

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 210

Brasília | abril – junho/2016

Ano 53



SENADO FEDERAL





SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2015 – 2016

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Vicentinho Alves

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

QUARTA-SECRETÁRIA

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Elmano Férrer

Senador Douglas Cintra



Brasília | ano 53 | nº 210
abril/junho – 2016



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, consequentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Denise Zaiden Santos

EDITORA RESPONSÁVEL: Denise Zaiden Santos. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Angelina Almeida e Letícia Costa. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi e Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Letícia de Castro e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Candyleno Cordeiro. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: Regina Lucia de Sousa Rodrigues.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas
Via N-2, SEGRAF, Bloco 2, 1º Pavimento
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

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

CONSELHO

Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, Ceará, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, Distrito Federal, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, Paraná, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. André Saddi, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Andreia Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Advogado, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Graduado, Arlindo Fernandes de Oliveira, Consultor Legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Faculdade de Direito da UFF, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. David Barbosa de Oliveira, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal

de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebuzzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Me. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Flávia Orsi Leme Borges, Advogada, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes da Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Lavânia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria d'Ajuda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Clementino Miranda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Unilasalle, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Marilda Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Graduado, Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Moller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, SC, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Michael Freitas Mohalllem, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benemerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Paulo Henrique da Silveira Chaves,

Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Péricio Henrique Barroso, Analista do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra / Dr. Rabah Belaïdi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Lamera Cabral, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Me. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Renata Queiroz Dutra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo e Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidès Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silviana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélio Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emilia Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Tayssa Schioccchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Faculty of Law Osijek, Osijek, Croácia / Me. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aietta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco – UPE, Recife, PE, Brasil / Dr. Wálber Araújo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wlademir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Portugal

AUTORES

Aline Vitalis é mestrandona em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; e procuradora da Fazenda Nacional. / Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutora pela University of Auckland, Auckland, New Zealand; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. / André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor na graduação e na pós-graduação no curso de Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; auditor tributário da Receita Federal do Brasil, Recife, PE, Brasil. / André Luiz Arnt Ramos é mestrandono em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; e advogado em Curitiba, PR, Brasil. / André Viana Custódio é pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Sevilha, Espanha; doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; e professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. / Bruno Anunciação Rocha é mestrandono em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa Núcleo Justiça e Democracia do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Bruno Miranda Gontijo é graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / David Barbosa de Oliveira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor do doutorado e mestrado da Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil, e da graduação da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil. / Diógenes Vicente Hassan Ribeiro é doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor pelo Centro de Estudos da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; docente na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário La Salle, Canoas, RS, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Porto Alegre,

RS, Brasil. / Diogo Bacha e Silva é mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil; professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, São Lourenço, MG, Brasil; advogado. / Douglas Cunha Ribeiro é mestre em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle, Canoas, RS, Brasil; advogado em Porto Alegre, RS, Brasil. / Elizandro Silva de Freitas Sabino é mestrande no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. / Filipe Azevedo Rodrigues é doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional, Regulação Econômica e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade Maurício de Nassau e na Universidade Potiguar, Natal, RN, Brasil. / Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora da Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP/ FGV), Goiânia, GO, Brasil; analista de pesquisa contratada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD-Brasil) para trabalhar na Comissão Nacional da Verdade. / Leonardo Netto Parentoni é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Empresarial e Direito, Tecnologia e Inovação na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Empresarial no Ibmec, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal na Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Leonardo Valles Bento é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor de Direito Administrativo da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco em São Luís, MA, Brasil; e Auditor da Controladoria-Geral da União em São Luís, MA, Brasil. / Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; é professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa CNPq Núcleo Justiça e Democracia; Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore, Baltimore, Maryland, Estados Unidos da América; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Mateus Fernandez Xavier é doutorando e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, DF, Brasil; mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco, Brasília, DF, Brasil; e diplomata da carreira no Ministério das Relações Exteriores. / Roberto Bueno é pós-doutor em Filosofia do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, SP, Brasil; doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; especialista em Direito Constitucional e Ciência Política pelo Centro de Estudos Constitucionais de Madrid, Madrid, Espanha; professor adjunto III da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Thiago Luís Santos Sombra é doutorando em Direito Privado na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Privado na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; advogado em Brasília, DF, Brasil. / Vallisney de Souza Oliveira é doutor e mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF; e juiz da 1ª Região do Tribunal Regional Federal, em Brasília, DF.

Sumário

- 11 **A Comissão Nacional da Verdade e a inclusão do Nordeste brasileiro na Agenda Transicional**
Ana Maria D'Ávila Lopes
Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab
- 25 **O autoritarismo brasileiro e as vias conservadoras em Francisco Campos, Oliveira Viana e o Estado Novo**
Roberto Bueno
- 43 **Regulação às avessas**
Um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro
André Felipe Canuto Coelho
- 63 **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil**
Vallisney de Souza Oliveira
- 81 **A metamorfose do patrimônio cultural até a Assembleia Nacional Constituinte de 1987**
David Barbosa de Oliveira
- 93 **Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão**
Leonardo Valles Bento
- 117 **Inclusão e exclusão**
Acesso aos direitos sociais nos países periféricos
Diógenes V. Hassan Ribeiro
Douglas Cunha Ribeiro
- 135 **Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito**
Bruno Anunciação Rocha
Marcelo Campos Galuppo
- 149 **As atribuições do vereador nas políticas públicas de garantia dos direitos da criança e do adolescente em Porto Alegre**
André Viana Custódio
Elizandro Silva de Freitas Sabino

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 165 Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica?
Em busca da identidade social do Poder Judiciário
Diogo Bacha e Silva
- 181 **Forum shopping**, fenômeno jurídico do cenário pós-Guerra Fria
Mateus Fernandez Xavier
- 203 Teoria democrática e a ação coletiva de pequenos grupos
Thiago Luís Santos Sombra
- 211 Intervenção pública e proibição do *insider trading*
Eficiência e *ultima ratio* na *responsive regulation*
Fillipe Azevedo Rodrigues
- 239 Competência legislativa em Direito Societário
Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu
Leonardo Netto Parentoni
Bruno Miranda Gontijo
- 267 Estado prestador *versus* Estado regulador
Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil
Aline Vitalis
- 291 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas
O estado da questão
André Luiz Arnt Ramos

A Comissão Nacional da Verdade e a inclusão do Nordeste brasileiro na Agenda Transicional

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

ISABELLE MARIA CAMPOS VASCONCELOS CHEHAB

Resumo: Embora a região Nordeste tenha participado ativamente da resistência à ditadura civil-militar instaurada no Brasil em 31 de março de 1964, os estudos acadêmicos e as políticas transicionais concentraram-se no eixo Sul-Sudeste. O presente artigo visa demonstrar como o trabalho realizado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) colaborou para o rompimento dessa lógica concentracionista ao trazer à luz, com fundamento nos depoimentos de vítimas e agentes da repressão e nos documentos dos órgãos de informação e contrainformação, as graves violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar também na região Nordeste. Para tanto, foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental. Após conceituar o direito à verdade e sua relevância para a consolidação da democracia, discorreu-se sobre o fundamento legal, os objetivos e o Relatório Final da CNV, sublinhando-se as informações pertinentes ao Nordeste. Ao final, demonstrou-se que a região Nordeste foi significativamente vilipendiada pela ditadura civil-militar, por meio de centros oficiais e clandestinos que reprimiram, aterrorizaram e executaram resistentes nordestinos.

Palavras-chave: Comissão Nacional da Verdade. Ditadura civil-militar. Região Nordeste brasileira.

1. Introdução

O Nordeste brasileiro foi uma das regiões precursoras na resistência à ditadura civil-militar instaurada no Brasil a partir de 31 de março de 1964. Em números, pelo menos 119 nordestinos estão entre os mortos

e desaparecidos, seis organizações de esquerda tinham bases na região Nordeste e 45 centros clandestinos ou oficiais, responsáveis por aterrorizar ou exterminar os opositores da ditadura, estavam localizados em solos nordestinos. A despeito do número de atingidos por graves violações, a resistência da região Nordeste esteve continuamente à margem dos estudos especializados em regimes autoritários e justiça de transição no Brasil. Tal invisibilidade – deliberada ou não – provocou a impressão equivocada de que a resistência à ditadura civil-militar somente se deu no eixo Sul-Sudeste, desconsiderando e excluindo as demais regiões da discussão sobre a elaboração e a implementação de políticas transicionais.

É objetivo geral do presente artigo demonstrar como o trabalho realizado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) colaborou para o rompimento dessa lógica concentraçãoista ao trazer à luz, com fundamento nos depoimentos de vítimas e agentes da repressão e nos documentos oriundos dos órgãos de informação e contrainformação, as graves violações de direitos humanos perpetradas na região Nordeste durante a ditadura civil-militar. São seus objetivos específicos os que seguem: apresentar uma delimitação conceitual do direito à verdade, apontando suas notas caracterizadoras e sua relevância para a consolidação da democracia brasileira; discorrer sobre o fundamento legal da CNV, seus objetivos e seu Relatório Final; e comentar as informações desse Relatório sobre as graves violações de direitos humanos cometidas pela ditadura civil-militar em suas instalações oficiais e em seus centros clandestinos localizados no Nordeste.

Sobre a metodologia, a pesquisa é principalmente bibliográfica e interdisciplinar, na medida em que conjuga à doutrina jurídica a Ciência Política e a História. Registra-se também seu cunho documental, por ter sido utilizado o conjunto de depoimentos inserto no Relatório Final da CNV, conforme será explicitado adiante.

2. Os antecedentes

O direito à verdade é definido como o direito a conhecer as graves violações de direitos humanos cometidas pelo Estado para, ao torná-las públicas, evitar sua reincidência. No presente trabalho, a busca pela verdade refere-se às violações cometidas durante a ditadura civil-militar iniciada no Brasil em 31 de março de 1964.

Entende-se que a efetividade do direito à verdade somente se perfaz com o conhecimento irrestrito das graves violações de direitos humanos cometidas, somado à perspectiva da urdidura de mecanismos para sua

não repetição. Nesse contexto, qualquer forma de parcialidade, subjetiva ou fática, tende a prejudicar a própria razão de ser do direito à verdade, inexoravelmente subsumida a ideia de inteireza e de publicidade ampla dos atos e fatos repressivos praticados.

Há que ser dito também que, historicamente, o direito à verdade tem sido um dos pilares da justiça transicional que mais enfrenta dificuldades para sua efetividade no Brasil. Alguns explicam esse fenômeno em razão da cultura brasileira, tradicionalmente autoritária, leniente e indisposta aos conflitos interpessoais (PEREIRA, 2010, p. 286-288). Outros entendem que a parca efetividade do direito à verdade se deve à dificuldade da sua inclusão na agenda política, confirmada pela ausência de marcos regulatórios satisfatórios (TELES; SAFATLE, 2010, p. 295-297).

Defende-se, todavia, que a escassez de instrumentos jurídicos é sintomática de um problema mais grave: a desídia histórica do Estado e de parte da sociedade civil para com a matéria, acerca da qual pouco se tem buscado conhecer e debater.

De fato, durante os anos que se seguiram à ditadura civil-militar, por exemplo, toda e qualquer iniciativa de expor a verdade sobre as graves violações de direitos humanos cometidas pelos agentes da repressão – e os que em seu nome agiram – foi prontamente reprimida com discursos enérgicos dos setores mais conservadores da sociedade, especialmente os remanescentes do regime autoritário, fundamentados na lógica da pacificação social, do não retrocesso e da estabilidade democrática.

A resistência em tratar das graves violações de direitos humanos cometidas pela ditadura foi sendo progressivamente vencida pelas discussões e demandas levadas a cabo por grupos de ex-presos políticos e familiares de mortos e desaparecidos políticos, embasadas, especial-

mente, na necessidade de apurar as atrocidades outrora perpetradas, com vistas à sua não repetição. Outro fator de inclusão do direito à verdade na agenda política derivou do fortalecimento dos partidos identificados com as lutas políticas por verdade, memória e justiça, que levaram essa discussão aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e transformaram tais anseios em instrumentos institucionais, representados, em um primeiro momento, pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), pela Comissão de Anistia (CA) e seus respectivos marcos legais. Desse modo, a despeito das críticas dos conservadores, paulatinamente foi sendo perseguido um caminho em prol da Comissão Nacional da Verdade.

A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), criada por meio da Lei nº 9.140/1995, revestiu-se de grande relevância histórica, na medida em que representou o primeiro esforço institucional – e perene – do Estado brasileiro de promover a busca e o reconhecimento dos mortos e desaparecidos políticos e, assim, concretizar um dos mais milenares direitos do ser humano, o de prantear e enterrar os seus mortos, pertinente à dimensão da verdade e da memória na justiça transicional (BRASIL, 1995).

Aclara-se, por oportuno, que, com fundamento naquela lei, foram realizadas apurações e buscas de corpos, que, em sua reta final, registraram 450 (quatrocentos e cinquenta) pessoas, entre mortos e desaparecidos políticos no Brasil (BRASIL, 2007, p. 48).

Merece ser também sublinhada a edição da Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e instituiu a Comissão de Anistia (CA), no âmbito do Ministério da Justiça (BRASIL, 2002). Desde a sua criação, até o segundo semestre de 2015, essa Comis-

são já apreciou um número superior a 75.000 requerimentos de reparações econômicas, dos quais, aproximadamente, 43.000 foram concedidos (BRASIL, 2014, p. 27).

Mais recentemente, em 2008, foi idealizado o Programa Caravana da Anistia, que assumiu por finalidade trazer a público, de modo itinerante, os julgamentos da Comissão de Anistia, já tendo alcançado sua 92^a sessão, em dezembro de 2015.

Com tal esteio, iniciando-se pela Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos (CEMDP), passando pela criação da Comissão de Anistia (CA), e alcançando o Programa Caravana da Anistia, finalmente, em 2009, rompeu-se com a lacuna do direito à verdade, quando, na Conferência Nacional de Direitos Humanos, foram estabelecidas, por meio do Programa Nacional de Direitos Humanos III (PNDH 3), no seu Eixo orientador VI, intitulado Direito à Memória e à Verdade, diversas diretrizes, entre as quais se podem mencionar: Diretriz 23 – Reconhecimento da verdade e da memória como direito humano da cidadania e dever do Estado; Diretriz 24 – Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade; Diretriz 25 – Modernização da legislação relacionada com o direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia (BRASIL, 2009a, p. 173-176).

No mesmo ano de 2009, foi criado um grupo de trabalho composto por membros do Ministério da Justiça, da Secretaria de Direitos Humanos, da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Defesa e da sociedade civil organizada para elaborar uma minuta de projeto de lei que instituisse a Comissão Nacional da Verdade (SÃO PAULO, 2011?, p. 9).

Em seguida, o Projeto de Lei nº 7.376, de autoria do Poder Executivo, que regulamentou o PNDH III, instituindo uma Comissão

Nacional da Verdade, tramitou no Congresso Nacional entre maio de 2010 e outubro de 2011.

Até que em 18 de novembro de 2011, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada, por meio da Lei nº 12.528, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988 –, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Convém sublinhar que, mesmo antes de sua instalação, em 16 de maio de 2012, a CNV recebeu diversas críticas dos setores mais conservadores da sociedade, os quais alegaram que a apuração e a produção de um relato oficial acerca das violações aos direitos humanos durante a ditadura civil-militar poderiam ensejar perseguições particularizadas e instabilidade democrática (FORÇAS, 2011).

Explicita-se, entretanto, que o exercício do mandato legal da CNV divergiu do prenunciado pelos seus críticos, uma vez que se restrin- giu a apurar e registrar os fatos cometidos durante a ditadura civil-militar, não tendo, pois, o condão de substituir a função jurisdicional do Estado. Ademais, singularizou-se por oportunizar à vítima lugar de destaque:

Um dos diferenciais da comissão de verdade é a ênfase na vítima. Enquanto julgamentos criminais procuram analisar os fatos e sua relação causal com o acusado, a comissão permite uma maior atenção aos relatos das vítimas e de seus familiares. Este fato beneficia uma cura psicológica e um alívio dos traumas causados pela violência das violações. O efeito catártico e expurgatório que os achados de uma comissão pode gerar na sociedade não pode ser ignorado (PINTO, 2010, p. 130).

Por outro lado, a CNV erigiu-se sobre a necessidade de rompimento com um passado lastreado por inverdades e incongruências, que, envolto em um sentimento contínuo de injustiça e de dúvida do Estado para com os seus cidadãos, finda por adoecer não apenas o sujeito vitimado, como também as próprias estruturas sociais e institucionais.

Assim, conforme o aduzido por Bartolomé Ruiz (2011, p. 10-11), “a violência ocultada pelo esquecimento persiste nas instituições sociais e se reproduz na conduta dos indivíduos como um ato de normalidade”, cometendo-se, pois, “uma segunda injustiça com as vítimas, condenando-as ao desaparecimento definitivo da história”.

Nesse contexto, a CNV foi instalada com o objetivo de examinar o passado, mas com vistas ao futuro do cidadão em sua singularidade, e da sociedade brasileira como um todo. Não se tratou de revanchismo, mas de obrigação constitucional na era democrática, quando a publicidade dos atos do Estado, inclusive os cometidos em tempos pretéritos, é regra, e não exceção.

Ademais, quanto ao passado, deve ser explicitado que a sua rememoração, especialmente das graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura civil-militar, não é desarrazoada, mas serve como elemento norteador para tratá-las e repudiá-las, e, em última instância, para colaborar no aperfeiçoamento da democracia.

3. A Comissão Nacional da Verdade

No dia 16 de maio de 2012, sob as críticas de revanchismo, potenciais perseguições e instabilidade democrática disseminadas pelos setores mais conservadores da sociedade, especialmente pelos que colaboraram – direta ou indiretamente – com o regime ditatorial civil-militar, a CNV foi instalada, no intuito de cumprir com os objetivos firmados no art. 3º da Lei nº 12.528/2011.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 12.528/2011, a CNV foi composta por sete membros, designados pela Presidenta da República, entre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos.

Somados aos sete comissionados, a CNV contou com o auxílio de catorze assessores especializados, conforme o disciplinado pelo art. 9º da Lei nº 12.528/2011 e de um número superior a 200 pessoas, entre servidores provenientes dos mais diversos ministérios e órgãos, aliados a pesquisadores oriundos de acordo técnico firmado com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

O art. 3º da Lei nº 12.528/2011 apresentou um rol meramente enunciativo de objetivos da CNV, os quais foram firmados em quatro grandes pilares: apuração/investigação dos crimes cometidos durante a ditadura, publicização das violações de direitos humanos no curso do regime ditatorial, criação de mecanismos para a sua não repetição e para assistência às vítimas.

Desse modo, entende-se que tal dispositivo, ao dividir o campo de atuação da CNV em quatro linhas mestras, pretendeu estabelecer objetivos mínimos, que colaborassem para a restauração das vítimas e da sua história, bem como para a defesa e a promoção da memória coletiva e, em última instância, para a consolidação da democracia brasileira.

Por sua vez, o art. 4º destacou as medidas/estratégias que podiam ser utilizadas pela CNV para atingir seus objetivos: receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe fossem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada; requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que pudessem guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; promover audiências públicas; requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade.

A Lei nº 12.528/2011, no § 3º do art. 4º, fez também questão de sublinhar o dever dos servidores públicos e dos militares de colaborar com a Comissão Nacional da Verdade, o que não significa dizer que o seu chamamento

podia ser confundido com uma intimação judicial. Como já dito, a CNV não gozava de natureza judicial, mas administrativa, de cunho conciliatório.

Coadunando-se com o formulado nas linhas anteriores, o § 4º do mesmo artigo esclareceu que as atividades da CNV não teriam caráter jurisdicional ou persecutório, tentando dissipar, assim, um dos maiores temores dos agentes da repressão, que, reiteradamente, discorriam sobre o seu possível caráter revanchista.

De fato, é necessário explanar claramente que a CNV apurou as violações de direitos humanos perpetradas no período disciplinado pelo art. 8º da ADCT, em prol da transparência e da memória coletiva. Tais crimes tinham que ser apurados em respeito aos cidadãos do presente e do porvir. A CNV não foi criada para expor os agentes ou os investidores da ditadura e os seus atos para, em seguida, perseguí-los.

A CNV esteve pautada em um objetivo maior: trazer a lume a verdade e a memória do Brasil – o que perpassa também, mas não somente, a exposição dos perpetradores da ditadura e das graves violações de direitos humanos por eles cometidas –, para que, ao final desse movimento de catarse e ressignificação do passado, fosse possível construir uma democracia genuína, digna de apreço e confiança de todos.

Por sua vez, o § 5º estabeleceu que a CNV poderia requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos – públicos ou privados – necessários ao desempenho de suas atividades. Assim, embora a Comissão não tivesse caráter jurisdicional, poderia fazer uso do acumulado de processos, documentos e registros constantes no Poder Judiciário, o que colaborou para a eficiência e agilidade das suas demandas.

