainda são produtos de uma cultura altamente formalista e interpretativa. Algumas vezes tais atitudes de resistência se dão pela ainda notável força do “modo social de pensamento do Direito”, que vê o Estado de bem-estar social como sinal de progresso<sup>82</sup>. Esta atitude leva mais ou menos conscientemente à crença de que o modelo neoestadunidense carrega consigo modelos oitocentistas reacionários de capitalismo<sup>83</sup>. De fato, a primeira resistência contra o *Law and Economics* nos países da Europa do norte foi politicamente motivada pela mesma crença<sup>84</sup>. Tal

<sup>81</sup> Veja Stefan Grundmann & Jules Stuyck, An Academic Green Paper on European Contract Law (2002) (descrevendo a comissão sobre a harmonização do Direito contratual na Europa e argumentos para várias opções que implicam uma pressuposição do raciocínio de eficiência).

<sup>82</sup> Veja Hesselink, nota supra 25, p. 72-80 (discutindo características da “Nova cultura jurídica europeia”, tal como tendências antiformalistas).

<sup>83</sup> Um recente esforço para “evoluir” a dimensão social do Direito, para fazê-lo uma distintiva faceta do modelo europeu de Direito Privado, pode ser encontrado em um manifesto sobre o Direito contratual europeu produzido por um número de acadêmicos de Direito Privado europeu, preocupados com as presentes tendências de raciocínio tecnocrático no Direito Privado. Veja Study Group on Social Justice in European Private Law, 10 Eur. L.J. 653 (2004).

<sup>84</sup> Interessantemente, importantes “conquistas sociais” da tradição jurídica europeia, tal como a “função social” dos direitos de propriedade, têm sido abandonadas na Carta



resistência foi eventualmente desmantelada. Pode se imaginar se a resistência latina acabará seguindo o mesmo caminho ou se eles se tornarão mais céticos a respeito da ideia de que taxaçoão deve solucionar problemas de distribuição (particularmente depois de duas décadas de redução de taxa para os ricos) em lugar da judicialização.

## 5 PAROQUIALISMO, REINVENÇÃO DA RODA E O DECLÍNIO DO *LAW AND ECONOMICS*

Recentes acadêmicos nos Estados Unidos apontaram que *Law and Economics* entraram em uma fase pós-moderna e interpretativa, em que seu grandiloquente discurso sobre a natureza do Direito – que busca objetividade – tem sido ultrapassado por uma microestratégia local pautada em pragmatismo<sup>85</sup>. Usando tal estratégia a academia jurídica busca hegemonia e influência sobre outras fontes de Direito estadunidense por meio de uma atitude radicalmente neopragmatista. Tal desenvolvimento crítico tem sido gerado por uma perda de confiança no que anteriormente havia garantido a hegemonia do *Law and Economics* (e economia em geral) dentro de análises pós-realistas à pesquisa jurídica e dentro de outras ciências sociais<sup>86</sup>. A importância desta evolução pode ser vista da perspectiva da legitimidade do discurso jurídico, se se considerar que a busca por objetividade já estava nas raízes do *Legal process school* nos anos 50<sup>87</sup>. Na academia jurídica dos EUA atual o *Law and Economics* foi finalmente deposto de seu trono de objetividade jurídica, necessitando de novas receitas normativas – contingentes e locais – de legitimação para competir contra uma variedade de estratégias políticas.

Não obstante, o valor objetivo e naturalmente desejável da eficiência é ainda uma ideologia poderosa, tão logo se abandona o discurso acadêmico de ponta. A

---

Europeia de Direitos, de inspiração social. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000 O.J. (C 364) 1, disponível em [http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_en.pdf).

<sup>85</sup> Para uma descrição da primeira recepção do *Law and Economics* na Europa, veja Cooter & Gordley, nota supra 57.

<sup>86</sup> Minda, nota supra 14, p. 85. Mas veja Stephen M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism* 130 (2000) (notando mudanças recentes na pesquisa do *Law and Economics*, mas argumentando que “*Law and Economics* mantém sua orientação modernista distinta”).