Por seu turno, o § 6º do mesmo artigo determinou que qualquer cidadão que demons-

trasse interesse em esclarecer situação de fato revelada ou declarada pela CNV teria a prerrogativa de solicitar ou prestar informações para fins de estabelecimento da verdade, evidenciando o firme intento de oportunizar a todos o acesso à verdade dos fatos ou atos ditoriais, seja por razões diretas ou indiretas.

Ademais, o § 6º permitiu a promoção e a defesa da memória individual e/ou coletiva, na medida em que ensejou o esclarecimento ou reificação de situações antes registradas de maneira dúbia ou inverídica.

O art. 6º estabeleceu que a CNV poderia atuar de forma articulada e integrada com os demais órgãos públicos, especialmente com o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia, criada pela Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, e a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, criada pela Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995.

Aclara-se que a ideia de fazer uso dos documentos e relatórios já elaborados pela Comissão da Anistia e pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos foi, pois, uma maneira de não apenas considerar a trajetória transicional brasileira, como também de, por meio dela, trazer eficiência e agilidade aos trabalhos da CNV.

Em cumprimento à Medida Provisória nº 632/2013, convertida na Lei nº 12.998/2014, a CNV funcionou até 10 de dezembro de 2014, quando apresentou um Relatório Final circunstanciado, no qual foram descritas as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações a serem implementadas por meio de políticas de verdade e memória no Brasil. Ainda, em ato contínuo, a Lei nº 12.528/2011 determinou que todo o acervo documental e de multimídia resultante da conclusão dos trabalhos da CNV deveria ser encaminhado ao Arquivo Nacional.

4. O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade e a região Nordeste

Durante o seu mandato legal, a CNV valeu-se do acúmulo documental já sistematizado pelo Arquivo Nacional (AN), pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos (CEMDP) e pela Comissão de Anistia (CA) (BRASIL, 2014, p. 58-60). Em adição, colheu 1.116 depoimentos de vítimas e agentes da repressão, sendo 483 em audiências públicas e 633 em caráter reservado (BRASIL, 2014, p. 55), conjugados aos relatórios e às informações amealhados pelas Comissões estaduais e setoriais (BRASIL, 2014, p. 55). Para além de seus grupos de trabalho especializados,¹

¹ Para fins de esclarecimentos, “A partir de dezembro de 2012, as atividades de pesquisa da CNV passaram a ser desenvolvidas basicamente por meio de grupos de trabalho co-

a CNV estruturou equipes internas de comunicação e de ouvidoria; realizou diligências e perícias.

Por seu turno, o Relatório Final da CNV começou a ser estruturado em novembro de 2013, contando, para isso, com informações e documentos tratados por sua equipe de servidores e pesquisadores de Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, assim como pelos relatórios parciais e dados angariados nas Comissões parceiras (BRASIL, 2014, p. 57).

O Relatório Final da CNV foi dividido em três volumes. O primeiro subdividiu-se em cinco partes e discorreu, entre outros assuntos, sobre os antecedentes históricos da CNV e suas atividades; as estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos; métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas; dinâmica das graves violações de direitos humanos – casos emblemáticos, locais e autores; o Judiciário; conclusões e recomendações. No segundo volume, composto por textos temáticos, dissertou-se sobre as violações de direitos humanos dos trabalhadores, dos campesinos, das igrejas cristãs, dos povos indígenas, das homossexualidades, no meio militar e na universidade. Ainda, explanou-se sobre civis que colaboraram com a ditadura e sobre a resistência da sociedade civil às graves violações de direitos humanos. Por derradeiro,

ordenados pelos membros do Colegiado, contando, cada um deles, com assessores, consultores ou pesquisadores. Tal forma de organização teve por intuito permitir a descentralização das investigações e a autonomia das equipes de pesquisa. Pautada nessas diretrizes iniciais, a CNV estabeleceu 13 grupos de trabalho, segmentados pelos seguintes campos temáticos: 1) ditadura e gênero; 2) Araguaia; 3) contextualização, fundamentos e razões do golpe civil-militar de 1964; 4) ditadura e sistema de Justiça; 5) ditadura e repressão aos trabalhadores e ao movimento sindical; 6) estrutura de repressão; 7) mortos e desaparecidos políticos; 8) graves violações de direitos humanos no campo ou contra indígenas; 9) Operação Condor; 10) papel das igrejas durante a ditadura; 11) perseguições a militares; 12) violações de direitos humanos de brasileiros no exterior e de estrangeiros no Brasil; e 13) o Estado ditatorial-militar” (BRASIL, 2014, p. 51).

o último volume foi dedicado aos mortos e desaparecidos políticos da ditadura civil-militar.

Nesses três tomos do Relatório Final da CNV, há diversos registros sobre a autoria de graves violações de direitos humanos cometidas pela ditadura civil-militar, sobre os locais de seu cometimento e os nomes de mortos e desaparecidos políticos. Fica também aclarado que a implementação da ditadura brasileira não foi apenas militar, mas também civil, uma vez que, se foram os militares que estavam à frente dos tanques (REIS, 2014, p. 48) quando do golpe, foram os civis que patrocinaram ou mobilizaram verbas e pessoal na construção de uma ambição política polarizada, firmada por meio de ações ideológicas, sociais e políticas de desconstrução da figura política do então presidente João Goulart (DREIFUSS, 2008, p. 248-247).

Nessa esteira, não pode ser olvidado que, após a tomada do poder, os civis usurparam para si – em grande medida – a burocracia central, como defendido por Guillermo O'Donnell (1987, p. 21-22), bem como colaboraram para a cessão de espaços particulares utilizados como centros clandestinos de tortura.

É importante destacar que tais informações, embora complementadas e atualizadas pela CNV, também guardam o trabalho implementado pelas Comissões que a antecederam, a exemplo da Comissão de Anistia e da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos (CEMDP), bem como do *Projeto Brasil: Nunca Mais* (BMN),² levado a cabo pela Arquidiocese de São Paulo e publicado nos idos de 1985.

²Em relação à região Nordeste, o BNM, por exemplo, já havia citado, entre outros fatos, o primeiro aquartelamento de militares resistentes ao regime ocorrido na Base Aérea de Fortaleza – CE (BRASIL, 2009b, p. 120); o número de, pelo menos, seis organizações que tinham bases ou orgânicos de destaque na região Nordeste e diversos centros oficiais e clandestinos de tortura na região, a exemplo da denominada “Casa dos Horrores”, situada na cidade de Maranguape, no Ceará (BRASIL, 2009b, p. 237-238).

Com o advento da CNV e das disposições firmadas pelas Leis nºs 12.527/2011 e 12.528/2011, foi possível coletar depoimentos e documentos que não apenas corroboraram os dados antes trazidos pelo BMN, pela Comissão de Anistia e pela CEMDP, como também sistematizar, adensar e promover a transparência acerca das graves violações de direitos humanos cometidas pelos órgãos de repressão vinculados – direta ou indiretamente – à ditadura civil-militar, inclusive na região Nordeste.

Para ratificar isso, destacam-se, no Capítulo 2 do Relatório Final – que tratou das atividades implementadas pela CNV –, 80 eventos realizados em formato de audiências ou sessões públicas, sediadas no Distrito Federal e em 14 estados, dos quais três eram nordestinos: Maranhão, Paraíba e Pernambuco (BRASIL, 2014, p. 54).

Para a proposição central deste trabalho – a repressão e a resistência no Nordeste durante a ditadura civil-militar –, há que ser considerado o tomo I do Relatório Final da CNV, notadamente a parte IV do capítulo 15, que traz a lume as instituições e os locais associados a graves violações de direitos humanos durante a ditadura civil-militar, entre unidades militares e policiais e centros clandestinos, que totalizam 229, dos quais 45 (BRASIL, 2014, p. 831) – portanto, 19,65% – estavam situados na região Nordeste (BRASIL, 2014, p. 830-831).

Ainda merece destaque que, de acordo com o volume III, concernente aos mortos e desaparecidos pela ditadura civil-militar brasileira, foram vitimados 120 nordestinos. Considerando que a CNV relacionou 434 pessoas como mortas e desaparecidas pelo regime repressivo, as da região Nordeste representam 27,64% das vítimas da ditadura civil-militar (BRASIL, 2014, p.15-22).

Importante esclarecer que, durante os primeiros anos da ditadura, a repressão no Nor-

deste esteve focalizada principalmente na zona rural, o que pode ser demonstrado pelos relatos de graves violações de direitos humanos praticadas contra os membros das Ligas Camponesas, com destaque para as localizadas no interior da Paraíba e de Pernambuco (PARAÍBA, 2014, p. 54).

Quanto à resistência urbana, observa-se sua presença durante todo o regime ditatorial, acompanhada por um fenômeno migratório constante dos militantes nordestinos para a região Sudeste, o que se intensificou com o recrudescimento da repressão, a partir do Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968. Tal êxodo não se traduzia como uma renúncia tácita à resistência, mas tão somente como uma tentativa dos militantes das organizações de esquerda de viverem na clandestinidade em centros urbanos maiores e, assim, confundirem a repressão ditatorial localizada. Esse foi, pois, o motivo principal para que quase 50% dos nordestinos tenham sido mortos ou tenham desaparecido no Rio de Janeiro (29,16%) ou em São Paulo (18,33%).

Outra parcela significativa de nordestinos mortos ou desaparecidos durante a ditadura civil-militar – aproximadamente 16,66% – estava, por razões organizacionais e de segurança pessoal, na região do Araguaia, entre o estado do Pará e o atual estado de Tocantins, agindo na clandestinidade e participando da guerrilha rural que ali foi deflagrada contra as Forças Armadas brasileiras, entre 1972 e 1974.

Desse modo, com fundamento nos fatos e números apresentados pelo Relatório da CNV, é possível afirmar que a malha repressiva brasileira estava pulverizada por todo o território nacional, inclusive e ostensivamente na região Nordeste, tendo contado, em contrapartida, com uma resistência combativa de nordestinos.

A primeira afirmação pode ser ratificada pelas 45 unidades militares e policiais e cen-

etros clandestinos da região Nordeste utilizados para o cometimento de graves violações de direitos humanos. Não pode também ser olvidado que a repressão política nordestina funcionava articulada com órgãos repressivos das demais esferas, o que garantiu sua atuação em operações de transferência, detenções ilegais e execuções de presos políticos. Nesse sentido, pode ser citado o caso de José Carlos Novais Mota Machado, dirigente da Ação Popular, preso em São Paulo, mas “transferido para o Recife, onde foi morto sob tortura” (BRASIL, 2014, p. 1.395-1.396). Por sua vez, a Operação Pajussara³ (BRASIL, 2014, p. 720) culminou com a morte de Iara Ialveberg e de Carlos Lamarca, em 1971, na Bahia; e o Massacre da Chácara de São Bento⁴ exterminou seis militantes da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), entre 8 e 9 de janeiro de 1973, em Paulista – PE (BRASIL, 2014, p. 1.141-1.143).

A combatividade da militância nordestina pode ser medida, em primeiro lugar, pela sua resistência rural, representada principalmente pelas Ligas Camponesas. Na sequência, não podem ser olvidados aqueles 120 militantes nordestinos que tombaram em outras regiões, tanto no meio rural como no meio urbano, a exemplo do Araguaia e do Sudeste brasileiro, no intuito de, a despeito da repressão, prosseguir na resistência à ditadura civil-militar. Tal disposição ensejou a morte e o desaparecimento de quase 60 militantes no eixo Rio de

Janeiro–São Paulo, somados a outros 15 no estado do Pará e no atual Tocantins.

Por meio dos dados colhidos, verifica-se que a CNV teve um papel fundamental para a transição brasileira, na medida em que, a despeito das dificuldades de acesso aos acervos documentais das Forças Armadas⁵ e da recalcitrância de alguns agentes da repressão em responderem às convocações para tomada de depoimentos e audiências públicas, pôde apurar, em larga escala, provas sobre a autoria e as arregimentações firmadas para o cometimento das graves violações de direitos humanos durante a ditadura civil-militar, os contornos das estruturas repressivas estatais e a dinâmica dos movimentos de resistência, para, em seguida, trazê-los à lume, de maneira fundamentada e documentada, no seu Relatório Final.

Para o Nordeste, especificamente, a CNV representou um ponto de inflexão, uma vez que oportunizou a participação de comissões estaduais nos debates para a feitura do Relatório Final (BRASIL, 2014, p. 57), em audiências públicas e debates sobre casos emblemáticos de graves violações na região (BRASIL, 2014). Em seu Relatório Final, apresentou dados que comprovam a presença da repressão por todo o território brasileiro, de maneira irrestrita, inclusive na região Nordeste (BRASIL, 2014, p. 831), traçando um panorama mais amplo dos movimentos de resistência (BRASIL, 2014, p. 596) e suas especificidades no âmbito nordestino.

³ Conforme o Relatório Final da CNV (BRASIL, 2014, p. 698), a 2ª Seção da 6ª Região Militar participou da morte de Iara Ialveberg, no contexto da Operação Pajussara. No que diz respeito à cadeia de comando pertinente à morte de Carlos Lamarca, foram apontados pelo Relatório Final da CNV (BRASIL, 2014, p. 724), também no contexto da Operação Pajussara, os seguintes: CODI da 6ª Região Militar, CIE, CISA, CENIMAR, DPF, Polícia Militar da Bahia e DOPS-SP.

⁴ De acordo com o Relatório Final da CNV (BRASIL, 2014, p. 1.143), o Massacre da Chácara São Bento contou com a participação do DOI I Exército, DOI IV Exército e DOPS-SP.

5. Conclusão

O presente artigo atribuiu ao direito à verdade o sentido de se ter direito ao pleno co-

⁵ Nesse sentido, ver Relatório Final da CNV, Parte I, Capítulo 2, Seção C, que discorre sobre o relacionamento com o Ministério da Defesa e as Forças Armadas (BRASIL, 2014, p. 63-67)

nhecimento sobre os fatos e atos de terrorismo de Estado promovidos durante um período de instabilidade democrática, de modo a torná-los públicos e, em ato conexo, providenciar mecanismos políticos e jurídicos para a sua não reincidência.

Com a finalidade de conferir efetividade a esse direito, instituiu-se no Brasil, com base no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) por meio da Lei nº 12.528/2011, para examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas durante o período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, de forma a promover a reconciliação nacional.

A CNV desempenhou um papel relevante para as políticas de verdade e memória ao expor, no seu Relatório Final, publicado em 10 de dezembro de 2014, que as graves violações de direitos humanos foram práticas sistemáticas da ditadura civil-militar disseminadas por todo o território brasileiro – inclusive na região Nordeste –, rompendo, assim, com a lógica concentracionista, que historicamente as restringiu ao eixo Sul-Sudeste.

Nessa esteira, o Relatório foi também importante porque evidenciou as características de uma ditadura não apenas militar, mas igualmente civil, uma vez que os não fardados colaboraram tanto para a deflagração do golpe de 1964, como, em seguida, para o alinhamento e a operacionalização de sua burocracia autoritária e seu universo repressivo.

O Relatório também demonstrou que a região Nordeste contou com um número significativo de grupos e quadros de resistência à ditadura civil-militar brasileira, dados esses já expostos quando da publicação do *Projeto Brasil: Nunca Mais*, em 1985, tendo cabido à CNV o papel de sistematizar, adensar e promover transparência irrestrita, nos termos da Lei nº 12.527/2011 (Acesso à Informação) e da Lei nº 12.528/2011 (Criação da CNV), relativamente às graves violações de direitos humanos cometidas pelos órgãos de repressão e informação vinculados – direta ou indiretamente – à ditadura civil-militar.

Nesse contexto, entende-se que, na medida em que a CNV examinou e apresentou novas informações sobre as graves violações de direitos humanos cometidas no Nordeste, representou um ponto de inflexão, que, rompendo com a lógica concentracionista até então vigente, colaborou para a inclusão da região Nordeste na Agenda Transicional brasileira.

Sobre as autoras

Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do

programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutora pela University of Auckland, Auckland, New Zealand; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.
E-mail: anadavilalopes@unifor.br

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; professora da Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP/ FGV), Goiânia, GO, Brasil; analista de pesquisa contratada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD-Brasil) para trabalhar na Comissão Nacional da Verdade.
E-mail: ivchehab@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

THE NATIONAL TRUTH COMMISSION AND THE INCLUSION OF NORTHEASTERN BRAZIL IN TRANSITIONAL AGENDA

ABSTRACT: Despite the Northeast region have actively participated in the resistance to civil-military dictatorship established in Brazil on March 31, 1964, academic studies and transitional policies concentrated in the South-Southeast. This article aims to demonstrate how the work of the National Truth Commission (CNV) contributed to the breakup of this concentrationistic logic, to bring to light, on the basis of testimony from victims and agents of repression and in the documents of information and counter information agencies serious human rights violations perpetrated by the civil-military dictatorship, also in the Northeast. Therefore, it was used bibliographic and documentary research. On the first topic, it was brought the concept of right to the truth. Then, it was analyzed the Final report, especially about official and clandestine centers of serious human rights violations and statistics about dead and missing in the Northeast. By the end, it was demonstrated, through a qualitative analysis of the Final Report of the National Truth Commission, that the Northeast was significantly reviled by civil-military dictatorship, either through official and clandestine centers, which served to repress, terrorize and execute Northeastern resists.

KEYWORDS: NATIONAL TRUTH COMMISSION. CIVIL-MILITARY DICTATORSHIP. BRAZILIAN NORTHEAST.

Referências

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. Esquecer a violência: uma segunda injustiça às vítimas. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. São Leopoldo, v. 358, n. 12, p. 10-15, abr. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 dez. 1995.

⁶Sem revisão do editor.

_____. Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 nov. 2002.

_____. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 2009a.

BRASIL: *Nunca Mais: um relato para a história*. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009b.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011a.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011b.

_____. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

DREIFUSS, René Armand. *1964: a conquista do Estado: ação política, poder e golpe de classe*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FORÇAS Armadas resistem à Comissão da Verdade. *O Globo online*, Rio de Janeiro, 8 mar. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/03/08/forcas-armadas-resistem-comissao-da-verdade-923966696.asp>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

O'DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocráticos-autoritários*. São Paulo: Vértice, 1987.

PARAÍBA. *Relatório da Comissão Estadual da Verdade*. João Pessoa: Comissão Estadual da Verdade e da Preservação da Memória da Paraíba, 2014. Disponível em: <<http://www.cev.pb.gov.br/RelatorioCEV.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2016.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINTO, Simone Rodrigues. Direito à memória e à verdade: comissões de verdade na américa latina. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 128-143, jan./jun. 2010.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

SÃO PAULO. *A Comissão da Verdade no Brasil*. São Paulo: Núcleo de Preservação da Memória Política, 2011?. Disponível em: <<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Cartilha%20Comiss%C3%A3o%20da%20Verdade%20-%20N%C3%BCleo%20Mem%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

O autoritarismo brasileiro e as vias conservadoras em Francisco Campos, Oliveira Viana e o Estado Novo

ROBERTO BUENO

Resumo: As crises democráticas ordinárias e as instabilidades causam o recrudescimento da crítica e o aprofundamento das desconfianças sobre o sistema democrático. Esse ceticismo é ampliado quando a política, produzindo impactos sobre a economia, abre espaços para a operação da cultura conservadora e suas opções políticas de corte autoritário, que emprenham esforços populistas para angariar apoios nas classes médias e populares insatisfeitas, as quais se veem envolvidas pela propaganda financiada pelos mais altos interesses econômicos. Diante da janela de oportunidades decorrente das instabilidades, esses grupos agem para maximizar suas posições de poder. É hipótese deste artigo que a tradição política autoritária brasileira tem uma matriz comum; por isso, focalizam-se algumas de suas referências – em especial Francisco Campos e Oliveira Viana – capazes de mobilizar expectativas e fundamentos rumo à reconfiguração atualizada dessa tradição conservadora que atualmente aponta para a revitalização da política com viés normativo autoritário. O artigo visa contribuir com elementos que possam auxiliar na tarefa de desobstrução dos canais de percepção dos sutis processos de reconstrução de discursos políticos autoritários em curso, pois, ainda quando em vestes democráticas, preservam convicções profundamente inversas.

Palavras-chave: Brasil. Autoritarismo. Francisco Campos. Oliveira Viana. Estado Novo.

Introdução

Recebido em 8/12/15

Aprovado em 20/4/16

O Brasil atravessa período de instabilidade política devido ao recrudescimento de forças conservadoras e autoritárias que foram articuladas

a uma classe média insatisfeita e a parcela da população que nutriu dúvidas sobre as políticas públicas do governo eleito, promovendo a ascensão de outro por via não eleitoral. Atento a essa alternativa por muitos reputada inconstitucional, este artigo dedica atenção à análise de algumas das matrizes do pensamento autoritário brasileiro e suas íntimas conexões com as aspirações ditatoriais que começam a vicejar sem pejor em alguns dos mais privilegiados salões da República. Para isso, volta-se à aplicação de conceitos e categorias políticas e antropológicas tomadas como objeto de estudo da sociologia brasileira como instrumento para penetrar na raiz da aceitação de práticas autoritárias.

A preocupação central é retomar a perspectiva da formação social brasileira, evidenciando, em sua constituição, a persistência da imposição da cultura da submissão e do puro domínio. Com base nesses referenciais, pretendemos analisar a evolução do discurso conservador autoritário nos textos de Francisco Campos, Oliveira Viana e no Estado Novo. No decorrer do texto, será contextualizada a reflexão de fundo sobre os rumos apontados por filosofias políticas alimentadoras das instabilidades, que reforçam a tradição autoritária e ditatorial contemporânea.

A contextualização do pensamento conservador aqui realizada tem seu ponto de partida na sugestão de Karl Mannheim acerca da história das ideias, segundo a qual o conceito de estilo do pensamento (MANNHEIM, 2004) é uma das vias para realizar a interpretação histórica. Neste artigo, a aplicação desse conceito supõe a análise das diferentes vias de reflexão conservadora, com especial atenção aos desafios, às alterações sociais e às suas diferentes formas. Nessa perspectiva metodológica, recorremos a dois referenciais teóricos básicos: Francisco Campos (1891-1968)

e Oliveira Viana (1883-1951). Com base em certas categorias de suas obras, analisamos a evolução e o notável recrudescimento da cultura política autoritária no Brasil, que no Estado Novo compartilhava dos intensos esforços internacionais de crítica ao liberalismo democrático e de enraizamento da cultura ditatorial. O propósito é realizar uma busca conceitual da razão autoritária na tradição conservadora brasileira com a finalidade de avaliar o quanto próxima é de segmentos da política brasileira contemporânea.

1. Aspectos da constituição histórico-teórica do discurso autoritário brasileiro

A teoria política que reforçou a cultura autoritária e ditatorial no Brasil foi alimentada por grupos políticos e militares, assim como por um considerável núcleo de intelectuais, entre os quais se destacaram Francisco Campos e Oliveira Viana por suas intervenções no cenário histórico-ideológico dos anos 1930 e 1940 da vida brasileira.

Campos foi intelectual que, nos altos salões da administração pública, ocupou espaço central no desenvolvimento da cultura autoritária, em especial em sua interface com o direito e a política e na teorização sobre os movimentos conducentes à consolidação de um Estado autoritário e ditatorial. Prolífico em movimentos teóricos e práticos proclives aos Estados fortes de viés declaradamente ditatorial, não hesitou em aderir prontamente às forças políticas que visavam articular as condições para a instauração de regimes políticos com esse perfil e em auxiliar, juntamente com o general Góis Monteiro (1889-1956), na preparação política do golpe varguista de 1937. Ademais, chegando o momento, participou decididamente da

formatação e consolidação jurídica dos regimes ditatoriais implantados em 1937 e em 1964. O pensamento político campista era plenamente compatível com a perspectiva autoritária estado-novista de Vargas, que apontava para a ideia de que a figura do soberano político traduzia os anseios da população (GALVÃO, 1942, p. 16).

Na condição de autodenominado “delegado” implementador de uma vontade popular sufocada, o soberano político enfrenta uma tradição liberal. Campos articula e conecta com o jurídico um pensamento antiliberal e autoritário em sua mais pura representação. Afinado com o pensamento político campista, Azevedo Amaral destacava que a tradição do pensamento totalitário, de Stalin ao fascismo de Mussolini, esteve marcada pelo duplo movimento de repressão aos dissidentes e da expressão do regime como uma personificação objetiva e precisa do querer público (AMARAL, 1981, p. 249). Essa também era uma apropriada descrição para a nova política do Brasil, cuja realidade era a da ação de um ditador que responderia diretamente ao povo (VARGAS, 1938, p. 19), deslocando assim o papel das casas legislativas.

A crítica campista da década de 1930 esteve focada na democracia¹, no parlamento e no liberalismo, trabalho que articulou à sua intervenção jurídica no Governo Vargas. Do ponto de vista legal, escreveu quase solitariamente a Constituição de 1937, que instituía o que seria denominado democracia autoritária (VIANA, 1939, p. 149), em profundo distanciamento da matriz liberal, e que, para os ideólogos, seria a real descrição de uma democracia autêntica (AMARAL, 1981, p. 168). Essa interpretação da tipologia do Estado autoritário convergia para a de Azevedo Amaral, para quem os partidos eram absolutamente supérfluos e, ainda mais, funcionavam social e politicamente como “[...] elementos perturbadores, incompatíveis com a marcha normal da vida da nacionalidade” (AMARAL, 1981, p. 187). Esse era o discurso político que se encontrava em fase de expansão e que viria ancorar a estruturação da cultura política autoritária que invade a contemporaneidade. Assim, por exemplo, diria Paim Vieira que, naquele momento, os partidos políticos eram nada menos do que “[...] inimigo[s] nato[s] da harmonia social. Porque “partido” é um conjunto de indivíduos de interesses semelhantes que disputam a posse do Estado para dirigi-lo segundo as suas exclusivas conveniências, sem atender aos interesses de mais ninguém” (VIEIRA, 1933, p. 195).

No mesmo sentido de Campos, argumentavam Menotti del Picchia, o Integralismo de Plínio Salgado e, sobretudo, em tom assaz destrutivo,

¹ Para uma leitura comparada da concepção de democracia em Campos, ver Neves (20--).

o campeão antiparlamentarista e antipartidos, Oliveira Viana. Del Picchia também encontrou oportunidade para expressar a sua convicção da importância da construção do Estado Novo varguista ao estimular corações e mentes a se desapegarem das vetustas concepções de democracia e das formas viciadas de fazer política para, então, empreender uma (re)interpretação da política e da democracia consoante a realidade brasileira e capaz de a ela responder positivamente no sentido de contribuir para a resolução de seus problemas cruciais (SOUZA, 1976, p. 67). Por sua vez, a via antiliberal seguida pelo Integralismo de Plínio Salgado era declarada, e esse era um dos pontos de convergência com o regime varguista, convergência ideológica que não deixaria de ser mantida ainda quando o regime reagisse politicamente contra os integralistas quando de sua tentativa de tomar o poder de Vargas. Essa profunda concordância ideológica passa

va por um desprezo comum ao liberalismo e às suas instituições políticas, pelo combate aos partidos políticos e, via de consequência, pela opção pela centralização do poder político nas mãos do Poder Executivo. Literalmente, o Integralismo avaliava que as ações dos partidos políticos eram profundamente desagregadoras e colaboravam para o aprofundamento das crises institucionais e da incapacidade do País para superar as vicissitudes econômicas, bem como os desafios da nova economia mundial.

Por sua vez, Oliveira Viana, também em *O idealismo da Constituição*, deixaria ver a sua completa oposição ao sistema parlamentar e aos partidos políticos que nele operavam, desenhando um quadro de inúteis recursos humanos e institucionais para os fins de solução dos problemas do País que, conforme argumentaria também Francisco Campos, mais se ressentia era da intervenção de técnicos, e não dos despreparados políticos que, como se mencionou, estavam voltados exclusivamente para a defesa de interesses setoriais, o que provocava e aprofundava constantemente o ambiente de luta política. Assim como Oliveira Viana, Menotti del Picchia e Plínio Salgado eram portadores de vozes contrárias ao papel dos partidos políticos, classificados como meras agrupações de interesses particulares tão impróprios quanto desinteressados em procurar o bem comum, articulados apenas para a realização do privado, assim como desconectados e incompetentes para promover a solução dos problemas técnicos próprios de uma sociedade industrial então em processo de emersão no Brasil.

A crítica à democracia liberal que apenas em termos vigorara no Brasil em sua face parlamentar antes da Revolução de 1930 representava o antípoda dos propósitos de Campos, percepção repetida por Vargas ao sustentar que “O regime instituído a 10 de novembro [de 1937] é demo-

crático [...]” (VARGAS, 1938, 187), segundo, certamente, uma tipologia de democracia que nenhuma proximidade guardava com aquela de tipo liberal, pois a democracia de partidos era descrita por Vargas como uma verdadeira ameaça à unidade da pátria (VARGAS, 1938, p. 21). Essa posição antipartidarista era compartilhada por amplos setores de intelectuais, tais como Campos e Oliveira Viana no decorrer de toda a sua obra. Contudo, para Viana, essa crítica não tinha validade universal, pois, embora se aplicasse ao Brasil, por motivos socioantropológicos, não tinha aderência em sua aplicação ao mundo anglo-saxônico (SOUZA, 1976, p. 67)², dada a formação histórica, cultural e política daqueles povos.

Segundo a perspectiva conservadora autoritário-ditatorial compartilhada por Campos, Viana e Vargas, a democracia era concebida em termos alheios aos amplíssimos vícios parlamentares. O diagnóstico nacionalista evocado e apropriado pelo trabalho de Campos foi aplicado a sua análise do parlamento ao concebê-lo como uma instituição cujo funcionamento era deslocado dos interesses nacionais, muito embora a sua crítica não visasse constituir uma estrutura parlamentar dotada de competências e estruturas capazes de articulá-la com a população. Segundo essa visão, portanto, era um imperativo a substituição dessa forma organizativa da vida política, o que haveria de ocorrer pelo retorno aos referenciais antropológicos da brasiliade, movimento que evidenciaria o complexo cultural clânico que havia sido introduzido no Brasil pelos colonizadores (QUEIROZ, 1975, p. 125).

²Rigorosamente, para Viana, não eram universais os vícios do sistema de organização política em forma de partidos políticos. A eventual virtude do sistema de partidos poderia ser desenvolvida tão somente tendo a razão direta de sua conexão com as raízes sociológicas e antropológicas de uma determinada população, cujo exemplo era o caso anglo-norte-americano (VIANA, 1938).

A articulação sociológica de fundo com as instituições políticas era a condição de possibilidade para a estabilidade política segundo a leitura conservadora. A cultura clânica se consolidara ainda no período colonial, quando o poder político de fato era exercido pelos proprietários rurais, e não pela Coroa (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 32), e as tentativas posteriores de alterar esses referenciais, substituindo-os por outros alienígenas, apenas evidenciariam a linha do fracasso. Seu efeito era pernicioso, ademais, por gerar um individualismo ainda mais profundo do que o atomismo liberal (SANTOS, 2010, p. 273-307), algo que, segundo a cultura conservadora autoritária, era necessário contornar urgentemente com a força necessária, estratégia de cujo emprego derivaria a força suficiente para a reorganização centralizada e progressista do Estado brasileiro.

Esse singular projeto democrático-autoritário de Oliveira Viana foi também compartilhado por amplos setores da burguesia paulista e do baronato capitalista. Exemplo dessa via autoritária foi a carta feita publicar no aniversário de Vargas, em 1942. Ali, o então ditador era identificado com os próprios interesses do conjunto da população e do Brasil, leitura que reconhecia na atividade política de Vargas a de um verdadeiro mestre da democracia brasileira que havia logrado instaurar a ordem (DEMIER, 2013, p. 165), atividade para a qual haviam colaborado expressos setores da intelectualidade.

O projeto da ditadura estava em vias de concretização com base no discurso antiparlamentar e na superação das vicissitudes epocais por meio da consolidação do poder na figura de um só e virtuoso homem. Significativos passos nesse sentido foram dados pela introdução da unidade da direção administrativa e política pela Constituição de 1937, a qual bem

expressava as instituições que o seu grande artífice, Campos, sempre defendera (QUEIROZ, 1975, p. 126). A nova configuração do Estado era apresentada publicamente como se realmente dispusesse de uma estrutura democrática, é certo, com base em uma nova e atualizada reconfiguração do conceito de democracia, afinada com as teorias fascistas e nacionalistas europeias do período, então em fase de consolidação. Recepionando essas influências, o conservadorismo autoritário brasileiro entendia que a democracia conduzida pelos cidadãos era um vício institucional do qual derivavam males e desordens múltiplas (QUEIROZ, 1975, p. 124), pensamento social que Campos, Oliveira Viana, Vargas e Azevedo do Amaral, entre outros, não encontrariam dificuldades em referendar.

Oliveira Viana convergia para as premissas teóricas assumidas pela Constituição de 1937, que desenhavam um governo centralizado. Embora em franco diálogo com o fascismo europeu, os intelectuais brasileiros procuravam dissociar o núcleo duro do movimento autoritário nacional de outras referências. Ideia presente tanto em Alberto Torres como em Oliveira Viana, a estratégia era fundar o Estado brasileiro com inspiração de fundo no pensamento autóctone, voltando a atenção aos costumes e hábitos nacionais como forma de garantir a eficácia das normas e das políticas públicas adotadas.

Esse movimento seria supostamente suficiente para oferecer uma cultura de fundo sólida para responder às crises nacionais a que as estruturas democrático-parlamentares nacionais não conseguiam responder. Entretanto, o conservadorismo autoritário não apontava para a desarticulação das oligarquias no poder, senão para a substituição das oligarquias rurais e regionais pelas urbanas industrializadas. Essa visão era compartilhada por Azevedo

Amaral, que identificara na história brasileira as benesses políticas da centralização e da hiperfroia do Poder Executivo desde a República Velha, na qual todos os bens realizados e todos os maus evitados decorriam justamente dessa formatação política herdada (AMARAL, 1981, p. 69). Essa orientação contradizia internamente as críticas apresentadas pela miríade ideológica dos revolucionários autoritários de 1930, que apontavam para o personalismo de Washington Luís como o grande problema a combater, contradição empiricamente confirmada com a prática do regime varguista em aprofundar o suposto mal detectado e criticado no governo de Washington Luís.

O contexto do último governo eleito da década de 1930 estava perpassado pela análise campista, angulado desde a sua densa e intensa crítica ao liberalismo, viés igualmente utilizado por Vargas. Essencialmente, a crítica de que o liberalismo era incapaz de expressar o real interesse público já provinha dos últimos dias do Brasil imperial de 1888 (NABUCO, 2010, p. 232), e a leitura conservadora autoritária destacava que tal estrutura política era apenas capaz de agudizar a proteção dos interesses de indivíduos e grupos (VARGAS, 1938, p. 188). Tal crítica eraposta como se fosse possível um esquema político alternativo em que a figura de um só pudesse enfeixar o querer público de forma inarredavelmente compatível e fidedigna ao interesse público. Afinado com essa concepção de poder centralizado e com a cultura autoritária de seu tempo, nacional e europeia, Azevedo Amaral propôs uma concepção de democracia identificadora de Estado e sociedade, união indissolúvel concretizada pela ruptura com a organização liberal de mediação política pela via do sistema partidário, tal como propunha o liberalismo. Para Amaral, a democracia realmente poderia triunfar com o Estado transformado em expressão orgânica

da representação (AMARAL, 1981, p. 181), e não com um Estado organizado segundo a função partidária.

Em sentido idêntico, Azevedo Amaral destacou que a crítica às instituições parlamentares se vinha reforçando desde os primeiros anos da instauração da República, em movimento que apenas se densificou às vésperas da Revolução de 1930 (AMARAL, 1934, p. 156). Certamente, havia uma contradição interna na relação entre o conservadorismo e as suas aspirações revolucionárias como, por exemplo, apareceu em 1930. Tradicionalmente, para o pensamento conservador, a revolução significa uma realidade abjeta, caótica e, por definição, indesejável. Na interpretação histórica de Amaral, o núcleo da crítica era o profundo falseamento do sistema representativo por seus atores, visto que o sistema eleitoral não passaria de uma grande máquina de manipulação utilizada pelas oligarquias, nada mais do que um mero simulacro, ocorrência já antiga que remetia ao início do período imperial e que se prolongaria durante toda a fase republicana (AMARAL, 1981, p. 59). As suas ações destoavam visceralmente de uma concepção democrática em sua acepção ortodoxa (AMARAL, 1934, p. 157). Nesse mesmo rumo, Viana argumentava que a democracia não precisaria ser desenhada institucionalmente com base em processos eleitorais e que tampouco necessitaria de eleitores, pois esses atores não passariam de meios; a democracia precisaria ser compreendida e abordada como um fim, que realmente é, e poderia ser alcançada por outras e muito distintas vias (MEDEIROS, 1978, p. 171).

Esse tipo de visão ganhou densidade e foi confirmado no plano prático durante o Estado Novo, entre os anos de 1937 e 1945, ainda que, paradoxalmente, após sua saída do poder, Vargas tenha voltado ungido pelo apoio popular, pelas urnas – ele, que tanto esforço empregara para que não falassem em seu mandato executivo federal anterior, certo de que o povo não estava preparado para exercer o direito de voto.³ Para Vargas, era claro o perfil do regime, assim como as razões utilizadas para justificar a sua instauração:

O movimento de 10 de novembro [*de 1937*] foi [...] um imperativo da vontade nacional. [...] A nossa vida pública se transformara, aos poucos, numa arena de lutas estéreis, onde se vinham decidir os conflitos de corrilho, as preponderâncias oligárquicas, as competições personalistas e os choques de interesses [...]. (VARGAS, 1938, p. 188).

³ É interessante notar que mesmo algumas visões democráticas do período, embora perpassadas por viés aristocrático, como no caso de Assis Brasil, também compartilhavam a ideia de que o direito de voto não deveria ser concedido à população (ASSIS BRASIL, 1895, p. 60).

Vargas pretendia descrever os signos da época visando justificar o regime ditatorial originado de um autogolpe que apontava para a necessidade de suplantar uma realidade de múltiplos enfrentamentos entre os partidos políticos. Esse era o sistema qualificado como fraco e débil, marcado por uma intensa ação política das forças regionalistas e dos caudilhos (VARGAS, 1938, p. 189). Esse conjunto de atores políticos dispunha de força para representar uma ameaça à unidade nacional (VARGAS, 1938, p. 22), realidade já criticada anteriormente por Joaquim Nabuco nos derradeiros momentos do Império ao indicar que a democracia precisava ser constituída em torno de ideias, e não de chefes (NABUCO, 2010, p. 226). Inversamente, o caudilhismo reforçaria à exaustão esse traço, que se projeta na cultura política nacional, embora sob novas formatações e discursos ideologicamente travestidos em tons modernos.

Para derrotar seus adversários, vencer todos os obstáculos e sanear o ambiente, o juízo de Vargas era que as circunstâncias adversas constituíam potente conjunto impeditivo ao desenvolvimento brasileiro. A vitória sobre essa realidade implicava a disponibilização de meios e de instrumentos capazes de vencer a emergência (VARGAS, 1938, p. 168) e, assim, como alguns dos melhores teóricos da exceção, Vargas apontaria para a necessidade de que o soberano político dispusesse de instrumentos especiais para enfrentar situações excepcionais e de desequilíbrio (VARGAS, 1938, p. 187). Essa é uma leitura próxima ao núcleo duro das versões fascistas europeias, e nela a ordem não é apenas um valor necessário para a organização do Estado e da sociedade, senão que a ordem era mesmo um valor que deveria ser afirmado sobre outros muitos, pois apenas a partir dela (quase a qualquer custo) se alcançaria a confiança e a estabilidade (VARGAS, 1938, p. 203).

A teoria dos poderes de exceção descortina o presente sob a ótica analítica da agudização nefasta e, ao desenhar o sombrio no horizonte, estimula a radicalização do enfrentamento do mal presente com a concretização de ainda mais intensos males futuros. Em face disso, era proposta reação radical, sem mais possibilidade de contemporização (VARGAS, 1938, p. 31-32); daí a concentração de poderes que foram colocados à disposição de Vargas em 1938 para que revertesse os males da época, muito embora disso viesse a decorrer uma forte ditadura que, como sói ocorrer, sob o pretexto de remediar os, sempre termina por produzi-los ainda com maior intensidade em termos de custos humanos.

2. O autoritarismo na era Vargas e a crítica política campista

A busca de reforço para a retórica autoritária do regime varguista levaria ao populismo e à assimilação da figura de Vargas à de um *pater familias*, vínculo demagógico bem calçado em sua incontestável posição de mando. Apesar do óbvio flerte ideológico, o Estado Novo não era pensado como uma invenção estrangeira, mas, antes, como sustentava Vargas, como corporificação de “[...] vontades e ideias que se impõem e se afirmam [...] contra todos os fatos de dissolução e enfraquecimento da Pátria [...]” (VARGAS, 1938, p. 189), ancorado em uma perspectiva nacionalista que deitava raízes recentes no nacionalismo conservador de Alberto Torres (1978, 1982) e Oliveira Viana (1938, 1939, 1949). Vargas compreendeu o Estado como titular de função histórica especial: a de realizar o que reputava ser os desígnios públicos, sendo ele o instrumento da realização de uma específica visão de democracia antiliberal, mas que reconheceria de algum

modo o papel dos indivíduos e a sociedade civil. No regime autoritário-ditatorial, o poder é resumido na própria figura de Vargas, desenhando uma tipologia de Estado em que a coletividade se impõe ao indivíduo⁴ cujo bem privado sucumbe inerxavelmente ao bem e interesse coletivo (AMARAL, 1981, p. 255) cuja tradução é realizada de forma indiscutível pelo soberano político.