<sup>87</sup> Veja em geral Cooter, nota supra 18 (discutindo a contribuição do raciocínio de eficiência na pesquisa jurídica).



grande teoria tradicional do *Law and Economics* tem sido ressuscitada com sucesso e implementada por novos todo-poderosos produtores do Direito mundial, aqueles em instituições de governança mundial, tanto pública quanto privadas (a OMC, o Banco Mundial, o FMI, os mega escritórios de advocacia, etc.)<sup>88</sup>. Neste cenário institucional mesmo vivazes debates acadêmicos, ocorrendo em um só lugar (tão hegemônico que seja, como os Estados Unidos) não podem deixar de ser paroquial e ineficaz, porque o verdadeiro impacto do *Law and Economics* agora ultrapassou o domínio da academia para conquistar o domínio da política. Resistência intelectual e críticas arriscam se tornar marginalizadas na academia (muito mais onde decisões políticas são efetivamente realizadas) pela orgulhosa postura tida pelo *mainstream* da academia.

A recepção acrítica do *Law and Economics*, com sua grandiloquente estratégia discursiva baseada na eficiência e objetividade, torna-se assim o aparato ideológico da Autoridade Mundial. Raciocínio de eficiência no Direito está perdendo qualquer potencial como um instrumento acadêmico porque ele legitima como científica as presunções do neoliberalismo dominante. Alternativamente, se a veia pós-moderna do atual *Law and Economics* estadunidense é compreendida por alguém, sua recepção continuará integrada ao pós-modernismo, que é “a lógica que o capital mundial opera”<sup>89</sup>.

Se se olha o sucesso do raciocínio de eficiência no Direito como discutido neste ensaio, encontrar-se-á ao menos três razões fundamentais para isto, tanto no contexto de produção (Estados Unidos) e daquele de recepção (a periferia, incluindo Europa): 1. a capacidade de propiciar uma força crítica capaz de desconstruir tantos mitos da perspectiva estatocêntrica do advogado (quem pode esquecer o impacto da inicial observação que “nossa sociedade não é comprometida a preservar a vida a qualquer custo”)<sup>90</sup>; 2. um roteiro geral para reconstruir o papel e a legitimidade do advogado, enfraquecida pela extremamente realista “escolha pela candura” (“*choice for candor*”); 3. uma atitude intelectual radicalmente não positivista, que permite

<sup>88</sup> Veja Wechsler, nota supra 32.

<sup>89</sup> O cenário resultante da ascensão destas instituições tem sido referido como “império” e “poliarquia”. Veja Michael Hardt & Antonio Negri, *Empire* (2000); William I. Robinson, *Promoting Polyarchy: Globalization, U.S. Intervention, and Hegemony* (1996).

<sup>90</sup> Hardt & Negri, nota supra 86, p. 151.



reflexão sobre o Direito fora das tecnicidades locais, que portanto é facilmente compreensível e adaptável em uma variedade de contextos diferentes.

Começando nos anos 90, depois que o relacionamento entre o mercado e o Direito tem sido subvertido na teoria jurídica estadunidense (hoje é o mercado que governa a lei, não o contrário), os traços acima se transformaram, fazendo o *Law and Economics* muito menos interessante. Como consequência, raciocínio de eficiência no Direito hoje parece imposto por meio de práticas mais ou menos violentas (v.g. empréstimos condicionados) ao invés de ser um modelo prestigioso livremente escolhido por advogados de todo o mundo.

Discutamos agora separadamente estes três pontos.

Como papel do *Law and Economics* de crítica dos modos estabelecidos estatocêntricos de pensamento, existe pouca dúvida que, nesta era global, pensamento único – e com a derrota do Estado, triunfo dos atores empresariais mundiais, o relacionamento entre Estado e mercado foi completamente subvertido. O que um dia foi a noção positivista do Estado onipotente, cujos valores e prioridades, refletidos no Direito, poderiam ser efetivados a qualquer preço (ou sem dar atenção a tais preços), foi tão efetivamente posto em cheque que o Direito se encontra governado pelo mercado ao invés do contrário. *Law and Economics* certamente teve profundo papel intelectual nesta inversão. Afinal, a noção do Direito como um grupo de incentivos ao invés de uma pirâmide de ordens cogentes, uma cenoura ao invés do chicote<sup>91</sup>, foi plenamente importante em depor o estatocentrismo de seu anterior status de jurisprudência dominante.