A figura autoritária de Vargas lançou mão da construção de uma forte imagem paternalista em uma sociedade cujo imaginário permanecia apegado às formas e aos estereótipos dos arranjos sociopolíticos do Brasil colonial, o que remete a uma tradição nacional cujos traços podem ser encontrados na formação da sociedade brasileira. Recorda José Murilo de Carvalho que o Estado brasileiro daquela quadra da história era analisado por Oliveira Viana como portador de indefectível patriarcalismo rural (CARVALHO, 1991, p. 93), uma longa e bem estabelecida estrutura colonial que se caracterizava pela figura do senhor, respeitado socialmente como o grande provedor. Entre as suas obrigações estava a de assegurar a ordem, mas também tornar acessível às massas todo o sentido de mundo, para todos os seus filhos, achegados, parentes, empregados e escravos.

A realocação desse discurso posicionava o soberano político como uma personalidade que deveria realizar a mesma tarefa em prol de seus súditos em um momento de desorientação crescente, mormente em face da decadência das estruturas rurais e da urbanização crescente. Perdido o poder de mando pelo senhor de engenho ou grande dono de terras, sem embargo, a despeito dessa transição, a sim-

⁴Nesse sentido, Azevedo Amaral qualifica o Estado autoritário como não envolvendo o aniquilamento da personalidade humana, perfil preciso do totalitarismo fascista, mas desenhando uma demarcação precisa da força com que é estabelecido o direito da coletividade de se impor aos indivíduos (AMARAL, 1981, p. 156).

bologia permaneceu no imaginário político, e facilmente migrou para as novas estruturas de poder da sociedade industrializada de predominância urbana⁵, viabilizando a realização dos antigos propósitos de dominação por novas vias. Triunfava uma ordenação patriarcal do mundo, certamente oposta ao amplo conjunto de “[...] exigências de uma sociedade de homens livres e de inclinação cada vez mais igualitária” (HOLANDA, 1995, p. 144)⁶. Foi no perímetro urbano que inicialmente ocorreu o desequilíbrio e a amostragem do profundo antagonismo entre os novos servos urbanos, figurados no proletariado, e os donos das terras, agora encarnados em proprietários de sobrados. Uma pretensa suavização da dominação até então exercida no meio rural não completaria um processo efetivo de transição do feudal ao moderno pelo mero fato da convivência coletiva na urbe, senão que as forças repressoras a serviço dos poderes sociais articulados puderam encontrar ainda maior capacidade de organização e imposição que as novas sociedades industrializadas e informatizadas não desconhecem.

Esse modelo de relações de poder e de tutela coercitiva foi transposto pelas mentes e corações para o âmago das relações políticas republicanas, o que propiciou que a liderança continuasse a ser bem avaliada quando encarregada a uma figura que evocava a do patriarca familiar. Nesse sentido, Sérgio Buarque de Holanda recordava que a cultura política de

⁵Nesse sentido, converge a leitura de Ferreira de *Casa grande e senzala*, de Freyre, obra na qual aponta a clareza com que “[...] o patriarca é substituído, sem grandes rupturas, pelo ‘pai político’ de todos, pelo ‘poder suprapatriarcal [sic!]’ do Rei e depois do Imperador” (FERREIRA, 1996, p. 240). Ferreira também chama atenção para a comunidade de temas essenciais em Freyre, Viana e Buarque, concentrados na família e no patriarcalismo da formação social brasileira (FERREIRA, 1996, p. 230).

⁶Essa tradição analítica seria também desenvolvida por Gilberto Freyre e recepcionada por Caio Prado Jr. (RICUPERO, 2011, p. 425).

triunfo incontestável do *pater familias*, durante longo período bastante expandida na cultura nacional, foi transposta pelo regime autoritário à órbita política, em que pese tenham, em seu desfavor, permanecido operantes os processos corrosivos que continuaram atacando a forma de manifestação do princípio da autoridade em seu estilo weberiano (HOLANDA, 1995, p. 81-82). Por essa via, pode-se entender a estratégia do regime autoritário de procurar calçar o mais profundamente possível a autoridade do ditador justamente no núcleo familiar⁷, conforme presente no imaginário popular.

Tal estrutura de poder influenciada pelo modelo de poder doméstico estava em aberta dissociação dos mais caros princípios orientadores do poder e da legitimação do Estado presentes no 1789 francês e nas formas do racionalismo sociológico weberiano em sua formulação da burocracia como eixo para o moderno funcionamento de um Estado de Direito. No caso brasileiro, tanto no período estado-novista como em outras manifestações de força posteriores, foi patente o arraigamento de uma visão resignada, ou mesmo acomodada, com o regime ditatorial atuando como elemento bloqueador da reação. A inapetência das maiorias nacionais para a atividade de resistência em face do mal de algum modo já se anunciava entre nós mesmo em espíritos contestatários como Nabuco, cuja atividade libertário-abolicionista se dedicara mais a sensibilizar a ditadura vigente para cumprir as necessidades populares básicas do que propriamente para colocar-lhe termo (NABUCO, 2010, p. 235). Nesse aspecto, faltava-lhe, como a muitos, o espírito provocador da ruptura com o inegociável.

Nabuco reconhece que a dignidade de um monarca residiria justamente na percepção de sua possível transitoriedade no exercício de funções, precisamente devido ao incremento histórico das liberdades introduzidas pelo próprio esforço de seu governo. Contudo, a chave da ruptura ocorre muito comumente quando a condição do soberano não está composta dessa dignidade política e, ao fincar esperanças em que este balize ações políticas em virtudes que não possui, *in extremis*, o argumento é básica e finalisticamente, ainda que de modo travestido, um defensor do *status quo*. Nesses termos, portanto, quando apresenta a dignidade do monarca como residente na presteza em disponibilizar-se a perder o trono quando houvesse chegado o momento de um estágio

⁷ De forma bastante sintética e direta, para José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, o modelo político era mais estável e justo na medida em que o paternalismo adotasse vias de radicalização. Por seu turno, Buarque de Holanda conclui que “A família patriarcal fornece, assim, o grande modelo por onde se hão de calçar, na vida política, as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos. Uma lei moral inflexível, superior a todos os cálculos e vontades dos homens, pode regular a boa harmonia do corpo social, e portanto deve ser rigorosamente respeitada e cumprida” (HOLANDA, 2003, p. 85).

superior do desenvolvimento das liberdades (NABUCO, 2010, p. 224), Nabuco conecta uma realidade virtuosa desejável a uma pré-condição raramente verificável naqueles que detêm o poder soberano – a saber, dispor dele em benefício de outrem pela exclusiva consideração do interesse público.

O tom do trabalho e da ação política de Campos discrepa essencialmente de quaisquer vertentes liberais ou mesmo libertárias do tipo apresentado no pensamento social de Joaquim Nabuco. Se é mesmo certo que a história não se elabora em seus pressupostos nem se materializa individual, mas coletivamente, Campos pode ser considerado um dos pavimentadores da cultura autoritária no meio jurídico-político brasileiro e, a médio prazo, um antecipador e um importante colaborador da montagem do cenário que apontou para a ditadura militar brasileira no ano de 1964 e seus conhecidos desdobramentos, quando o poder foi ocupado por um grupo oligárquico determinado a mantê-lo com unhas e dentes e para o qual o povo merecia realmente muito pouca consideração (ABREU, 1979, p. 7). Campos interveio na esfera do debate público para bloquear os instrumentos que dispõem de força para interditar, em alguma medida, os regimes de força e, mais, reforçou a necessidade de restrição das liberdades, via para o estabelecimento de uma ordem que supôs ter sido rompida devido à alegada incapacidade liberal-republicana de reger as instituições a partir de sua filosofia absenteísta.

O cerne da crítica epocal ao liberalismo era o compromisso com a não intervenção, com a neutralidade – em suma, com um Estado indiferente ao conteúdo das relações sociais e políticas tramadas em seu âmago. A crítica a essa tipologia de Estado foi compartilhada por amplos setores conservadores do catolicismo laico, a exemplo de Amoroso Lima, com

a notável influência de Jackson de Figueiredo, fundador do Centro Dom Vital, cuja doutrina foi inspirada pelo *Quanta Cura*, de 1864, e pelo *Syllabus* de Pio IX, de todo comprometido com o antiliberalismo⁸. Corajoso, Dom Vital foi capaz de atacar com energia a Maçonaria brasileira e as suas combinações subterrâneas de poder que, certamente, não eram (e tampouco se tornariam) revolucionárias, ainda quando alguma retórica deslocada assim o pretendesse. O movimento católico conservador indicava a urgência do enfrentamento com o liberalismo, já que, supostamente, o Brasil estaria a um passo de se transformar em um Estado anticristão e antinacionalista (LIMA, 1936, p. 86), pois não seria outra a consequência da indiferença do Estado burguês relativamente ao mundo dos valores e das ideologias que habitavam o seu território (LIMA, 1936, p. 47) – linhagem conservadora compartilhada também por Oliveira Viana.

Nesse contexto, o Estado não poderia esperar qualquer auxílio do mundo político partidário para cumprir os seus excelsos fins, nem sequer os meios adequados para contribuir para o desenvolvimento da tarefa política (QUEIROZ, 1975, p. 112). Muitos dos males continuavam inabordáveis porque as jovens nações americanas insistiam em recolher soluções dadas pelas velhas civilizações ocidentais (VIANA, 1938, p. 404) cuja cultura lhes permitia recorrer às estruturas partidárias, apesar do histórico ceticismo madisoniano relativamente ao papel das facções. No caso brasileiro, Viana alertava para a manutenção dessa nefasta influência estrangeira combinada com a ausência de qualquer aspiração da nacionalidade ou inspiração nas fontes da vitalidade nacional (VIANA, 1938, p.

⁸Para uma visão mais abrangente da influência da Igreja Católica na política brasileira, ver Mainwaring (1989).

391), via pela qual não se poderia esperar que as instituições jurídicas e políticas pudessem responder aos desafios do País.

A tradição de importação de conceitos e instituições já fora apontada como um problema a ser enfrentado pelo latente nacionalismo de Torres, para quem “Não podendo ter formado tradições e tendências nacionais, não adquirimos o conhecimento consciente de nossa terra” (TORRES, 1978, p. 158). Não se tratava de algo original, pois crítica já antecipada por Paulino de Sousa (1807-1866), o *Visconde do Uruguai*, ao chamar a atenção para a importância de nos voltarmos ao estudo do que é nosso (URUGUAY, 1960), linhagem em larga e intensa medida continuada por Oliveira Viana. Viana chamou a atenção para o idealismo utópico das elites brasileiras latente em sua atividade de copiar ideias (quando não mesmo ideais) estrangeiras (CARVALHO, 1991, p. 86), até mesmo a estrutura dos partidos que a realidade nacional terminava por mostrar inadaptados, bem como a criação de uma versão classificada deles, produzindo algo nada melhor do que uma democracia rudimentar (VIANA, 1949, p. 201), que não tardaria em ser qualificada por Sérgio Buarque de Holanda como um “lamentável mal-entendido” (HOLANDA, 2003, p. 160). Esse quadro encontrava assento na realidade dos partidos políticos, pois tal qual haviam sido compostos não passavam de uma ordem clânica, sem qualquer diferenciação substancial em sua eterna preocupação com a proteção de interesses pessoais de mando e de proteção de seus grupos (VIANA, 1949, p. 324).

A crítica ao liberalismo compartilhada por Oliveira Viana escorava em sua denúncia da insuficiência filosófica e política de conceções puramente intelectualistas, nas quais tudo se rege por dogmas universais elaborados pela razão (VIANA, 1938, p. 391), crítica que em Campos seria conectada com o apelo elogioso

à opção irracionalista, e também pelo esforço de intelectuais como Azevedo Amaral em distanciar o regime de uma racionalidade *a priori* entendida como nefasta, sentido no qual se permitia o elogio ao Estado Novo por não calçar as suas instituições em construções racionais ou abstratas (AMARAL, 1981, p. 191). Em movimento paralelo, para Campos, a filosofia soreliana era representativa de um irracionalismo que operava como forte instrumento de dominação política em cujo bojo a integração política total seria viável pela retomada do conceito de mito, tendo em perspectiva a elaboração de uma narrativa sagrada para legitimar a autoridade sem história.

Em tal argumentação, o mito era um importante instrumento para a realização do Estado autoritário, considerado uma técnica eficaz para a “[...] utilização do inconsciente coletivo para o controle político da nação” (CAMPOS, 2001, p. 19). Campos sustentava que o mito deveria ser operado politicamente na medida em que as decisões das massas não eram eficientes para as necessidades de uma sociedade moderna, uma vez que não eram resultantes da modelação de uma racionalidade bem acabada. Ao contrário, a decisão tomada pelas massas era fruto da intervenção da pura vontade, em sua forma crua, inspirada pelos instintos e temperada pelos desejos. Portanto, era uma visão otimista e beata aquela sustentada pelo liberalismo, como se fosse possível pela via da razão promover “[...] a transformação da força em direito, e da dinâmica dos interesses e tendências em conflito em um delicado balanço de ideias” (CAMPOS, 2001, p. 26). Tal visão estava afinada com o texto de Oliveira Viana, para quem a paz social passava pela eliminação do conflito e pela implementação de uma sociedade cooperativa (CARVALHO, 1991, p. 91), não pela via popular, e sim pela intervenção de uma liderança elitista ao me-

lhor estilo de Mosca e Pareto. Mesmo porque, como diria este último em carta a Antonucci datada de 1908, de fato, “[...] é sempre uma minoria que governa” (HOLANDA, 2011, p. 64). Ao fundo, o que está em causa é a percepção filosófica de fundo campista comprometida com o elitismo, segundo a qual a categoria intelectual das massas não era capaz de contemplar o pensamento discursivo e menos ainda de tomar decisões pautadas pela racionalidade inerente às demandas da complexa sociedade industrializada que se constituía no Brasil.

Considerações finais

Campos defendia que as decisões políticas não mais fossem tomadas com base em processos racionais (CAMPOS, 2001, p. 24), meramente calcadas na ingênua crença liberal e na sua “concepção forense do mundo”, que admitia que a melhor razão pudesse triunfar. Tal perspectiva liberal era tida por demais ingênua para ser assumida por um realista político como Campos, cuja convicção autoritária o fazia identificar a necessidade de superação do liberalismo.

A superação do liberalismo era necessária, pelo menos, em face de um duplo fenômeno: (a) o considerável aumento das tensões ideológicas na sociedade brasileira que levavam à radicalização do enfrentamento para muito mais além da potência de que dispusesse a mais bem intencionada racionalidade; e (b), em segundo plano, a incapacidade dos membros das casas legislativas para o exame racional das matérias técnicas e altamente complexas. Era precisamente esse tipo de questões especializadas que estava na ordem do dia dos parlamentos, e não mais aquelas questões genéricas, de corte moral, que um dia haviam ocupado a pauta dos parlamentos.

Alberto Torres destacou que, embora os homens de governo tivessem avançado em seu preparo técnico e teórico, por outro lado, os fatos haviam crescido em variedade e complexidade (TORRES, 1978, p. 46); assim, ao enfocar a complexidade das funções econômicas modernas, compartilhava com Oliveira Viana a crítica ao parlamento. Sustentavam que a Câmara dos Deputados havia-se transformado em verdadeiro óbice para a eficiência da administração pública (QUEIROZ, 1975, p. 121), quadro consolidado pela esterilidade da ação legislativa, pelo espírito de facção ali presente e pela completa ausência dos partidos em tomar como objeto de preocupação o interesse nacional (QUEIROZ, 1975, p. 121). Essa é uma das vias para a crítica desconstitutiva das raízes da cultura parlamentar que constitui o espaço para a formação da vontade popular. São tão indubitáveis as distorções do sistema quanto, via inversa, a irresistibilidade das forças bárbaras que habitam o coração da opção autoritário-ditatorial apresentada por diversos conservadores daquela quadra histórica da vida política brasileira e que, nos dias correntes, apresentam como nova uma antiga, antilibertária e sangrenta alternativa.

Essa análise posicionou a complexidade da sociedade industrial como uma tarefa inabordável pelas casas legislativas. O que estava em causa era a busca pelo assentamento de uma crítica ao parlamento cuja base empírica indicava como uma característica comum a ineficiência analítica para abordar as sociedades modernas industrializadas. Já não mais se tratava de uma realidade pontual da sociedade europeia de meados do segundo quarto do século XX; portanto, a crítica era apresentada com ambição universalizante. A complexidade era uma característica de época que precisaria ser entendida em consonância com as transformações econômicas que reclamavam maior

dinamicidade e velocidade no processo de tomada de decisões – incompatível, portanto, com as estruturas parlamentares. O caráter precário dos processos parlamentares e sua falta de especialização são leituras compartilhadas por críticos da estrutura parlamentar contemporânea, tecidas especialmente por setores ligados ao capital e ao meio produtivo em geral, para quem a única lógica da organização social é a da maximização das condições de produção, e não outra, político-organizativa dos interesses dos homens que vivem em sociedade.

A incapacidade do parlamento para enfrentar aquela realidade foi tornada um verdadeiro motor argumentativo e impeditivo para aceitar a atividade parlamentar, guindada a marca obstaculizadora do desenvolvimento do País. Compatível com o texto campista, essa conjugação de fatores punha em evidência a incapacidade das casas parlamentares de “[...] quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar” (CAMPOS, 2001, p. 47). Rigorosamente, a tarefa legislativa já não mais continha matéria estritamente política, senão que havia assumido “[...] um caráter eminentemente técnico” (CAMPOS, 2001, p. 54), e nessa condição é que a tradição autoritária reclamava que tal função migrasse para corpos exclusivamente técnicos subordinados ao Poder Executivo, sem considerar que, ainda quando fosse necessário algum movimento do gênero, tais órgãos fossem subordinados ao Poder Legislativo, precipuamente competente para apresentar as coordenadas políticas para o trabalho legislativo. Desse modo, estava claro que a argumentação tinha forte interesse político, e não um compromisso com a eficiência técnica e o desenvolvimento econômico do país. Havia nesse diagnóstico uma percepção de fundo acerca de necessário passo rumo ao autoritarismo para superar a organização esta-

tal parlamentar e de que debalde seriam todos os esforços em sentido contrário.

O artigo visou expor a nervura da cultura política autoritária que foi sendo nutrida no correr das décadas de 1920 e 1930, procurando expor a compreensão da política como força bruta e, nesse sentido, expor os antecedentes teóricos da doutrina da ditadura no Brasil e como isso poderia estar ligado aos movimentos sociais contestatários atuais. Essa cultura sobreviveu durante anos nos porões da sociedade civil e, após longo estado hibernal, grupos ocupam as ruas para exercer a liberdade de expressão com a finalidade de colocar termo a ela. São dias nebulosos para a democracia, apanhada por turbulência ideal, que abre espaço para que incautos saltem das profundezas da inatividade política para demandas por menos política e por mais regime de força. Estes conturbados dias podem ser parcialmente creditados às autoridades políticas, dada a sua desídia e ineficiência para mediar a crise sistêmica que não foi abordada e permitiu que o capital dominasse por completo o cenário e atribuísse à política toda a responsabilização pela corrupção. É movimento que socava a legitimidade da democracia e projeta sorrateiramente para os dias que correm críticas conservadoras como as de Campos e Viana.

A potente disseminação da cultura de desprezo pela democracia e por suas casas legislativas certamente foi um dos eixos alimentadores entre as massas da cultura autoritária que daria suporte a regimes de força no Brasil, considerando que, virtualmente, nenhum regime pode sustentar-se ao arreio da anuência da população.

As análises desenvolvidas apresentam um pensamento social inegavelmente carregado de radical desprezo pelas instituições democráticas, reconhecendo que elas não passam de verdadeira chicana cujas formalidades apenas

iludem o cidadão comum de que está efetivamente a participar de processos políticos. O caminho apontado para superar esse nefasto quadro foi *intensa e densamente* pior do que a realidade criticada tão acidamente por essa tradição autoritária. Se correção havia no diagnóstico, ainda assim não a haveria nas prescrições para o mal apontado, que supunha dor, força e sofrimento. Este é um dilema constante das críticas à democracia: o de que o sistema alternativo a construir ainda sob as regras políticas vigentes é, certamente, merecedor de nossas críticas.

Se há mesmo algo capaz de despertar a esperança na revogação da herança da ordem patriarcal mascarada sob as diversas formas, sugerimos que ela seja a coragem social orientada para a resistência e para a inovação, ambas transformadas em ousadia, quando mescladas ao tempero potente da prudência. Depois de tudo, a elite conhece maus dias, considerável enfraquecimento, embora não o seu ocaso, quando se vê confrontada com o ânimo individual encorajado pelo espírito de justiça social. Eis a nota de que o futuro já não mais se constrói pela projeção crua do passado sob as inquietações do presente, mas, sobretudo, pelas emoções e esperanças que aspiramos a constituir como caracterizadoras do futuro que, definitivamente, não compactua com os valores do autoritarismo e da ditadura.

Esta é uma primeira versão do texto produzido em linha de pesquisa em filosofia política endereçada a analisar a tradição conservadora e autoritária brasileira da primeira metade do século XX e suas conexões com o pensamento ditatorial e totalitário.

Sobre o autor

Roberto Bueno é pós-doutor em Filosofia do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), Marília, SP, Brasil; doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; especialista em Direito Constitucional e Ciência Política pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (CEC), Madrid, Espanha; professor adjunto III da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, MG, Brasil
E-mail: rbueno_@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁹

THE BRAZILIAN AUTHORITARIANISM AND THE CONSERVATISM ROUTES IN FRANCISCO CAMPOS, OLIVEIRA VIANA AND THE NEW STATE

⁹ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The ordinary crisis in democracy and its instabilities cause the intensifying of the critic and the deepening of the mistrust in democracy system. This skepticism increases when the politics carry on its impact on the economics, oppening spaces to the operation of conservative culture and its political options characterized by the authoritarian way, pledging populist efforts to obtain support from the unsatisfied middle and popular classes, conditioned or even wrapped up by the intensifying of the power through the marketing financed by the highest economics interests, which perceive the window of opportunities in face of the instabilities who proceed to maximize his position of power. The hypothesis of this article is that the Brazilian authoritarian political tradition has a common matrix and by that reason is focusing some of its references – specially mentioning Francisco Campos and Oliveira Vianna – capable to mobilize theory and demands and in the way promote the reconfiguration of that normative conservative tradition which actually points to a revival of authoritarian politics. This article aims to contribute with some elements which may help to clearance the ways of perception of the subtly process of rebuild the authoritarian political discourses which are in practice using the democratic masquerading, notwithstanding, preserving their beliefs deeply opposite.

KEYWORDS: BRASIL. AUTHORITARIANISM. FRANCISCO CAMPOS. OLIVEIRA VIANA. ESTADO NOVO.

Referências

- ABREU, Hugo. *O outro lado do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.
- AMARAL, Azevedo. *O Brasil na crise actual*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.
- _____. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Universidade de Brasília, 1981.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *Democracia representativa: do voto e da maneira de votar*. Paris: Guillard Aillaud, 1895.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Vianna. *Estudos Históricos*, v. 4, n. 7, p. 82-99, 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2310/0>>. Acesso em: 17 maio 2016.
- COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil 1964-1985*. 2. ed. São Paulo: Record, 1999.
- DEMIER, Felipe. *O longo bonapartismo brasileiro 1930-1964: um ensaio de interpretação histórica*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. A formação nacional em Buarque, Freyre e Vianna. *Lua Nova*, n. 37, p. 229-254, 1996.
- GALVÃO, Francisco. *Diretrizes do Estado novo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1942.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Fundação Dorina Nowill para cegos, 2003.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- LEONIDIO, Adalmir. Notas de pesquisa sobre a correspondência entre Alceu Amoroso Lima e Jackson de Figueiredo (1919-1928). *Revista de História e Estudos Culturais*, v. 4, n. 1, p. 1-17, jan./mar., 2007. Disponível em: <<http://www.revistafenix.pro.br/PDF10/>>

ARTIGO3.SECAO.LIVRE.Adalmir.Leonidio.pdf#page=1&zoom=190,0,842>.Acesso em:
17 maio 2016.

LIMA, Alceu Amoroso. *Indicações políticas*: da revolução à constituição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1936.

MAINWARING, Scott. *A igreja católica e a política no Brasil 1916-1985*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

MANNHEIM, Karl. *Ideología y utopía*: introducción a la sociología del conocimiento. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária brasileira: 1930-1945*. Rio de Janeiro: FGV, 1978.

NABUCO, Joaquim. *Essencial Joaquim Nabuco*. São Paulo: Penguin-Companhia das Letras, 2010.

NEVES, Leonardo. O lugar da democracia no pensamento autoritário de Oliveira Vianna, Azevedo Amaral e Francisco Campos. *Segundo seminário de sociologia e política (IUPERJ)* 20--.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

QUEIROZ, Paulo Edmur de Souza. *Sociologia política de Oliveira Vianna*. São Paulo: Convívio, 1975.

RICUPERO, Bernardo. Posfácio. In: PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 419-430.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Oliveira Vianna e o constitucionalismo no Estado novo: corporativismo e representação política. *Sequência*, n. 61, p. 273-307, dez. 2010.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. *Estado e partidos políticos no Brasil (1930-1964)*. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*: primeira parte: a constituição. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

_____. *O problema nacional brasileiro*: introdução a um programa de organização nacional. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

VARGAS, Getúlio. *A nova política do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938. v. 5.

VIANA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*: história, organização, psicologia. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

_____. *O idealismo da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

_____. *Problemas de política objetiva*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947.

_____. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1949. v. 1.

VIEIRA, Paim. *Organização profissional*: corporativismo e representação de classes. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1933.

VITA, Luís Washington. *Antologia do pensamento social e político no Brasil*. São Paulo: União Pan-Americana, 1968.

Regulação às avessas

Um estudo de caso no setor de telefonia brasileiro

ANDRÉ FELIPE CANUTO COELHO

Resumo: Figuras recentes no universo estatal brasileiro, as agências reguladoras ainda têm seu papel questionado. Com o objetivo de contribuir para esse questionamento, avalia-se a sua atuação numa atividade econômica permeada por contínuos progressos científicos, em que a assimetria de informações é o resultado natural da adoção de novas tecnologias: o setor de telefonia. Mediante o estudo de alguns casos emblemáticos ocorridos há alguns anos, apontamos que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) não tem conseguido cumprir de forma efetiva o seu papel de ente regulador em virtude das fortes assimetrias de informação que cercam o setor de telefonia brasileiro.

Palavras-chave: Regulação estatal. Telefonia. Assimetria informacional. Anatel.

1. Introdução

Seguindo uma tendência internacional, o Brasil decidiu acabar com os monopólios em diversos setores estratégicos. A reforma não se limitou à venda de empresas para o setor privado, mas veio acompanhada da abertura dos mercados para novas prestadoras. Uma das justificativas para o modelo adotado era o de que “a concorrência seria boa tanto para o desenvolvimento econômico, porque apressaria a expansão da planta de serviços, como para o consumidor, pois geraria disputa, com melhoria de preços e serviços” (SUNDFELD, 2000, p. 35). No entanto, há uma indagação: como instaurar a concorrência em segmentos que permanecem sob regime de monopólio ou de oligopólios? A questão do monopólio natural vem à mente:

Recebido em 16/6/15

Aprovado em 17/9/15

Virtualmente, todos os serviços públicos são monopólios naturais. Serviços municipais de água, companhias de energia elétrica, sistemas de disposição de esgoto, companhias telefônicas e muitos serviços de transporte são exemplos de monopólios naturais, tanto em níveis locais quanto nacionais (FERGUSON, c1974, p. 317).

Um dos temas mais palpitantes da atualidade é o que trata da regulação estatal dos serviços que satisfazem às necessidades primordiais dos cidadãos. As privatizações contribuíram para a relevância desse fenômeno. Os fatores que levaram à privatização de diversos setores econômicos estratégicos no Brasil foram vários, ressaltando-se o exaurimento da capacidade de investimento estatal, impossibilitando tanto a expansão como a modernização e a universalização desses serviços. Entretanto, a operação privatizadora não resolve, por si só, toda a complexa problemática que desponta nos planos jurídico, econômico e até mesmo político: é apenas seu ponto de partida.

É evidente que a regulação econômica é uma das funções essenciais do Estado subsidiário, que se configura basicamente como emanação do denominado poder de polícia. Tal regulação comprime o âmbito de liberdade no campo econômico por meio do estabelecimento de limites ao seu exercício e pela imposição de obrigações, com a finalidade de harmonizar os direitos dos prestadores e usuários de serviços públicos.

Todavia, atualmente a regulação econômica apresenta um novo sentido, consequência da assunção da função de estimular e proteger a livre concorrência em benefício dos consumidores, o que leva a uma política de segmentação dos diversos mercados, na medida do possível, junto com a desregulação das atividades comerciais e industriais. Do contrário, o âmbito em que se encontram a oferta e a procura receberia sinais falsos ou artificiais, alterando-se o sistema natural de formação dos preços e as condições de transação que atuam sobre elas.

Sabe-se, pela experiência dos sistemas inteventores, que, ao incidir artificialmente, o custo dos mecanismos estatais acaba sendo pago pela própria comunidade, sobre cujos membros recaem os efeitos nocivos de uma economia ineficiente. Existe, assim, certo consenso relativamente à eficiência de alguns mecanismos e atributos de mercado, passando-se pela conveniência de introduzi-los em setores que estavam submetidos ao monopólio estatal, especialmente no tocante à criação de um ambiente de concorrência.

A busca da eficiência social nessas atividades depende da criação de estruturas de mercado favoráveis, o que somente pode acontecer mediante a reorganização da forma de sua exploração. Em parte, isso foi objeto da legislação que veio a disciplinar esses setores. Contudo, o estímulo a um ambiente efetivamente competitivo, apto à condução de

uma eficiência social em cada um deles, devido aos seus próprios limites estruturais, dependerá da atuação constante dos entes reguladores.

Daí se depreende que o Direito tem papel fundamental para a introdução e a manutenção de um regime de concorrência, tanto na criação de uma estrutura confiável que permita consolidar as expectativas dos agentes econômicos envolvidos, quanto na definição de uma estrutura legal e institucional capaz de exercer um controle eficiente sobre as atividades privatizadas.

Um elemento essencial desse processo foi a criação de uma inovação institucional para a atuação do Estado: as agências reguladoras com autonomia operacional e financeira. Já que trazer os investidores privados foi a solução visualizada para aumentar os investimentos sem sacrificar a disciplina fiscal, necessitava-se implementar uma moldura regulatória apropriada para atraí-los (TURCZYN, 2000).

Por outro lado, a constatação de que a atividade econômica deve estar no setor privado não afasta a exigência de que essa atividade, sobretudo no espaço público, seja amplamente regulada e fiscalizada por agências públicas e independentes:

é preciso que o Estado esteja aparelhado para fiscalizar, porque nada garante que as estradas que são exploradas privadamente, ou a telefonia que é explorada privadamente, vão ser eficientes ou comprometidas com o interesse público (BARROSO, 1996, p. 515).

Concomitante com a reformulação da atuação estatal na ordem econômica brasileira, o País ingressava num novo momento histórico, naquilo que Castells (1999, p. 87) denominou economia informacional e global:

É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia [...] dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos.

Ora, um dos pressupostos teóricos citados pela literatura econômica como necessário à comprovação de que a livre concorrência nos mercados leva à alocação eficiente de recursos e à satisfação dos agentes é justamente a existência de perfeita informação entre consumidores e produtores (SALGADO, 2003, p. 2) No mundo fático, porém, os fabri-

cantes – e não os consumidores – detêm melhores informações sobre o funcionamento de produtos: são as assimetrias informacionais.

O conceito de informação assimétrica é uma das justificativas de ordem normativa para os governos adotarem mecanismos de regulação. Mais que um simples argumento teórico, a tarefa de informar tornou-se essencial para a atuação estatal no presente contexto econômico de modo que, para viabilizar o equilíbrio de mercado, sobretudo no setor de infraestrutura, é imprescindível que o Estado exerça papel positivo na sinalização de qualidade e no estabelecimento dos padrões mínimos de segurança dos produtos e serviços oferecidos aos consumidores.

Este estudo busca contribuir para uma discussão acerca das agências reguladoras do Brasil, avaliando a sua atuação numa atividade econômica constantemente bombardeada por novos progressos científicos e em que a assimetria de informações é o resultado natural da adoção de novas tecnologias: o setor de telefonia. Procuraremos verificar se a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) tem conseguido cumprir o seu papel de ente regulador a despeito das fortes assimetrias de informação que cercam o setor de telefonia brasileiro. Para Justen Filho (2002, p. 327), é da essência de um regime regulatório a verificação da eficiência da empresa privada que passa a fornecer bens de interesse coletivo: “O Estado tem o dever de verificar o atingimento por parte do empresário privado dos mais elevados níveis de eficiência, assim entendida a relação entre recursos aplicados e vantagens para usuários”.

Para realizar essa avaliação, faremos uso da teoria do agente-principal, instrumental da teoria dos jogos, em que a assimetria de informação tem papel basilar. Esse instrumental amolda-se com perfeição ao modelo regulatório brasileiro no setor de telefonia: o

órgão regulador assume a forma de principal e as firmas reguladas, a de agentes. Uma vez que as empresas de telefonia conhecem mais que o regulador sobre as condições de operação e planejamento, o principal procura estabelecer incentivos de modo que as ações dos agentes contribuam ao máximo para satisfazer a seus objetivos. Ademais, a analogia entre a agência (como principal) e as firmas reguladas (como agentes) já tem sido utilizada de maneira eficiente por diversos autores, como Vickers e Arrow (1988), Santana (1995) e Andrade (2000).

Dado que o nosso tema está inserido na questão maior da regulação estatal no domínio econômico, de início procuraremos uma conceituação para o instituto da regulação. Em seguida, trataremos da estreita ligação entre a ciência jurídica e a econômica. Será a economia que nos mostrará a regulação como forma de suprir as falhas ou deficiências de mercado, quando então focalizaremos o caso de informação assimétrica. Por último e uma vez que o objetivo central do presente trabalho é fazer uma análise empírica da atuação da estrutura regulatória na telefonia brasileira, descreveremos sucintamente a teoria do agente-principal para então analisar os casos coletados.

2. A regulação da ordem econômica

2.1. Uma delimitação conceitual

Ao falarmos da regulação estatal da economia, defrontamo-nos com normas impostas para reduzir as alternativas de ação dos agentes econômicos, buscando imprimir determinada disposição a um setor específico ou a todo o sistema. Por meio da regulação, o Estado procura impor limites às opções econômicas inerentes à ação livre no mercado, buscando

alcançar fins que não dizem respeito inerentemente ao interesse privado daqueles que têm suas alternativas restringidas (FARACO, 2003, p. 140).

Costuma-se afirmar que a intervenção estatal no domínio econômico engloba o que se designou acima como regulação. Mas há, na verdade, uma distinção entre esses dois termos: intervenção é a atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito* – i.e., aquela de titularidade dos particulares –, ao passo que regulação é a ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*. Assim, a expressão *atuação estatal* permite designar a globalidade da ação estatal em relação ao processo econômico, inclusive sua atuação sobre a esfera do público – i.e., aquelas atividades de titularidade do Estado (GRAU, 2001, p. 154-155).

Tal atuação do Estado pode ocorrer de forma direta, quando a produção de utilidades econômicas é feita por meio de órgãos estatais que controlam os respectivos meios, ou de forma indireta, quando são criadas normas que afetam o âmbito de ação dos agentes econômicos (SOUZA, 1999, p. 333). A ação reguladora abrange, portanto, esta última.

Foi com esse enfoque que o termo *regulação* passou pela reforma do Estado brasileiro na década de 1990: instrumento jurídico que, entre outras atribuições, estimule a concorrência e coíba a concentração do poder econômico. Daí o papel do Estado regulador em suprir as deficiências do mercado mediante normas como as que impõem obrigações de universalização e de qualidade nos serviços de telecomunicações (LAENDER, 2002, 41-42). Essas novas regras seriam muito menos restritivas e amplas, deixando uma grande margem de liberdade para os agentes econômicos.

Desse modo, identificam-se como regulação normas de caráter bastante diverso, abran-

gendo desde a política monetária e fiscal até a decisão da prefeitura local quanto à autorização do transporte público de passageiros. No entanto, conforme o objetivo deste trabalho, a análise que segue volta-se mais especificamente para a regulação dirigida a normatizar a dinâmica específica de um determinado setor, o de telefonia, em vista das suas características próprias. Essa regulação setorial tenderá a limitar as escolhas referentes às variáveis econômicas que constituem as opções fundamentais a serem controladas pelos agentes privados que atuam em dado mercado.

2.2. Entre o direito e a economia

A atuação estatal na economia em geral é, na análise jurídica, tradicionalmente identificada e legitimada pelo atendimento a um interesse público – um interesse que transcende os indivíduos tomados isoladamente, pois diz respeito a toda uma coletividade. A menção a um interesse público reflete a percepção de que o poder do Estado existe não como um fim em si, ou para atender a interesses próprios ou dos governantes, mas para a consecução de interesses da sociedade em geral, isto é, que são externos à pessoa que o está exercendo (FARACO, 2003, p. 146).

A partir disso, caracterizam-se os princípios reidores do direito público. Na lição de Chevallier (1996, p. 142), o regime jurídico-administrativo seria todo delineado em função de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade desses interesses pela Administração. Com base na noção de interesse público, chega-se às linhas estruturantes do regime jurídico de direito público (em especial do administrativo, mas também do econômico).

Todavia, na análise de atuações concretas do Estado, a mera referência a um interesse

público não é suficiente para aferir o pleno significado (e até mesmo a legitimidade) daquelas. A simples menção ao interesse público não basta para a compreensão da regulação (e a realização de um juízo sobre sua legitimidade). É um conceito que, nesse ponto, pela generalidade com que é formulado, acaba por nada dizer, pois engloba todo e qualquer interesse legalmente reconhecido como tal. Efetivamente, a forma de os publicistas não redundarem na busca de fundamentos não jurídicos para a sua disciplina foi o preenchimento da noção de interesse público com aqueles interesses que o próprio ordenamento atribui ao Estado.

Com isso, tende-se a afastar a discussão quanto ao conteúdo efetivo da noção de interesse público em cada situação concreta. A mera referência a um interesse público que abstratamente justifica toda a ação estatal faz com que a análise jurídica desta se torne puramente formal e não considere o que está sendo efetivamente visado, nem quais são, por conseguinte, os interesses realmente afetados. Deixa-se de lado, nessa perspectiva, o que concretamente poderia preencher o conceito em cada caso.

O jurista acaba desconsiderando as justificativas e fins do que está sendo realmente buscado com certa atuação estatal, inclinando-se a aceitar que o direito desempenha um papel meramente instrumental e acessório na execução de políticas públicas. Nessa linha, o direito econômico é estudado como mero instrumento voltado à implementação de decisões econômicas tomadas por determinado governo.

São consideradas as estruturas dos órgãos que desempenham essa função, as formas que podem assumir os instrumentos normativos utilizados, mas deixa-se de lado a análise quanto ao que aquela ação estatal representa na ordem econômica, quem ganha e quem perde com determinada regulação e se isso apresenta legitimidade dentro do ordenamento jurídico. No âmbito do direito econômico, é difícil pretender ignorar o benefício imediato a um interesse específico. Porém, isso não contribui para modificar a abordagem feita a partir de um interesse público geral. Argumenta-se apenas que, em determinado caso, o atendimento de um interesse privado justifica-se em nome do interesse público.

O recurso à teoria econômica, nesse ponto, acaba sendo inevitável. A partir dela é possível sistematizar e organizar no plano teórico as diversas situações que tendem a levar à regulação. Possibilita, também, a compreensão do raciocínio que serve de referência à formulação das respectivas políticas reguladoras.

Isso não significa, contudo, que toda ação reguladora parta da identificação precisa de uma dessas hipóteses ou que apresente uma necessária rationalidade econômica. O que há efetivamente, no caso concreto, é

a percepção de que o mercado não é adequado ao atendimento de determinados fins. Partindo-se da teoria econômica, porém, é possível construir hipóteses que permitam formular uma explicação comum para identificar os objetivos visados nos diversos casos.

2.3. As falhas de mercado

A regulação estatal torna-se necessária (e legítima) naqueles aspectos em que o próprio mercado não consegue atuar de modo satisfatório. Nesses casos, o mercado é falho em levar dado setor ou todo o sistema econômico à produção de certos resultados, verificando-se, portanto, falhas de mercado. Ou seja, as forças de mercado não conduzem à situação de maior eficiência econômica.

Essas falhas são consideradas aqui no sentido dado pela teoria econômica neoclássica, o qual não corresponde à dimensão mais ampla que seria atribuída por um enfoque keynesiano. Neste, o mercado em sua totalidade é considerado como um mecanismo necessariamente falho, recusando-se a concepção que permeou o pensamento clássico, para o qual o funcionamento livre do mercado tenderia a um equilíbrio, justificando-se as crises de superprodução ou escassez pela influência de fatores externos. Para os keynesianos, são apenas essas forças exógenas que corrigiriam os desequilíbrios inerentes ao mercado. As políticas macroeconómicas elaboradas a partir desse paradigma teórico (tal como o estímulo à criação de demanda com base em dispêndio público) podem ser enquadradas no conceito de regulação. Entretanto, o objeto desta pesquisa são as ações reguladoras setoriais, que buscam disciplinar atividades específicas. Por isso, a análise estará centrada mais nos modelos que procuram explicar essas distorções tópicas no sistema econômico.

Verifica-se uma situação de eficiência econômica quando: (a) é impossível produzir uma mesma quantidade de produto final utilizando uma combinação de insumos e outros fatores de produção mais baratos; ou (b) é impossível produzir uma maior quantidade de produto final utilizando a mesma combinação de insumos e outros fatores de produção.