A difusão mundial de tais noções, tal como a competição entre ordenamentos, *soft law*, regras *default*, normas sociais, etc., indicam a fraqueza da tradicional perspectiva estatocêntrica; de tal forma que o que foi antes a mais original contribuição do *The Costs of Accidents* de Guido Calabresi hoje é aceito como verdade *a priori*. Como consequência desta inversão da relação entre o Estado e o mercado o relacionamento entre Direito e mercado também foi subvertido. Não só o Direito se libertou do abraço letal do Estado, mas também a ideia de que o Direito é

---

<sup>91</sup> Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* 17 (1970) [daqui em diante *Os Custos dos Acidentes*].



produzido por forças do mercado é agora geralmente aceito. Enquanto economistas da escolha pública estavam trabalhando todos os tipos de teorias darwinianas de evolução pelas quais “investimento” em recursos de litigação era visto como produtor de “retornos” em termos de regras de eficiência<sup>92</sup>. Neste cenário subvertido, refletindo seu novo status jurisprudencial, *Law and Economics* oferece pouca perspectiva crítica. Por outro lado, sua análise é autoproclamada como “positiva” ao invés de “normativa”, para que, em virtude de sua autointitulação científica, a análise econômica voluntariamente declina qualquer confrontação política. Em segundo, *Law and Economics* não só indica que o Direito está a venda, mas também que sua venda é “natural” e deveria assim ser. Seus discursos são consequentemente localizados no *mainstream* conservador. Estes discursos ficam afirmando as usuais cínicas platitudes ideológicas, e, como resultado, são pouco atrativas e banais para mentes críticas e inquisitivas. O que eles esperam? O processo político é capturado e ajuizamento reflete investimentos. Ao contrário, *The Costs of accidents* foi uma crítica dos modos de pensamento aceitos e intimamente estatocêntricos, e continha um argumento fortemente normativista em que justiça e distribuição, acrescido a eficiência, afirmava um papel. É assim que a análise de Calabresi tem sido tão atrativa por todo o mundo, subitamente conferindo ao *Law and Economics* uma reputação como movimentocivilizador, capaz de usar eficiência e crítica e de guiar as escolhas em nome da justiça<sup>93</sup>.

Quanto à capacidade de restaurar a pretensão do advogado à objetividade, observamos como pragmatismo e microestratégias foram substituídas pelos primeiros grandiloquentes discursos. Uma vez que o *Law and Economics* conquistou o status *mainstream* marginalizando todos os argumentos abertamente normativos e redistributivistas, ele transformou a escolha pela candura, típica da jurisprudência realista, em uma escolha mais extrema pelo cinismo. Discursos de distribuição e valores, que nunca haviam sido marginalizados, mesmo no trabalho inicial de Calabresi, e que conferiu uma “face humana” ao movimento *Law and Economics*, foram abandonados. Quem quer que escrevesse sobre a *Law and Economics* nos

---

<sup>92</sup> Veja George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. Legal Stud. 65 (1977); Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient?*, 6 J. Legal Stud. 51 (1977).

<sup>93</sup> Veja *The Costs of Accidents*, nota supra 88, p. 24-26.



meados da década de 80 na Europa (incluindo este autor), estava preocupado pregando que havia algo além do cinismo econômico de Chicago. A transformação do *Law and Economics* dos EUA para uma indústria organizada que expeliu qualquer preocupação distributiva do núcleo duro da disciplina. Aqueles acadêmicos e advogados que se preocupavam com valores, com a justa distribuição dos recursos, com os problemas de aceitar incondicionalmente o paradigma do *Homo Economicus*, são agora descritos como idealistas sentimentais ou ingênuos estudantes de primeiro ano, simplesmente incapazes de compreender a lógica real de como as coisas funcionam. É claro que não existe muito o que se ganhar, em termos de legitimidade, que as profissões jurídicas cinicamente reconheçam que: 1. regras legais estão a venda; 2. quem investir mais em ajuizamento e legislação (inclusive com a contratação de advogados mais caros e lobistas) irá “naturalmente” se beneficiar dos retornos do investimento vencendo em um processo ou obtendo um ambiente legal amistoso para os negócios. A perda de prestígio da profissão do advogado segue tanto por ser determinada por tendências políticas como por interesses comerciais.

Quanto ao não positivismo, universalismo e adaptabilidade do *Law and Economics* a diferentes contextos, somente podemos observar uma dramática degeneração em tecnicismo e “paroquialismo”. Os primeiros grandes panoramas, e reconstruções teóricas ambiciosas estão sendo substituídas mais e mais por trabalhos incrivelmente tediosos, discutindo interminavelmente, com uso impensado de matemática e gráficos, detalhes irrelevantes sobre as formas de gratificação dos administradores, previsões improváveis do comportamento do júri entre outras ideias similarmente específicas ao contexto, adstritas aos detalhes e inamistosas ao usuário. A desolação cultural da maioria dos trabalhos atualmente circulando nos periódicos profissionais *mainstream* é evidente para qualquer um que galgou a profissão de acadêmico do Direito com um patrimônio cultural normal. Existem um pequeno grupo de bem-relacionados (*insiders*), geralmente repetindo mais ou menos as mesmas coisas em dúzias de trabalhos, constantemente citados em pouco mais que um exercício de cópia e colagem, acompanhado por uma demonstração de ligações da moda com as melhores escolas estadunidenses (*Ivy League Schools*). Não critico a total falta de atenção a qualquer coisa que não venha ocorrer nas escolas de elite dos EUA, como se estas fossem os únicos locais onde se realiza



pesquisa. Mesmo produtos destas instituições de elite são simplesmente ignorados se eles vêm de pessoas não reconhecidas pelo pequeno *mainstream* já mencionado. Pense sobre a falta de comunicação entre *Law and Economics* e *neo-institutional Economics*, cada qual barricado em seu próprio nicho de profissionalismo. Ou pense sobre a terrível ignorância de muito da literatura lidando com normas sociais, nos quais contribuições fundamentais dos antropologistas jurídicos (não quero dizer só na literatura francesa, mas também na anglo-americana) são simplesmente ignorados para depois serem redescobertos. Quando economistas, que não são treinados juridicamente, entram no negócio, as características institucionais do Direito estadunidense – muito superficialmente compreendidos ao longo de três anos de formação em Direito (no melhor caso) ou por rápidas leituras de segunda mão e conversas informais com colegas do Direito – são universalizadas e dadas como corretas<sup>94</sup>. Eles se tornam uma espécie de reflexão do economista sobre o sistema jurídico, em que todas as complexidades e estruturas de poder da vida real do Direito são simplesmente obliteradas. Esta atitude extrai um preço, porque tantas das soluções que são apresentadas como universalmente eficientes são, de fato (se são mesmo), eficientes no ambiente institucional dos Estados Unidos – ele próprio diferente da maioria dos outros. Não demora para o acadêmico estrangeiro capaz de acessar o rico tesouro da pesquisa jurídica profana<sup>95</sup>, e talvez aquela das disciplinas vizinhas, observar que, ao importar o *Law and Economics*, ele pode ter importado um “produto defeutivo”. Depois de suas grandiloquentes promessas iniciais (pelas quais valia a pena lutar), *Law and Economics* tem evoluído a um instrumento paroquial de propaganda de um enraizado *mainstream* intelectual que torna tudo, até cultura, em atributos técnicos. Quando o Direito é tornado uma tecnologia cara deixa de ser produto da cultura<sup>96</sup>.