A compreensão das hipóteses nas quais as falhas de mercado são formalizadas em âmbito teórico exige considerar o modelo idealizado de mercado que costuma ser tomado como referência pela doutrina. A questão é tratada, em teoria, a partir do paradigma de um mercado funcionando em concorrência perfeita, o qual possibilitaria a maximização dos ganhos de produtores e consumidores, com uma alocação ótima de recursos sociais daquilo que é considerado mais valioso.

É possível compreender esse postulado microeconômico sem o recurso a esquemas teóricos mais sofisticados. O dado fundamental desse paradigma é que nenhum agente econômico manifesta qualquer influência na determinação de preços. Assim, o montante do que produzem ou compram não será suficiente para afetar a oferta e a demanda global de certo produto. Ao mesmo tempo, todos detêm informação perfeita sobre o valor do que está sendo transacionado.

Um sistema baseado na detenção de informações perfeitas pelos agentes, assim como na pulverização total do poder de fixar preços, tende a alcançar um equilíbrio no qual a receita obtida com qualquer produto equivale ao custo marginal de produzi-lo. Em teoria microeconômica, o custo marginal refere-se àquele incorrido na produção de uma unidade a mais de certo bem.

Também não é demais informar que o custo, para os economistas, incorpora uma remuneração adequada do capital empregado.

Isso porque os empresários, maximizadores de seu bem-estar (representado pela diferença entre a receita total e o custo total de sua atividade), expandirão a oferta até o ponto em que os consumidores estejam dispostos a remunerá-los com o suficiente para cobrir os custos de se produzir uma unidade a mais.

Em princípio, as deficiências de mercado envolveriam algumas situações básicas, que poderiam ser assim sintetizadas: (a) deficiência na concorrência; (b) bens coletivos; (c) externalidades; (d) mercados incompletos; (e) deficiências (assimetrias) de informação; e (f) desemprego, inflação e desequilíbrio (MAJONE, 1996, p. 76). No subitem que segue, explicitaremos as assimetrias de informação.

Destacamos, antes de tudo, que a adoção de premissas que não encontram necessária correspondência na realidade não torna inúteis as hipóteses e modelos considerados. Como em todo modelo científico, certa dose de simplificação é sempre necessária, pois o que se busca não é uma descrição pormenorizada de dada realidade, mas a identificação de certos nexos de causalidade subjacente a ela (por exemplo, se o ingresso de mais um concorrente em determinado mercado é capaz de levar a uma redução de preço).

2.3.1. Assimetria de informação

As assimetrias de informação referem-se à diversidade de conhecimento dos agentes envolvidos no processo produtivo. Alguns deles dispõem de informações fundamentais acerca das circunstâncias necessárias à tomada de decisões. São, geralmente, os agentes diretamente relacionados com o processo de produção. Todavia, a grande massa de sujeitos participa das relações econômicas (e de outra natureza) sem dispor de conhecimento equivalente, de modo que suas decisões são imperfeitas ou inadequadas. O domínio do conhecimento transforma-se em instrumento de relevância fundamental não apenas sob o ângulo direto e imediato da capacidade produtiva, mas também a propósito de inúmeras circunstâncias acessórias. Assim, a ausência de domínio de tecnologia pode excluir determinados empresários da competição no mercado.

Não se pode imaginar que todos os agentes que atuam no mercado disponham de idêntica situação subjetiva. A variação refere-se não apenas ao poder econômico, ainda que possa ser derivação dessa característica. Há agentes que participam profissionalmente do mercado: organizam-se e estruturam-se para produzir e fazer circular bens e serviços, conhecendo (ou devendo conhecer) profundamente as virtudes e defeitos correspondentes. Contudo, há agentes em situação de depen-

dência, na acepção de ausência de condições de realizar as melhores escolhas, inclusive pela não disponibilidade de informações acerca de qualidades e defeitos inerentes às diversas alternativas disponíveis.

A assimetria de informação significa, então, que os diversos agentes que participam do processo econômico detêm diferentes graus de informação, podendo dispor de melhor condição de escolha do que outros. A titularidade da informação se transforma numa espécie de bem econômico de segundo grau, já que propicia grandes vantagens econômicas. Daí deriva que os titulares do conhecimento tentam evitar a difusão para a coletividade das informações mais fundamentais.

O Estado intervém, por isso, para impor a obrigação de difusão de informações essenciais, que permitam aos sujeitos dotados de menor poder a realização de escolhas mais adequadas.

3. A teoria do agente-principal

Na linguagem da teoria dos jogos, um principal é qualquer empresa ou pessoa que contrata outra empresa ou pessoa para realizar determinados serviços. Em nosso caso, o regulador assumiria a forma de principal e as empresas reguladas assumiriam a condição de agentes (GARDNER, 1996, p. 309).

A regulação tratada como um problema agente-principal teve como um de seus primeiros estudos o de Baron e Myerson (1982), com a publicação do artigo *Regulating a monopolist with unknown costs*, que trata da regulação de firmas que têm mais informações sobre suas atividades que o próprio regulador poderia ter. Dessa forma, entre o agente e o principal há uma relação em que o segundo necessita induzir o primeiro a agir em confor-

midade com os interesses daquele. Contudo, devido à assimetria de informações, o órgão regulador pode acabar sendo *manipulado* pelas firmas reguladas, que detêm informações com as quais o principal não conta.

A assimetria de informação ganha destaque na relação entre agente e principal, pois reflete o fato de o órgão regulador estar menos informado que a firma regulada acerca do nível de eficiência desta, sendo de fato aspecto central em qualquer ação regulatória.

Não há como o regulador conhecer todas as atividades de uma firma. Por isso, em algumas situações, ele pode estar recebendo informações especializadas sobre as quais não tem pleno conhecimento e agindo de modo a beneficiar o agente. Esse caso é conhecido como *seleção adversa*, pois o principal não conhece alguns parâmetros denotativos de eficiência da firma regulada.

Ademais, algumas informações nem mesmo são observáveis pelo principal, como excesso de pessoal ou gastos desnecessários, uma vez que o agente pode estar ocultando inefficiências internas de modo a se beneficiar no futuro. Essa é uma situação em que os agentes entram em perigo moral (*moral hazard*), dado que suas inefficiências não lhe impõem custo algum. No setor de telefonia, uma operadora poderia estar desejando parecer menos eficiente de modo a induzir níveis tarifários futuros mais favoráveis. Embora possam combater o risco moral, as auditorias feitas no sentido de minorar esses problemas dificilmente conseguem prevenir ou remediar a seleção adversa.

A relação entre agente e principal pode ser vista, segundo Santana (1995, p. 406), em diversos níveis como: grupos sociais – governo – regulador – firmas.

Cada elo nessa cadeia representa um grupo de interesses no processo regulatório, geralmente divergentes, que, aliados à assimetria

de informação, é fonte potencial de ineficiências na formulação e na implementação de regulações. A firma é mais bem informada que o regulador sobre condições de custo, por exemplo. Como geralmente seus objetivos são diferentes, o principal pode estar querendo induzi-la a tomar decisões de preços, produção e investimentos que respondam aos interesses da sociedade nas condições dadas de custo. Entretanto, por outro lado, o agente pode estar interessado, por exemplo, em maximizar lucros.

Verificamos, nesse contexto, uma tensão e possível ambiguidade no papel do regulador. Como deve responder, ao mesmo tempo, a interesses da sociedade e aos interesses das firmas reguladas de modo a alcançar compromissos satisfatórios, o regulador necessita de conhecimento técnico e meios materiais e humanos, além de um mandato bem definido – o que, no entanto, não lhe assegura um funcionamento sem distorções.

Quando políticas de regulação mediante normas jurídicas não conseguem remediar os problemas de mercado que supostamente deveriam corrigir, ou ainda quando a intervenção gera consequências não intencionais adversas sobre a eficiência, está-se diante do colapso regulatório (*regulatory failure*), conforme demonstraremos nos casos que seguem (SANTANA, 1995, p. 406).

4. A Anatel (principal) *versus* agentes (empresas de telefonia): levantamento de casos em que a assimetria de informação desempenha um fator decisivo

Selecionamos alguns casos emblemáticos de assimetria de informação em desfavor do principal (a Anatel). O art. 19 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações – LGT) atribui à Anatel a implementação da política nacional de telecomunicações, devendo, para isso, fiscalizar a prestação dos serviços e reprimir infrações dos direitos dos usuários. No entanto, as situações elencadas a seguir mostram deficiências graves na atuação do órgão regulador da telefonia brasileira.

4.1. A lentidão da Anatel em prejuízo da competição

A abertura do mercado de telecomunicações no Brasil obedeceu a um cronograma detalhado, segundo o qual, até o ano de 2001, haveria um duopólio nas três regiões em que foi dividido o País para a exploração de ligações locais entre as concessionárias e suas empresas-espelho, conforme o quadro abaixo delineado por Pires (1999, p. 69).

No início de janeiro de 2003, a Global Village Telecom (GVT) – a operadora que compete com a Brasil Telecom (BrT) pelo mercado na oferta de serviços telefônicos em nove estados das regiões Sul, Centro Oeste e Norte do Brasil – ganhou a conta de uma revendedora de veículos de Curitiba. De acordo com informação da GVT, ao substituir os serviços da BrT pelos da nova operadora, o cliente reduziria em 35% o valor de sua conta telefônica mensal. Porém, havia uma condição: para não perder clientes, solicitou à BrT que interceptasse as ligações para seu antigo número e informasse os novos, em acordo com o art. 12 do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), aprovado pela Resolução Anatel nº 85/1998:

Art. 12. O usuário do STFC tem direito:

I – de acesso ao serviço, em suas várias modalidades, em qualquer parte do território nacional;

II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço, em suas várias modalidades;

[...]

XX – à interceptação pela prestadora do STFC na modalidade local, sem ônus, das chamadas dirigidas ao antigo Código de Acesso e à informação de seu novo código, quando da alteração de Prestadoras, observados os prazos do art. 27 do Plano Geral de Metas de Qualidade (ANATEL, 1998).

O direito de interceptação é garantido aos usuários, independente do motivo da troca de operadora. No entanto, a BrT não o fez prontamente, segundo a Reclamação Administrativa nº 53500.001010/2003 (ANATEL, 2003), interpresa pela GVT ainda no mês de janeiro.

No final de março de 2003, a Anatel determinou, por medida preventiva, que a BrT fizesse a interceptação. O cliente, entretanto, já havia desistido de mudar de operadora. De acordo com o presidente da GVT, esse é um

entre vários exemplos de práticas anticompetitivas da BrT, que não são evitadas por falta de agilidade nas decisões do órgão regulador (Anatel, 2004).

O ex-ministro das Comunicações, Miro Teixeira, já tratou do tema: “Por que não se decide a Anatel? O poder de inércia é, muitas vezes, superior ao da ação objetiva e direta”. Para ele, a transparência da reguladora teria de ser demonstrada por sua eficiência na análise do setor, e na decisão de processos em tempo hábil, tentando até evitar que ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) as partes tenham de recorrer (FUOCO, 2003).

Como, em tempo hábil, não teve como comprovar as informações requeridas, a Anatel não pôde inibir a prática anticompetitiva da BrT.

4.2. Os erros nas contas de telefone

As concessionárias negam, mas empresas especializadas em consultoria de gestão e auditoria de serviços de telecomunicações do Rio do Janeiro e São Paulo sustentam que há alta incidência de erros nas contas telefônicas. Segundo consultores ouvidos pela *Folha de S.Paulo*, a taxa alcançaria um valor médio de 12% do valor das contas das empresas que passaram por auditagem (LOBATO, 2004).

A privatização dos serviços públicos e o reajuste das tarifas acima da inflação nos últimos anos criaram um mercado para a consultoria de redução de gastos, da qual faz parte a auditoria das contas telefônicas de grandes usuários corporativos. Cinco empresas de consultoria ouvidas pela *Folha de S.Paulo* afirmaram existir uma incidência significativa de erros nas contas. A ocorrência, segundo elas, varia de uma operadora para outra, e até mesmo de um cliente para outro na mesma concessionária (LOBATO, 2004).

Os erros tidos como mais frequentes são: a cobrança de tarifa acima do valor pactuado em planos especiais oferecidos pelas teles; falhas de medição da duração de ligações interurbanas e internacionais; cobrança de pulsos em excesso em ligações locais; e existência de linhas que não foram encomendadas pelos clientes.

O engenheiro-sócio da Auditfone revelou que a margem média de erro apurada em uma base de 30 clientes, pessoas jurídicas, é de 12%, sendo maior na telefonia fixa e menor nas empresas de celular que recentemente implantaram suas redes. Entretanto, uma diretora da In Voice, que afirmava monitorar um total de cinco milhões de ligações por mês, para 12 clientes, detectou um erro médio equivalente a 6,5% do valor das contas.

Segundo Lobato (2004), “em alguns clientes, o percentual é muito pequeno, inferior a 1%, mas tivemos um caso de 18%”.

De acordo com a Gerente de Operações da Summus Serviços de SP, a falha mais frequente detectada foi a cobrança incorreta de tarifa, por causa da grande diversidade de planos com preços especiais criados pelas concessionárias para atrair novos clientes corporativos e manter os que ela já tem: “quando os clientes mudam de plano, em 90% dos casos, as contas vêm com erro. Se não ficar atento, o cliente paga mais do que havia sido ofertado” (LOBATO, 2004).

Nas ligações de longa distância, consoante informou o diretor da Entelcorp, ocorreram erros na medição do tempo de duração da chamada e nos denominados degraus tarifários, pois havia quatro tarifas para os interurbanos, dependendo da distância entre a origem e o destino da chamada (LOBATO, 2004).

Para a CL Consultores, do Rio de Janeiro, os erros mais comuns foram a cobrança de tarifa diferente da que foi pactuada entre as empresas e o cliente, e o erro no registro de duração das chamadas. Asseverou ter detectado erros de até 20% do valor da conta (LOBATO, 2004).

As concessionárias de telefonia contestaram com veemência as informações sobre erros de cobrança em contas apontados por empresas de consultoria. O vice-presidente de redes da Telefônica revelou que a planta de telefonia da empresa é 100% digitalizada e que o sistema de registros de chamadas, “se não for infalível, está muito próximo da perfeição”.

Essa suposta “perfeição” atenderia ao objetivo da operadora de obter a remuneração justa pelo serviço prestado e à proteção do cliente. Para tanto, um conjunto de ferramentas garantiria a supervisão do funcionamento das centrais telefônicas: quando um problema fosse detectado, seria logo corrigido. Segundo o executivo, os processos de tarifação e de

faturamento, que envolvem os registros de coleta e bilhetagem da Telefônica, estavam sendo certificados semestralmente pela ABNT há dois anos (LOBATO, 2004).

A BrT afirmou, por meio de nota, que seus processos de coleta, registro, tarifação e faturamento das chamadas para a emissão das contas são certificados semestralmente pelo órgão certificador independente Bureau Veritas Quality International (BVQI), credenciado pela Anatel e que possui o selo do Inmetro (LOBATO, 2004).

A Telemar afirmou, por meio de nota, que

[...] refuta especulações de terceiros sem devido credenciamento sobre um percentual de erro em aferição de conta ou faturamento e que os percentuais divulgados por alguns consultores são inverídicos e absurdos (LOBATO, 2004).

Por outro lado, a informação foi recebida com surpresa pela Anatel. O gerente-geral de Qualidade e Superintendente de Serviços Públicos em exercício da agência disse desconfiar da veracidade dos dados, por se tratar de um percentual:

É uma informação inesperada para nós. É preciso ver o que os consultores consideram como erro nas contas e se as concessionárias reconhecem as falhas apontadas. Podem estar supervalorizando o trabalho deles (LOBATO, 2004).

A diretoria da In Voice insistiu que os erros apontados por sua empresa foram reconhecidos pelas operadoras: “Se nossos relatórios fossem irreais, as teles contestariam. Só apresentamos os erros absolutamente comprovados” (LOBATO, 2004).

As estatísticas da Anatel sobre erros de cobrança nem de longe se aproximam do percentual apontado pelos consultores. As me-

tas estabelecidas pelo Plano Geral de Metas de Qualidade para o STFC admitem, em seu art. 36, c, até duas contas erradas em cada mil emitidas, mas se baseiam apenas nas queixas registradas formalmente pelos usuários no órgão regulador. Pelos dados da Anatel, a Telefônica está abaixo do índice oficial permitido, com uma média de 1,6 conta com erro por mil (0,16 %), de janeiro a agosto de 2004. A média da Telemar, no Rio, é de 2,4 por mil (0,24 %) (ANATEL, 2005).

A Anatel, até então, não havia constatado descumprimento algum, pelas empresas, de erros substanciais nas contas telefônicas além do permitido, não tendo sido aberto qualquer PADO (Processo Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações) para apurá-los. Mais uma vez, não detendo as informações necessárias, a agência não teve condição de apurar e de inibir os erros apontados.

4.3. As graves falhas detectadas pela auditoria do TCU

A Anatel não tem como saber se as concessionárias de telefonia fixa estão cumprindo as metas de universalização (instalação de telefones) previstas nos contratos de concessão, concluiu o Tribunal de Contas da União (TCU) por intermédio de seu Acórdão nº 1.778 publicado no DOU em 23 de novembro de 2004 (BRASIL, 2004).

O cumprimento antecipado, em 2002, das metas de universalização previstas para o final de 2003 foi fundamental para que as concessionárias de telefonia fixa pudesse oferecer novos serviços, como os de telefonia celular ou de ligações de longa distância para fora de suas áreas de concessão. São os casos da Telemar e da Telefônica.

Em trabalho de auditoria realizado por analistas da Secretaria de Fiscalização de De-

sestatização do TCU, aprovado pelo plenário desse tribunal no acórdão mencionado, foram analisados os resultados das reformas regulatórias e da privatização no setor de telecomunicações, em termos de ampliação e democratização do acesso aos serviços de telefonia. Além disso, foi apresentada uma avaliação do trabalho desempenhado pela Anatel, no sentido de gerenciar e fiscalizar o cumprimento das metas de universalização de acesso ao STFC (BRASIL, 2004).

O Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) definiu as metas de acesso individual e coletivo, que deveriam ser atendidas pelas concessionárias até o final de 2005, para a progressiva universalização do serviço de telefonia fixa comutada, prestado em regime público, em cada unidade da Federação.

Duas questões são indissociáveis das metas de universalização: o cumprimento das metas propriamente dito e a capacidade de aferir se elas estão sendo efetivamente cumpridas. O primeiro está ligado aos concessionários; e a segunda, ao regulador. E ambos são direitos garantidos à sociedade. É relevante observar que tais direitos não se restringem aos usuários de serviços telefônicos: também alcançam os potenciais usuários de acessos tanto individuais quanto públicos.

Pode-se dizer que o direito de acesso universal aos serviços de telecomunicações prestados em regime público tem contrapartida em obrigações das operadoras – na implementação das metas – e do ente regulador – na aferição do cumprimento dessas metas.

O termo universalização é tratado na LGT, que classifica os serviços de telecomunicações (art. 62 e seguintes), que são distinguidos quanto à abrangência – que pode ser de interesse coletivo ou restrito – e quanto ao regime jurídico de sua prestação – que pode ser público ou privado. Assim, o parágrafo único

do art. 63 da LGT estabelece que “serviço de telecomunicações prestado em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuições à sua prestadora de obrigações de universalização e continuidade”.

O art. 64 da mesma lei determina ainda que “comportarão prestação no regime público as modalidades de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar”. Essa disposição, juntamente com a estabelecida no parágrafo único do art. 63, define bem as características do tipo de serviço de telecomunicações que a União deve assegurar: serviços de interesse coletivo, prestados em regime público, os quais, além da universalização, não podem ser descontinuados. Eses atributos dos serviços prestados em regime público – universal e contínuo – andam sempre juntos na LGT.

Assim, quando se fala em universalização, do ponto de vista legal, está-se tratando de uma modalidade específica de serviço de telecomunicações. Nessa acepção legal, portanto, universalizar o STFC não é o mesmo que universalizar o Serviço Móvel Pessoal (SMP). Tais serviços são tecnologicamente diferentes e prestados em regimes jurídicos distintos: o STFC é prestado em regime público, ao passo que o SMP é prestado em regime privado. Essa diferença tem um grande impacto na ação do regulador e nos mecanismos de financiamento público para a promoção da universalização no setor de telecomunicações.

A partir das obrigações explicitadas nos contratos de concessão e no Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público (PGMU), quantificadas em termos de metas a serem cumpridas pelas empresas concessionárias, a Anatel definiu dezoito itens de controle a serem monitorados. Ressalte-se que

alguns dos indicadores do cumprimento de metas, obtidos a partir dos itens de controle, são de natureza agregada, como o número de acessos fixos instalados por unidade federativa. Outros são de natureza pontual, como a distância máxima a percorrer para se encontrar um Terminal de Uso Público (TUP).