Acadêmicos estadunidenses do Direito no começo do novo milênio estão eles mesmos experimentando um declínio de prestígio internacional. Sua ideologia jurídica, propagandeada por todo mundo sem atenção ao que está ocorrendo em sua própria casa, é frequentemente produto de uma atitude de boa-fé muitas vezes motivada por justiça (tal como a atitude do movimento internacional dos Direitos

<sup>94</sup> Desenvolvi este argumento em Mattei, nota supra 1.

<sup>95</sup> N. do T. *Worldly legal scholarship*: termo de denominação da disciplina de economia.

<sup>96</sup> Veja Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999).



Humanos). Não obstante, o simplismo que seguiu décadas de liderança intelectual, a atitude foi sempre de falar e nunca escutar, sempre de ensinar e nunca estudar, e o alto grau de paroquialismo tecnocrático começou a cobrar seu preço. Apesar de serem propagados por instituições tais como o Banco Mundial e FMI, os modelos estadunidenses não persuadem os acadêmicos internacionais de ponta em virtude da natureza tecnológica abstrata de seus modelos, sua consequente ingenuidade cultural e incapacidade de levar em conta complexidades locais e diversidade. Acadêmicos internacionais capazes de observações de primeira mão e descrições de fontes locais e parciais, hoje representam o declínio do papel da academia jurídica como um forte e independente fiscalizador do processo político dos EUA. Acadêmicos estadunidenses do Direito ou abandonaram seu pensamento crítico depois do alto grau de cosmopolitismo nas fases iniciais do realismo jurídico, ou, quando se acreditavam críticos, perderam para todo tipo de questionamento político depois de se prenderem em uma variedade de atitudes pós-modernistas. Para compreender a falta de um papel crítico na academia jurídica, observe as centenas de páginas devotadas nos livros estadunidenses sobre processo penal, em respeito à celebração de garantias processuais de devido processo legal no julgamento (na maioria conquista dos *Waren court years*). Infelizmente não se devota atenção para o fato de que só uma pequena minoria dos réus irá a julgamento, e portanto se beneficiar destas garantias<sup>97</sup>. A maioria dos réus, derrotados pelos poderes econômicos e políticos superiores do promotor, fazem acordos<sup>98</sup>.

*Experts de Law and Economics* demonstram ainda maior lealdade a seu próprio sistema, constantemente tornando a atividade acadêmica de um tipo crítico de controle do processo político em uma forma de propaganda. Considere a abordagem dominante tomada pelos *experts* depois do escândalo Enron. Uma reflexão humilde deste conflito de interesses como uma falha sistêmica do mercado, possivelmente tão difícil de conceituar e devastador para a ideologia de mercado livre quanto externalidades ou monopólios, teria sido necessária. Ao contrário, alguns acadêmicos estavam ocupados criticando o *Sarbanes-Oxley Act*<sup>99</sup> por

<sup>97</sup> Elisabetta Grande, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance, 48 Am. J. Comp. L. 227, 251-52 (2000).

<sup>98</sup> Ibid. Para os resultados escandalosos, veja Jim Dwyer et al., Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches of the Wrongly Convicted (2000), que detalha os resultados do "*Innocence Project*" de Nova York.

<sup>99</sup> Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745.



aumentar as sanções criminais sem considerar a literatura argumentando que multas são um remédio eficiente contra o oportunismo de colarinho branco<sup>100</sup>. Outros trabalhos apontaram a rápida e efetiva reação do sistema para dar resposta a uma aberração, afirmando que o surgimento do escândalo foi prova que o mercado poderia curar a si mesmo<sup>101</sup>. Uma análise que tentasse se beneficiar das críticas do raciocínio de eficiência no Direito observaria como o *Sarbanes-Oxley Act* foi completamente cooptado pelos interesses que ele deveria controlar, e que ele é pouco mais do que uma fachada para mascarar a falta de recursos persistente da *Security Exchange Commission*<sup>102/103</sup>.

Advogados, como grupo profissional, não vivem em um mundo completamente separado de seu contexto social. É então natural que sua percepção profissional é, ao menos em parte, o produto da percepção social geral. Uma perda de confiança e sentimento de traição do “modelo estadunidense” de *rule of law* são hoje mais difundidos entre elites intelectuais cultas na Europa, da qual advogados são uma parte constituinte. Escândalos tais como Enron, Guantánamo, Abu Ghraib, a “Guerra contra o *Bill of Rights*”<sup>104</sup>, ou os centenas de réus, majoritariamente negros, sentados no corredor da morte porque são incapazes de “investir” o suficiente em sua defesa, estão agora rapidamente consumindo o capital residual do prestígio mundial do *Rule of Law* dos Estados Unidos.

## CONCLUSÃO

Hegel escreveu que se existe algo que possamos aprender com a história, é que nunca podemos aprender com a história<sup>105</sup>. A academia em ciências sociais

<sup>100</sup> Veja, v.g., Geraldine Szott Moohr, An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime, 55 Fla. L. Rev. 937, 943 (2003).

<sup>101</sup> Veja, v.g., Larry E. Ribstein, Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 28 J. Corp. L. 1, 3 (2002).

<sup>102</sup> N. do T.: *Security Exchange Commission*, agência reguladora da atividade financeira e securitização, com competências semelhantes a de nosso CADE e Banco Central.

<sup>103</sup> Cf. Ugo Mattei & Filippo Sartori, Conflitto Continuo. A Un Anno da Enron Negli Stati Uniti e in Europa, 34 *Politica del diritto* 177 (2003).

<sup>104</sup> Veja Nat Hentoff, *The War on the Bill of Rights and the Gathering Resistance* (2003) (discutindo a erosão dos direitos individuais através de ações recentes do governo dos EUA em resposta aos eventos de 11 de setembro de 2001).

<sup>105</sup> Veja em geral Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *The Philosophy of History* (J. Sibree trans., Dover Publ'ns 1956) (1899).



deveria evitar olhar na bola de cristal, porque variantes políticas são muito complexas para serem previstas. Predizer a queda de um movimento acadêmico usando dados derivados de histórias antecedentes de padrões de declínio de prestígio de movimentos acadêmicos no Direito ocidental pode contribuir algo quando o movimento é tão influente quanto o *Law and Economics* é hoje. Não obstante, a observação da parábola do raciocínio de eficiência no Direito, através de perspectiva mundial, pode ser considerado de algum interesse.

Era uma vez em New Haven, Connecticut, onde havia um jovem advogado-economista, cosmopolita em sua formação e crítico em seu espírito. Ele ensinou advogados do mundo todo que nenhum valor, nem mesmo a vida humana, é protegido a todo preço, e que admitir esta realidade poderia nos ajudar a clarificar nossas prioridades. Esta visão produziu o colapso final do positivismo jurídico e abriu um arrojado espaço para a criatividade jurídica imaginar uma organização social melhor, mais justa e eficiente. A recomendação de Calabresi era de que advogados e economistas deveriam trabalhar em conjunto para esta tarefa em comum. Começando nos anos 80 o trabalho interdisciplinar e a união das análises jurídica e econômica se tornou dominante nos EUA. Isto ocorreu quando um programa político, conhecido como Regan-Thatcherismo, estava buscando um esforço final para vencer a Guerra Fria. Desregulamentação, privatização, demissões, terceirização e o desmantelamento do setor de bem-estar foram algumas das estratégias usadas para encontrar a tremenda quantidade de dinheiro necessária para trazer a confrontação militar a um nível impossível para a União Soviética enfrentar. Este programa político foi amistoso com o que pode se chamar de “imperialismo de economia”<sup>106</sup>, e que o auxílio econômico que ele pode oferecer causou os aspectos ideológicos da análise econômica (conservadorismo de mercado) a prevalecer rapidamente sobre a genuína tensão de compreensão crítica. *Law and Economics* tem sido transformado em uma indústria dominada por economistas politicamente conservadores. Os modelos produzidos por este movimento têm sido exportados mundialmente por esforços organizados (dentro e fora das instituições acadêmicas dos EUA) e por sua tremenda influência nos programas das instituições financeiras internacionais. Este modelo triunfante, não

<sup>106</sup> Cooter, nota supra 18.



obstante, conflui com aspectos anacrônicos de ambas as análises jurídicas e econômicas, possivelmente porque mentes brilhantes, tanto em Direito quanto economia, acabaram abandonando o campo de estudo, cansados de sua mistura ideológica e simplista<sup>107</sup>.