A compreensão da natureza e da extensão dos itens de controle é o ponto de partida para se ter uma visão do desafio que representa aferir o cumprimento das metas de universalização, bem como sobre a adequação dos procedimentos e técnicas empregados na aferição.

Com o advento do Regulamento para Declaração de Cumprimento de Obrigações de Universalização por Concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado, veiculado pela Resolução nº 280/2001-Anatel, começaram a surgir as primeiras demandas por certificação e ateste de antecipação de metas.

Todas as concessionárias de STFC, exceto a BrT, foram certificadas no primeiro semestre de 2002. Segundo dados da Anatel, as metas para totais de acessos fixos e totais de TUPs eram as mesmas ao longo do período 2001-2003. Segundo esses dados, todas as metas foram cumpridas com folga (BRASIL, 2004).

O acompanhamento e a fiscalização das metas do PGMU foram concebidos pela Anatel para ocorrer por meio tanto de avaliações da evolução dos dados agregados por concessionária quanto de fiscalizações de campo em que se verifica pontualmente uma série de itens de controle. Não obstante, as ações de fiscalização (ou de auditoria propriamente dita) são baseadas apenas em visitas de campo e não contam com o suporte de um sistema informatizado (BRASIL, 2004).

Apesar de a lista de localidades a serem fiscalizadas se originar do Sistema de Gestão das Obrigações de Universalização (SGOU), constataram os analistas do TCU que

[...] a Anatel não dispõe de um sistema dedicado ao apoio de atividades de fiscalização de campo, de elaboração de relatórios de fiscalização, ou de monitoramento de ações posteriores à fiscalização (BRASIL, 2004).

Ressaltou a auditoria que o fato de o SGOU ter sido implantado muito depois do início do processo de certificação de antecipação de metas (que começou em novembro de 2001) demonstra que a agência não se preparou adequadamente em termos de uso eficiente de tecnologia da informação, apesar de o Plano Geral de Outorgas e de os contratos de concessão já explicitarem, em 1998, cronogramas de cumprimento e antecipação de metas. Tais cronogramas deixavam clara a necessidade de preparação da agência para efetuar a fiscalização das metas de universalização (BRASIL, 2004).

No entanto, o mais grave não é o início atrasado no desenvolvimento desse sistema. Como demonstraram os técnicos, o SGOU é, ainda hoje, um sistema incompleto, com diversas inconsistências de dados, e instável: nas versões relativas ao segundo semestre de 2003 (as concessionárias enviam dados mensalmente à Anatel), há diferenças significativas entre os dados. O mais estranho é que nenhum dos problemas encontrados a respeito dos dados era de conhecimento da agência, o que levou técnicos à conclusão de que o sistema não é efetivamente utilizado pela Anatel ou é utilizado de forma incipiente (BRASIL, 2004).

Uma etapa preliminar à seleção das localidades a serem fiscalizadas por meio de amostragem foi a construção de uma lista representativa do universo de localidades que devem ser atendidas pelo STFC, segundo o PGMU. Apesar de esse plano estabelecer os critérios populacionais para definição do que deve ser considerado como uma localidade a ser aten-

dida pelo STFC, a Anatel não dispõe de uma lista de localidades que devem ser atendidas pelo STFC, passíveis de fiscalização, elaborada a partir desses critérios e de um levantamento extensivo em território nacional, tarefa de alta complexidade e custos elevados (BRASIL, 2004).

A lista de localidades a serem atendidas pelo STFC – e, portanto, passíveis de fiscalização –, origina-se no Sistema Área-Área da Anatel, alimentado via *internet* pelas concessionárias e autorizatórias. Sempre que uma empresa deseja prestar algum serviço em determinada localidade, precisa incluí-la neste sistema, para fins de expedição de autorização de serviços e fiscalização pela Anatel, dando origem ao Cadastro Nacional de Localidades (CNL).

Percebeu o TCU que, na prática, são as concessionárias que determinam o alcance da verificação das obrigações de universalização, uma vez que a lista, ou universo de localidades do SGOU, é obtida a partir do Sistema Área-Área, que por sua vez é alimentado pelas empresas. As localidades passíveis de fiscalização são as que constam deste universo, pois é a partir dele que a Anatel realiza o planejamento das fiscalizações.

Em função da impossibilidade prática de se verificar o cumprimento das metas de forma censitária, a Anatel previu a existência de um processo de amostragem para selecionar elementos para fiscalização (TUPs, centrais telefônicas ou localidades, por exemplo), entre todos os elementos integrantes do universo de cada item de controle.

O processo de amostragem é fundamental para a definição do planejamento do processo de fiscalização (definição das localidades a serem fiscalizadas), bem como para sua execução (procedimentos de verificação de itens de controle). Assim, a confiabilidade das conclusões da Anatel a respeito da situação de cumprimento ou não das metas de universalização depende completa e inteiramente deste processo de amostragem.

No entanto, o processo de amostragem e as fórmulas descritas no Manual para Acompanhamento e Controle do Cumprimento dos Compromissos Assumidos pelas Prestadoras do STFC, que deveriam assegurar que as conclusões do processo de fiscalização das obrigações de universalização fossem apresentadas dentro de determinados intervalos de confiança, apresentaram, consoante o relatório, graves erros e inconsistências, a ponto de comprometer completamente as conclusões da agência (BRASIL, 2004).

Pareceres expedidos por especialistas na área de estatística, contratados pelo TCU, apontaram erros conceituais e imprecisões, problemas na operacionalização da amostra e desconsideração da amostragem em dois estágios. Em função dos problemas apontados, ressaltaram que o processo de fiscalização em campo, baseado no processo de amostragem

com esses problemas, não tem valor inferencial. Por isso, acreditam que a Anatel “não dispõe atualmente dos meios para detectar se as metas estão sendo efetivamente cumpridas, ou mesmo se foram antecipadas” (BRASIL, 2004).

Em face da diversidade de problemas apontados, alertaram que o caso

[...] não é apenas de correção em erros pontuais ao longo do processo de fiscalização, mas de uma reformulação de manuais, procedimentos e de toda a operacionalização do processo de fiscalização. Além dos problemas técnicos estruturais, a morosidade da agência em concluir processos administrativos e o fato de não haver nenhum procedimento administrativo concluído com sanção, não obstante o número de procedimentos instaurados, é indício de que a fiscalização não consegue obter provas materiais que resistam à contestação das empresas (BRASIL, 2004).

Apontaram ainda que

[...] era necessário não só reformular completamente o processo de fiscalização de metas de universalização, como é preciso adotar uma nova estratégia de abordagem para a fiscalização ao fazer tal reformulação, tendo-se em vista critérios de eficiência, eficácia e economicidade (BRASIL, 2004).

Antes de ir a plenário, foi o relatório da Auditoria encaminhado à Anatel para pronunciamento, a qual enumerou as principais ações em andamento para a melhor condução das atividades de acompanhamento e de controle das obrigações de universalização, tais como: i) contratação de empresa especializada na prestação de serviço de consultoria para desenvolver uma ferramenta que fornecesse uma visualização geográfica da prestação do STFC; ii) aprimoramento do Sistema de Gestão das Obrigações de Universalização (SGOU); iii)

contratação de serviços de consultoria especializada para reavaliar e otimizar metodologia aplicável ao acompanhamento e controle das obrigações de universalização; iv) elaboração de Regulamento para o Acompanhamento e Controle do Cumprimento das Obrigações de Universalização por Concessionária do STFC, objetivando o acompanhamento e o controle das metas de universalização a serem cumpridas pelas Concessionárias do STFC (BRASIL, 2004).

Do que foi amplamente exposto pelos analistas do TCU, pode-se dizer que a Anatel não possui um sistema eficaz para avaliar se as metas estabelecidas foram ou estão sendo cumpridas. Constatou o tribunal, em breve síntese, o que já havíamos ressaltado em nosso modelo: diante das informações assimétricas, não há como o principal verificar o cumprimento de um contrato de prestação de serviços de telefonia, submetendo-se inteiramente às informações repassadas pelos agentes.

5. Conclusão

A dinâmica do novo sistema de organização das telecomunicações levou a uma mudança radical no perfil dos prestadores de serviços de telefonia. O dinamismo do setor impôs à Anatel novos desafios, como agilidade em julgar os casos que ferem a legislação, maior velocidade na definição de políticas para as diferentes tecnologias e necessidades de mercado. Contudo, a falta de rigor no momento de arbitrar sobre questões de conflito entre os prestadores de serviços pode, além de colocar à prova o modelo de concorrência das telecomunicações, aumentar o risco do colapso regulatório ao legitimar fatos já consumados.

Ademais, toda a engenhosidade e rigor da LGT impede o bom desempenho da agência e

impõe-lhe excesso de burocracia. Flexibilidade é palavra de ordem num setor dinâmico e aquecido com novos investidores, novos serviços e novas tecnologias, como é o caso do setor de telefonia.

Os resultados da regulação na telefonia, passados quase vinte anos da criação da Anatel, estão longe de ser considerados ótimos, mas são melhores do que os obtidos na ausência de regulação quando há falhas de mercado. Quando as regras passam a interferir na realidade, é natural que os erros aconteçam e causem pressão aos dirigentes da agência quanto às suas decisões. Contudo, se por um lado os erros são inevitáveis, e até mesmo esperados, por outro a Anatel pode sair fragilizada perante o público, ao ficar apenas arbitrando conflitos. É necessário, portanto, que a agência saia do modelo ideal proposto e seja mais realista, antecipando-se aos problemas.

Sobre o autor

André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor na graduação e na pós-graduação no curso de Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; auditor tributário da Receita Federal do Brasil, Recife, PE, Brasil.
E-mail: afccbgp@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

TOPSY-TURVY REGULATION: A CASE STUDY IN BRAZIL'S TELEPHONY SECTOR

ABSTRACT: The regulatory agencies are one of the novelties among Brazilian state arms, and its role is still being challenged. In order to contribute to these discussions, we assess how these agencies act in an economic activity constantly changed by new scientific developments and where asymmetric information is the natural result of the adoption of new technologies: the telephone industry. By means of important case studies that happened some years ago, we verify that Anatel (National Telecommunications Agency) has not managed to fulfill its role as a regulatory agency due to the strong information asymmetries surrounding Brazilian telecommunications sector.

KEYWORDS: STATE REGULATION. TELEPHONY. ASYMMETRIC INFORMATION. ANATEL.

¹ Sem revisão do editor.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1998.

_____. Resolução n. 89, de 22 de janeiro de 1999. *Diário Oficial da União*, 25 jan. 1999.

_____. *Reclamação administrativa n. 53500.001012/2003*. Interceptação de chamadas após troca de prestadora. DJ, 6 mar. 2003.

_____. Anatel acata parcialmente cautelar contra a BrT por não interceptar chamadas de assinantes. *Assessoria de imprensa Anatel*. 23 set. 2004. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=102631&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_23_09_2004\(2\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=102631&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/releases/2004/release_23_09_2004(2).pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. *Plano de trabalho 2004*: relatório de acompanhamento e avaliação. Brasília, ANATEL, 2005. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=108559&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/publicacao/plano_relat2004_2004.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

ANDRADE, Rosiene Rosália. *A reestruturação do setor telecomunicações no Brasil*: uma análise da regulação sob a ótica da teoria do agente principal. 2000. Dissertação (mestrado em engenharia da produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

BARON, David P.; MYERSON, Roger B. Regulating a monopolist with unknown costs. *Econometrica*, v. 50, n. 4, p. 911-930, jul. 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Intervenção do Estado no domínio econômico. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 12, n. 4, p. 189-193, abr. 1996.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, 17 jul. 1997.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.778/2004*. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. DJ, 10 nov. 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. A Reforma do estado e a concepção francesa do serviço público. *Revista do serviço público*, v. 120, n. 3, p. 35-58, set./dez. 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial*: as telecomunicações. São Paulo: Livr. Paulista, 2003.

FERGUSON, C. E. *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Forense, c1974.

FUOCO, Taís. Ministro acusa Anatel de inércia e a culpa pelo monopólio no setor. *Valor Econômico*, São Paulo, 25 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/349789/ministro-acusa-anatel-de-inercia-e-culpa-pelo-monopolio-no-setor>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

GARDNER, Roy. *Juegos para empresarios y economistas*. Barcelona: Antoni Bosch, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*: interpretação e crítica. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, unbundling e compartilhamento de meios de redes de telecomunicação. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 39, n. 154, p. 41-49, abr./jun. 2002.

- LOBATO, Elvira. Auditores apontam erros em conta telefônica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1010200402.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- MAJONE, Giandomenico. *La Communauté européenne: un État régulateur*. Paris: Montchrestien, 1996.
- PIRES, José Claudio Linhares. *Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- SALGADO, L. H. *Agências reguladoras na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003.
- SANTANA, E. A. Teoria do agente-principal, regulação e performance da indústria de energia elétrica no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 23., 1995, Rio de Janeiro *Anais...* v. 1. Rio de Janeiro: Associação nacional dos cursos de pós-graduação em economia (ANPEC), 1995. p. 403-421.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari et. al. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari et. al. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VICKERS, John; YARROW, George. *Privatization: an economic analyses*. London: Routledge, 1988.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil

VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA

Resumo: O novo Código de Processo Civil brasileiro, em vigor desde 18 de março de 2016, criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), técnica de processamento e julgamento pelo tribunal de justiça ou pelo tribunal regional de causas civis repetitivas e idênticas propostas em diversos juízos, varas e comarcas, sobre matéria unicamente de direito, quando houver risco de violação à igualdade entre litigantes e à segurança jurídica. Apresentado o pedido de instauração do incidente pelas partes e por outros legitimados, cabe a órgão colegiado dizer se dá ou não prosseguimento no tribunal. Se admitido o IRDR, suspende-se a tramitação dos demais processos idênticos e, após ampla publicidade, faz-se o julgamento do mérito, quando serão criadas as teses jurídicas visando a uniformizar e pacificar a jurisprudência. Essa decisão do tribunal passa a ter efeitos erga omnes, valendo para todas as pretensões individuais ou coletivas idênticas no âmbito de atuação daquele tribunal.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Inovação. CPC/2015. Pressupostos, sujeitos, procedimento e julgamento do incidente. IRDR e casos repetitivos. IRDR e princípios constitucionais.

Introdução

O Código de Processo Civil de 1973, transfigurado por dezenas de reformas, não resistiu à pressão para que se criasse um documento legislativo mais atual, que visasse à eficiência e à modernização da prática forense civil e trouxesse inovações e aperfeiçoamentos processuais e procedimentais de regras já existentes.

O início dessa mudança se deu com a criação, por designação da Presidência do Senado Federal, de uma Comissão de Juristas para elaborar um anteprojeto de lei para o novo Código de Processo Civil (CPC). Essa Comissão e em seguida o Congresso Nacional promoveram diversas audiências públicas para divulgação, debate e recebimento de sugestões acerca do assunto, fator determinante para que o novo Código não ficasse restrito ao círculo de doutrinadores e legisladores.

Nas audiências públicas promovidas pela Comissão e pelo Congresso Nacional, defensores, advogados, procuradores, magistrados, promotores, representantes de associações e sindicatos, e cidadãos puderam manifestar-se, apresentar propostas e dar opiniões sobre o que poderia ser mantido e sobre as alterações que poderiam ser feitas para que a prestação jurisdicional fosse mais eficiente.

É louvável a prática democrática do diálogo prévio com a sociedade em torno das leis, em especial da legislação processual, porque o elaborador se abre para novas ideias e sugestões, e ouve o clamor de quem particularmente convive com os problemas do cotidiano forense e é refém dos entraves que obstam ou prejudicam o pleno acesso à justiça.

No Congresso, o anteprojeto virou projeto aprovado no Senado e depois na Câmara e, retornando ao Senado, foi finalmente aprovado nas sessões de 16 e 17 de dezembro de 2014, transformando-se depois na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Em seu transcurso legislativo, contou com a colaboração de juristas, órgãos e entidades interessadas, bem como com diversas proposições e destaques de parlamentares. Consolidada a aprovação, a lei passou pelo período de vacância de um ano, tendo entrado em vigor, finalmente, em 18 de março de 2016.

A *vacatio legis* foi fundamental para que cidadãos, representantes de classes, advogados, promotores, magistrados e demais agentes atuantes na justiça brasileira pudessem compreender, discutir e conhecer as mudanças, paralelamente à implantação das condições estruturais para a aplicação efetiva desse importante instrumento de realização da justiça civil, que se pode dizer *prevalentemente democrático*.

Ainda que mantenha e reitere a maioria dos institutos do bem elaborado tecnicamente estatuto anterior, entre as linhas gerais preestabelecidas no novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), sobressaem alguns institutos, como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a cooperação judicial, o fim do processo autônomo cautelar, o reconhecimento da tutela de evidência, a concretização da mediação e o fomento à conciliação, e uma das mais importantes novidades: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: inovação legislativa

Na Exposição de Motivos do CPC/2015, a Comissão reformadora reconheceu que o IRDR foi inspirado na sistemática dos casos de massa do direito alemão. Nada mais exato, uma vez que os dois institutos apresentam apenas ínfimos traços em comum.

No direito alemão, o sistema jurídico de resolução massificada de lides foi implantado em caráter experimental. Segundo Nunes e Patrus (2013, p. 477), a lei alemã, editada em 2005, “foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litigantes no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (*Zivilprozeßordnung*). A origem da lei respeita ao caso *Deutsche Telekom* (DT), empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a DT perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representava valor superior a cento e cinquenta milhões de euros.

O modelo alemão se restringe a causas de acionistas do mercado de ações, sendo essencial a propositura de dez causas idênticas sobre questões jurídicas ou de fato, com base nas quais se instaura o regime e se desloca o processo para um tribunal.

Diferentemente do que ocorre no direito alemão, na legislação brasileira o instituto nasceu de modo definitivo, não há necessidade de dez ações judiciais sobre o mesmo tema, e não se restringe a um só tipo de demanda. Além disso, admite-se o incidente apenas nas questões jurídicas, não sendo possível quando envolve questões de fato.

Em suma, apesar de ter inspirado a Comissão do novo CPC, o modelo alemão trouxe poucos elementos como contribuição para o nosso Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Na verdade, o IRDR constitui complemento de um regime trazido pela Emenda Constitucional nº 45, da Reforma do Judiciário brasileiro, donde surgiu a Súmula Vinculante e, nos termos da lei, a necessidade da relevância da matéria para os recursos extraordinários. Posteriormente, a técnica de solução para casos repetitivos foi integrada no CPC de 1973, por força da Lei nº 11.418/2006, que deu tratamento à multiplicidade de recursos extraordinários com idêntica controvérsia no Supremo Tribunal Federal, e pela Lei nº 11.672/2008, que cuidou dos recursos especiais com idêntica questão de direito para o Superior Tribunal de Justiça. Também complementam esse regime de tratamento uniforme para demandas múltiplas idênticas o denominado instituto da improcedência liminar do pedido pelo juiz de primeiro grau, sistemática existente no revogado Código de Processo Civil e mantida no novo Código, e ainda a tutela de evidência, outra novidade do CPC/2015, principalmente quando já formada a tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou nos recursos repetitivos.

O IRDR tem por escopo dar utilidade e praticidade às respostas judiciais em face da pluralidade de demandas repetidas, que precisam de um enfrentamento judicial adequado e eficiente. Ainda mais porque “não é possível

utilizar um sistema artesanal para julgamento de causas similares” (GONÇALVES; SILVA, 2012, p. 141), pois “demandas de massa” devem receber “uma solução uniforme” (MORAES, 2012, p. 59), ou seja, “uma solução padronizada para situações padronizadas” (MACEDO, 2013, p. 160).

2. Cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Embora possa ser provocado por agente que atua no primeiro grau, o IRDR é um procedimento judicial de competência originária dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais e, por analogia, dos tribunais regionais do trabalho, órgãos incumbidos de fazer o crivo de admissibilidade e de julgar o referido incidente.

Conforme o art. 976 do novo Código,

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [...] § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (BRASIL, 2015).

O primeiro pressuposto que se subsume da norma antes referida é a existência de efetiva repetição de demandas. Em outros termos, quando sobre um determinado assunto forem propostas diversas ações numa ou mais varas, numa ou mais comarcas ou numa ou mais seções judiciárias, estarão presentes as condições para se instaurar o IRDR no tribunal ao

qual pertence o juízo em que corre a ação. Para Mendes e Rodrigues (2012, p. 193),

O incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado a partir de uma ação individual que tenha por objeto a tal questão jurídica repetitiva ou com potencial multiplicador, ou seja, pretensão formulada por um autor individual e resistida pelo réu e que ou já se apresenta com frequência ao Poder Judiciário ou com grande probabilidade será a ele dirigida em curto espaço de tempo, senão de forma idêntica, no mínimo muito semelhante.

O segundo requisito é que o debate verse sobre questão de direito comum entre as demandas a receberem o tratamento do incidente, perante a mesma vara ou diversos juízos que estejam no âmbito da competência do tribunal que irá decidir o incidente. O terceiro é que a controvérsia seja unicamente de direito, não havendo possibilidade de instauração do incidente para questão de fato, que se refira à produção de provas.