Economistas contribuíram ao *Law and Economics* uma ideologia de individualismo e Direito proprietário que é muito extremo e parcial para refletir qualquer estrutura institucional da vida real<sup>108</sup>. Esta ideia, diretamente derivada das concepções oitocentistas de propriedade como uma zona de soberania individual, insulada de intrusão pública ou privada, não pode explicar comportamento oportunista, conflitos de interesse, busca de renda ou muitas das falhas dos mercados e instituições privadas. Individualismo não pode explicar porque o motivo de justiça é muitas vezes mais importante que o motivo de obtenção de lucros como justificativa do comportamento humano<sup>109</sup>.

Uma variedade de outras presunções típicas de economia neoclássica, e muitas de suas aplicações monetaristas, tem se subsumido em programas de “reforma estrutural”, sem consideração suficiente das muitas críticas e desafios ao paradigma do *Homo Economicus*, derivado de economistas da escola neoinstitucional: Paul David, Brian Arthur ou Herbert Simon, só nos EUA.

Por outro lado, advogados sofisticados não estão hoje mais presos a uma concepção estática e monística de ordenamento. Por muito tempo, advogados entenderam que a complexidade derivada de uma pluralidade de ordenamentos, tanto público quanto privados, que governam politicamente o relacionamento entre grupos sociais e de indivíduos. Estes advogados não mais acreditam em fórmulas abstratas, em ciência como legitimação, e não mais escondem com números e fórmulas as platitudes cujo único papel é conferir alguma legitimidade a decisões tendenciosamente a favor dos agentes mais fortes do mercado. Estes advogados perceberam que muitas normas não vêm do setor público, mas também sabem que relacionamentos econômicos devem ser governados por uma autoridade efetiva do setor público, efetivamente garantindo oportunidades iguais e cuidando dos

<sup>107</sup> A história intelectual de Calabresi é muito reveladora desta opinião.

<sup>108</sup> Veja Mattei, nota supra 1, p. 56-57.

<sup>109</sup> Veja Nader, nota supra 24, p. 216-17 (declarando que o motivo de justiça é necessário para a “legitimação social do Direito”).



desequilíbrios do poder. Estes advogados compreendem que a maioria das receitas originadas da vertente dominante do *Law and Economics*, e as reformas estruturais inspiradas pelo raciocínio de eficiência no Direito, deixar-nos-ão com as ruínas do setor público quando finalmente acordarmos da embriaguez neoliberal<sup>110</sup>.

Quando uma análise do Direito perde sua força crítica e meramente legitima um *status quo*; ela trai a função de que no Direito ocidental tem sempre conferido prestígio ao pensamento acadêmico: um forte e independente controle do processo político.

Historicamente, quando tal fenômeno ocorre novos movimentos e ideias tomam um papel principal, expondo as análises acríicas como obsoletas e não merecedoras de admiração. É impossível predizer de onde os novos paradigmas virão e quanto tempo demorará para os antigos serem substituídos. Paradigmas de liderança nunca vieram com respostas simplistas. Sabemos que eles surgiram ao se perguntarem perguntas básicas, tal como sobre o relacionamento entre eficiência e distribuição, como Calabresi propôs há mais de quarenta anos. A esta questão, *Law and Economics* – agora uma indústria – tem negado atenção.

---

<sup>110</sup> Veja Hertz, nota supra 20.



# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia  
Brasileira de Direito Constitucional***

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da  
Academia Brasileira de Direito Constitucional***

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição,  
Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de  
Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of  
the Brazilian Academy of Constitutional Law)**

A Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista  
Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256,  
disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade  
semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu  
quinto número até **15 de outubro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista  
Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256,  
disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral,



está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação de seu quinto número hasta **15 de outubro**, de acordo com las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente. (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its fifth edition until **October 15th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

#### **Português - Linha Editorial:**

O periódico científico **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

A linha editorial incentiva a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, fomenta as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.



**Avaliação dos Artigos:** Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Após a análise dos pareceristas, o editor chefe informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações propostas para prosseguir o processo de exame do trabalho e, a partir das alterações feitas, os pareceristas emitirão a opinião pela publicação ou não do texto.

**Envio dos Trabalhos Científicos:** todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), preenchendo e seguindo as instruções da planilha disponível em:

<https://docs.google.com/spreadsheet/viewform?formkey=dEpiclJCUEVWNVo1TEd5Qm9BMmt2dkE6MQ>

**Principais Normas Editoriais de Formatação:** os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;



Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: **negrito**;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

**Normas Editoriais de Estrutura do Texto:** os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

**Cabeçalho:** título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

**Título:** deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em **negrito** e centralizado;

**Nome do(s) autor(es):** indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

**Créditos:** qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), informados abaixo do nome;

**Resumo:** síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

**Resumo em outra língua:** nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo para o português;

**Palavras-chave:** até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em **negrito**, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

**Palavras-chave em outra língua:** nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o



editor responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução das palavras-chave para o português;

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE.

### **Conselho Editorial:**

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Professor Substituto da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR, Vice-Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC)

Antônio José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra)



Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR)

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP)

Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale)

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

### **Español - Línea Editorial:**

La publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

La línea editorial incentiva la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.



**Evaluación de los Artículos:** Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes para que se pueda proseguir con el proceso de examen del trabajo y, a partir de las alteraciones hechas, los evaluadores emitirán una opinión para la publicación o no del texto.

**Envío de los Trabajos Científicos:** todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección **trabalhosabdconst@googlegroups.com**, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

**Principales Normas Editoriales y su Formato:** los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;



Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

**Normas Editoriales para la Estructura del Texto:** los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;



**Palabras-clave:** hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

**Palabras-clave en otro idioma:** los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

**Sumario:** la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

**Texto del artículo:** tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

**Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas:** ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

**Anexo:** material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

**Tablas o gráficos:** los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

### **Consejo Editorial:**

Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Coordinador Adjunto de la Licenciatura en Derecho de la *Unibrasil*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/Paraná), Vicepresidente del Centro de Investigaciones Jurídicas do Programa de Postgrado en Derecho de la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*) y Doctorando,



con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer

Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC

Antônio José Avelãs Nunes

Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*

Eroulths Cortiano Junior

Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Presidente de la Comisión de Enseñanza Jurídica en la OAB/PR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP

Marco Aurélio Marrafon

Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcos Augusto Maliska

Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcus Firmino Santiago

Profesor en la Facultad de Derecho del Curso Espam/Projeção – Brasília y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*)

Mariana Mota Prado

Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale



Ricardo Lobo Torres

Professor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

#### **English - Editorial line:**

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

The editorial line encourages the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the Law and Economics School.

**Evaluation of Articles:** Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors should do the suggested changes, and professors will give a second opinion for publishing the text or not.

**Sending Scientific Works:** Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** – to the email [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), along with 1) an express authorization for



publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

**Main Editorial Rules for Formatting:** Works shall be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

**Editorial Rules for Text Structure:** Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract,



determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.

### **Editorial Council:**

Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho (Coordinator of Research and of the National Study Groups at the Brazilian Academy of Constitutional Law, Adjunct Coordinator of the Law Course at Unibrasil, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, Vice-President of the Center of Legal Studies at UFPR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members:



Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC)

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law)

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, President of the Law Education Commission at OAB/PR and PhD in Law from UFPR)

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP)

Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Espam/Projeção – Brasília and PhD in Law from UGF, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University)

Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoriação e Design Gráfico: Karla Knihš – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)