Os últimos requisitos consistem na necessidade de que se possa extrair dessa multiplicidade de causas idênticas algum risco de violação à isonomia entre diversos litigantes ou algum risco de violação à segurança jurídica e, por fim, que não tenha sido instaurada, em relação à questão jurídica, qualquer espécie de afetação da matéria no âmbito dos recursos repetitivos no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os requisitos expostos, ressaltam três aspectos: as questões repetitivas devem ser apenas de direito, deve haver o risco à igualdade e à segurança jurídica.

As questões repetitivas em matéria jurídica decorrem de ações de massa geradas por uma sociedade conflituosa, que busca seus direitos perante o Judiciário de maneira intensa e constante, e de causas idênticas, em espe-

cial demandas contra o Poder Público, as quais dão lugar a inúmeros interesses iguais ou assemelhados, como os de funcionários públicos. Conforme Freitas (2014, p. 15), são hipóteses desse fenômeno as ações de servidores públicos que buscam índices de reposição de perdas funcionais remuneratórias aos índices de 11,98%, 28,86%, 13,23%, 3,17%, e também as ações civis que tratam de gratificações, como a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa (GDATA), a Gratificação de Desempenho de Atividade da Seguridade Social e do Trabalho (GDASST), a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo (GDPGPE), a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Operacional em Tecnologia Militar (GDATEM), entre outras que se verificam no cotidiano dos fóruns.

Também são exemplos de demandas repetitivas as ações de correntistas de bancos postulando correção de índices governamentais de contas de poupança, ou de consumidores ou contribuintes contra determinado aumento de prestações ou tarifas, além de outros tipos de ações de direitos homogêneos, que levam pessoas ao Judiciário pedindo a mesma coisa a juízes diferentes e/ou em comarcas distintas, com os recursos para tribunais ou órgãos diversos.

Como assinala Rodrigues (2010, p. 148),

por trás de tudo, potencializando o problema das decisões divergentes entre juízes de mesma instância, ou entre estes e os de instância superior, está o fenômeno dos casos idênticos, vale dizer: a repetitividade. Não fosse ela, esses impasses não se formariam. De outra parte, quanto maior a sua intensidade, mais visíveis as eventuais fragilidades internas do sistema da justiça para o tratamento de casos repetidos.

Por igualdade entende-se que a norma e o Poder público devem ensayar o mesmo tratamento a pessoas em igual situação. Especificamente, os membros do Judiciário não estão isentos do dever de observar o princípio isonômico em relação a partes que tenham a mesma contenda, entendendo-se essa regra a potenciais demandantes. Nesse ponto, Marinoni (2013, p. 164) observa:

É imprescindível, em um Estado Constitucional, zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais. Nada nega tanto a igualdade quanto dar, a quem já teve o seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo Judiciário em casos iguais ou similares.

Segurança jurídica é a previsibilidade, a perenidade, a certeza e a estabilidade de uma situação ou direito conquistado contra surpresas e mudanças ilegítimas ou aleatórias. Ou, como assinala Cunha (2010, p. 147),

a noção de segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em duas vertentes. A segurança pode ser encarada como: a) manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada; e b) garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Segurança jurídica é a permanência de relações jurídicas consolidadas pela imutabilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do fato consumado. Para Silva (2000, p. 435), “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.

Invocando a presença dos requisitos legais, que são cumulativos, os legitimados podem provocar a instauração do incidente perante os tribunais competentes, que devem efetuar o juízo de admissibilidade e posterior julgamento de mérito, em decisão fundamentada, com extensão a situações jurídicas idênticas, *judicializadas* ou não.

3. Sujeitos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

No curso do IRDR, muitos agentes podem atuar: aqueles que podem postular a instauração, aqueles que podem requerer a extensão da suspensão dos processos idênticos para outras esferas ou instâncias, aqueles que julgam o incidente, aqueles que julgam o recurso contra a decisão do tribunal no próprio incidente de que se trata, aqueles que podem peticionar sua revisão, além de outras pessoas que podem participar de seu julgamento no tribunal. Em outras palavras, no âmbito subjetivo, o IRDR propicia diversas intervenções de sujeitos processuais muito mais do que um simples recurso ou um processo individual e particularizado.

Os sujeitos aptos a postular a instauração do incidente são os apontados pelo art. 977 do CPC/2015: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério PÚBLICO ou pela Defensoria Pública, por petição” (BRASIL, 2015).

O juiz de primeiro grau e o relator de um recurso ou ação originária no tribunal, ao identificar a existência de processos idênticos entre os seus ou idênticos aos de outros juízes e tribunais sobre a mesma matéria, de ofício ou mediante provocação, comunicarão ao tribunal a situação visando à instauração do incidente.

Lobo (2010, p. 235) defende que deveria ser dada legitimidade para instaurar o incidente no segundo grau de jurisdição também a outros membros do tribunal, não havendo razão para a restrição apenas para legitimação do desembargador relator, considerando que a instauração do IRDR é questão de ordem pública e por isso não tem sentido a limitação dos legitimados (art. 977, I, CPC/2015). Defende, assim, que seria melhor se um membro do colegiado que não fosse o relator (desembargador vogal) pudesse instaurar o incidente de ofício num julgamento recursal. Embora tenha razão esse autor quanto à restrição legal da legitimidade, que depõe contra a praticidade e a facilidade que poderia propiciar, considerando que não há previsão da legitimidade para oficiar ao presidente do tribunal outro membro que não seja o relator, resta ao desembargador vogal suscitar o pedido de instauração do incidente durante um julgamento na corte.

Além da parte, autora ou ré, que pode requerer a instauração do incidente ao tribunal, também estão aptos a provocá-lo o Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, e a Defensoria Pública.

Com poderes para requerer originariamente a instauração do incidente, o Ministério Público pode agir como sucessor processual, quando, *verbi gratia*, outro legitimado – por exemplo, o autor da ação individual – requerer a formação do incidente, mas não der continuidade. É o que proclama o art. 976, § 2º, do CPC/2015: “Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono” (BRASIL, 2015).

A lei não faz limitação ou vinculação a causas nas quais esses órgãos podem suscitar o incidente, mas é razoável entender que a Defensoria e o Ministério Público provoquem o

tribunal quando estiverem envolvidos institucionalmente com a questão repetitiva, ora em processo do qual participam, ora no âmbito administrativo decorrente de suas atribuições constitucionais e legais. Por exemplo, pode haver requerimento para formação do incidente quando houver procedimento instaurado na Defensoria Pública, depois de procurada por diversos hipossuficientes ou com causas na justiça já propostas por ela. Igualmente, o Ministério Público pode suscitá-lo em decorrência de procedimento administrativo, até mesmo decorrente de inquérito civil instaurado após diversas pessoas terem procurado o órgão com questões semelhantes, ou em demandas judiciais em que atua como parte ou fiscal da lei.

As partes e as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública podem pedir ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a abrangência da suspensão dada pelo relator em determinado tribunal. A lei exclui desse rol o juiz ou desembargador relator, conforme estabelece o art. 982, § 3º, do CPC/2015: “visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado” (BRASIL, 2015).

O Ministério Público e a Defensoria Pública, por opção legislativa, são ainda legitimados para o pedido de revisão do IRDR, não podendo fazê-lo as partes. Isso porque se trata de matéria que interessa à coletividade e, em homenagem à segurança jurídica, não se pode autorizar alguém que tenha apenas interesses próprios e particulares a modificar a tese firmada pelo tribunal em incidente de resolução,

cuja eficácia de certa maneira é *erga omnes* (eficácia contra todos). Também não parece adequado que o juiz ou o relator de uma ação idêntica, ainda que provocado por uma das partes, possa pedir a revisão, por ser órgão imparcial, não lhe sendo autorizado atuar como o fiscal do acerto ou desacerto de decisões do Judiciário. Como integrante desse Poder, falta-lhe amparo legal e constitucional para fazer essa provocação.

É importante ressaltar o papel de terceiros no IRDR. O terceiro interessado pode ingressar e pedir sua participação no julgamento do incidente. Do mesmo modo, o relator do incidente no tribunal pode marcar audiência pública e ouvir pessoas desinteressadas que poderão contribuir com opiniões e posições para melhor elucidação das questões a serem debatidas no julgamento do mérito incidental. A participação de terceiros para aprimorar a prestação jurisdicional nas demandas repetitivas já ocorre no âmbito do julgamento dos processos referentes a controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e nos recursos repetitivos nesse mesmo tribunal superior e no Superior Tribunal de Justiça.

O terceiro que apresenta interesse institucional é denominado *amicus curiae* ou amigo da corte, figura que, embora já consagrada em leis esparsas e na jurisprudência, tem previsão no CPC/2015. Conforme o art. 983, § 1º, no juízo de admissibilidade do IRDR,

o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (BRASIL, 2015).

Segundo o art. 138, §3º, do CPC/2015, pode ainda o *amicus curiae* “recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas” e, de acordo com o disposto no art. 984, participar da sessão de julgamento de mérito.

Por fim, não menos relevante é a função do tribunal de justiça ou tribunal regional no processo e julgamento do incidente, por órgão a ser definido em regimento interno. O colegiado do tribunal, após a participação dos legitimados e demais interessados, em primeira sessão pública admitirá ou não o IRDR. Em caso de juízo de aceitação, o órgão fixará, em outra sessão pública, as teses jurídicas passíveis de aplicação na multiplicidade de demandas repetitivas (presentes e futuras) no âmbito territorial do tribunal, conquanto possa essa decisão comportar

recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ambos dotados de efeito suspensivo da decisão dada pelo tribunal recorrido no julgamento do incidente.

4. Processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O procedimento judicial do IRDR inclui duas fases: a primeira é a da admissibilidade, e a segunda é a do mérito ou de fixação de tese.

Ao ser provocado, em razão do pedido de instauração do IRDR, o presidente do tribunal, após tomar as medidas para a divulgação do pedido no *site* do tribunal e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), distribuirá a competência para a condução do incidente a um desembargador relator, que adotará as providências para que o tribunal possa exercer o juízo de conhecimento do incidente.

Cabe ao desembargador relator levar o pedido incidental para julgamento colegiado a fim de ser ou não admitido. Embora possa ocorrer eventualmente esse julgamento de admissibilidade do colegiado por meio eletrônico, como faz o Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, nos termos da Constituição Federal (art. 102, § 3º), não parece aceitável que o regimento interno dos tribunais de justiça e regionais delegue essa competência do colegiado para o julgamento monocrático do relator, uma vez que o art. 981, *caput*, do CPC/2015 estabelece que “após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976” (BRASIL, 2015). Ou seja, o crivo de admissibilidade do incidente de demandas com potenciais de repetição

pertence ao órgão colegiado, e não ao relator por decisão singular.

Sendo positivo o juízo de admissibilidade, passa-se ao procedimento meritório para a criação de tese ou de teses jurídicas acerca do caso em apreciação no tribunal de Justiça ou Regional (Federal ou do Trabalho).

Nessa segunda fase, o desembargador relator previamente tomará algumas providências antes do julgamento de mérito do IRDR: ordenará a suspensão (comunicando aos juízos competentes) dos processos pendentes (idênticos) na respectiva área de atuação do tribunal; poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita o processo paradigma; intimará o Ministério Públco para manifestação na qualidade de fiscal da lei.

Essa fase comporta a possibilidade de qualquer interessado que eventualmente tenha um processo semelhante em qualquer lugar do País pedir diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça que determine uma suspensão dos processos idênticos em maior extensão do que a dada pelo Tribunal Estadual ou Regional, isto é, ampliando a suspensão para todos os processos que tratem da mesma situação jurídica no território nacional, conforme estabelece o art. 982, § 3º, do CPC/2015.

Compete ao desembargador relator ainda ouvir as partes e os demais interessados (assistentes litisconsorciais), fazer instrução documental e ouvir pessoas (*amici curiae*) com conhecimento técnico e experiência na matéria (art. 983, § 1º, do CPC/2015).

O julgamento do IRDR ocorrerá em sessão do colegiado, de acordo com seu regimento interno, na forma do que estabelece o art. 984 do CPC/2015: “No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I – o relator fará a exposição do objeto do incidente; II – poderão sustentar suas razões, sucessivamen-

te: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. § 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado. § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (BRASIL, 2015).

É necessário que as teses extraídas sejam claras, concisas e completas para não deixarem dúvidas quanto ao que foi decidido. Também o acórdão de mérito do IRDR deve ser dotado de certeza e plenitude. Mesmo porque, como explica Dantas (WAMBIER, 2015, p. 2194),

a atenção redobrada com a fundamentação da decisão no IRDR se deve justamente ao fato de que o acórdão-paradigma projetará seus efeitos para casos cujas partes processuais muitas vezes sequer terão tido a oportunidade fática de apresentar suas razões ao tribunal. Desse modo, o reforço argumentativo exigido na fundamentação está longe de ser mero preciosismo do legislador; ao contrário, é requisito que acresce legitimidade e autoridade ao julgamento.

Após o julgamento do incidente, termina a segunda fase (juízo de fundo), e a tese jurídica formada (ou as teses jurídicas formadas) será aplicada aos múltiplos processos com idêntica questão de direito que tramitem na área de jurisdição do tribunal e aos casos futuros (ainda não ajuizados) que eventualmente possam tratar da mesma matéria.

No entanto, a decisão do colegiado do tribunal de justiça (ou tribunal regional) no julgamento de mérito do incidente comporta recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, conforme a hipótese, dotado de efeito suspensivo do julgamento, considerando-se na segunda hipótese presumida a repercussão geral exigida pela Constituição para fins de conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal.

5. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os recursos repetitivos

No revogado CPC/73 (art. 543-B e art. 543-C), por força da Lei nº 11.418/2006, foi incluída a técnica do julgamento dos recursos repetitivos extraordinários e especiais, para a hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão jurídica, mediante seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia, com sobreestamento dos demais recursos idênticos até a decisão definitiva da corte.

Depois de realizado o julgamento no STF ou no STJ, os tribunais inferiores apreciavam ou reapreciavam o recurso a fim de se alinharem à decisão da corte superior.

Com pequenas mudanças, esse procedimento foi mantido no CPC/2015, ao se reiterar a possibilidade de o tribunal *a quo* e o ministro relator afetarem recursos paradigmas para julgamento de casos repetitivos com a prévia suspensão dos recursos idênticos nos tribunais de justiça e regionais federais e ainda no próprio tribunal superior.

Em sistemática mais aprimorada, o art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 preveem que haverá julgamento sob o regime de extraordinários ou especiais repetitivos toda vez que houver multiplicidade desses recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Compete ao presidente ou ao vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao STF ou ao STJ visando à afetação. O relator no tribunal superior também poderá selecionar outros dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão jurídica, bem como ordenar a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a questão, no território nacional. Julgados os recursos (afetados dentro de um ano), os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrerestado. Publicado o acórdão paradigma, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrerestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orienta-

ção do tribunal superior. O órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido for contrário à orientação do tribunal superior. Os processos suspensos nos graus inferiores de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.

O IRDR consiste numa ampliação (para baixo ou para o *piso* de instâncias de juízes) da técnica utilizada nos recursos repetitivos extraordinários e especiais.

A técnica de julgamento de recursos repetitivos apenas para tribunais superiores, e não para juízes de primeira instância, antes do advento do novo CPC já sofria crítica da doutrina.

Para Macedo (2013, p.156-157),

A medida se volta essencialmente para superar os volumes de processo em ações de massa que aportam nos tribunais superiores, chegando ao ponto de inviabilizar a jurisdição especial ou extraordinária. Nenhum ganho – salvo, é claro, a orientação firmada para a solução daquela lide – imediato e direto para as instâncias locais. Por outro lado, se o acórdão considerado paradigma cria certa vinculação aos órgãos fracionários dos tribunais *a quo*, que devem adotá-lo como critério de julgamento, o mesmo não se pode afirmar em relação à jurisdição de primeiro grau, na qual as ações repetitivas são interpostas e processadas, representando, nessa instância, quando muito, mera orientação jurisprudencial [...]. Os recursos repetitivos, como solução às ações repetitivas, acabam apenas saneando algumas áreas; no caso, mais especificamente, a atividade jurisdicional dos tribunais superiores. Ficam, à deriva, as instâncias locais. Meia medida, meia solução.

O IRDR foi criado justamente para preencher esse vácuo legislativo no tratamento

eficaz para demandas massificadas, razão pela qual a técnica de julgamento desse incidente apresenta semelhanças com o julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com muito mais razão agora porque, como expressamente estabelece o art. 928, I e II, do CPC/2015, esses institutos fazem parte do regime dos *casos repetitivos*, que abrange as *ações repetitivas*, dotadas da técnica do incidente de repetição, e os *recursos repetitivos*.

Uma das semelhanças iniciais entre o IRDR e os recursos extraordinário e especial repetitivos é o fato de ambos permitirem a participação de terceiros e *amicus curiae* no julgamento tanto do incidente quanto no julgamento recursal.

Outras similaridades podem ser apontadas entre o IRDR e os recursos repetitivos. Em ambos pode haver suspensão pelo tribunal antes do julgamento e após o juízo de admissibilidade do regime (ou afetação) de casos repetitivos; ambos não se sujeitam à regra da necessidade de que os juízes e tribunais preferencialmente obedeçam nos julgamentos à lista cronológica dos processos, imposição e novidade do art. 12 do CPC/2015, por serem manifestas exceções (§ 2º, II e III do mesmo dispositivo); ambos são motivos para que o juiz proceda a julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332, II e III, do CPC/2015). Tanto o julgamento do IRDR, como o acórdão proferido pelo Supremo ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, em demandas de qualquer valor, não se sujeitam à remessa oficial (art. 496, §§ 4º e 5º, do CPC/2015); ambos são preferenciais em relação a outras causas, salvo processos com réus presos e *habeas corpus*, e ambos devem ser decididos no prazo de um ano sob pena de perda de eficácia (art. 980, *caput* e parágrafo único, e art. 1.037, § 4º, do CPC/2015). Tratando-se de

questão relativa a serviço concedido, autorizado ou permitido, no IRDR, do mesmo modo que nos recursos repetitivos, de acordo com os arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/2015, haverá necessidade de comunicação do resultado do julgamento “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada” (BRASIL, 2015).

Uma primeira diferença é que o IRDR é julgado originariamente pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais ou regionais do trabalho, ao passo que o recurso repetitivo extraordinário é processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal e o especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

A diferença mais visível consiste em que no IRDR inexiste previsão para o facultativo juízo de retratação utilizado pelos tribunais inferiores diante dos recursos repetitivos, pois no IRDR a obrigatoriedade de alinhar-se à decisão paradigmática é a regra e não há margem de liberdade para o juiz ou tribunal tomar outra solução que não a da interpretação da decisão (tese) firmada no julgamento do incidente, seja pelo tribunal de justiça, seja em grau de recurso pelos tribunais superiores.

Apesar de ser prevista a possibilidade, para os recursos repetitivos, de um juízo *a priori* facultativo para que os tribunais se retratem ou não, se as cortes estaduais ou regionais optarem por julgar diversamente (a não ser que a situação examinada seja evidentemente distinta), é trabalho inócuo decidir contra o enunciado definido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a manutenção e a reiteração pelo tribunal de decisão contrária ou não alinhada ao caso afetado e julgado pelos tribunais superiores fatalmente será objeto de reforma posterior no âmbito do julgamento do recurso especial ou extraordinário. Tratando-se de IRDR, a solu-

ção é outra, pela previsão nesse incidente do instituto da reclamação prevista no art. 988 e seguintes do CPC/2015, de modo que os juízos inferiores devem obedecer à tese firmada no julgamento de mérito do incidente.

Defendendo a obrigatoriedade no cumprimento pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça no regime dos recursos repetitivos, com base em uma interpretação sistemática, asseveram Gonçalves e Silva (2012, p. 122, 139-140):

Não há nenhum fundamento para que os tribunais inferiores possam divergir da interpretação dada pelo Corte Superior aos recursos julgados, mormente porque a análise prévia das suas semelhanças, necessária ao enquadramento dos recursos sobretestados ao precedente jurídico futuro, foi realizada antes do seu sobretestamento, não se podendo admitir que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça sejam reduzidos a mera orientação jurisprudencial, pois a segurança jurídica, um dos pilares do nosso ordenamento jurídico, não pode ser vilipendiada, sob pena de se infringir frontalmente a garantia constitucional da isonomia, porque não é justificável tratar diferentemente duas pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

Apesar de algumas distinções entre os dois institutos, prevalecem as semelhanças, o que conduz à afirmação de que o novo CPC, ao reforçar a obrigatoriedade dos precedentes, amplia a sistemática de tratamento de causas idênticas, que agora não reside apenas na técnica dos julgamentos repetitivos de competência dos tribunais superiores, mas abrange também a competência dos tribunais médios (regionais e estaduais) para o processo e julgamento do IRDR. Ambos os institutos são peculiares e similares ao mesmo tempo, cada qual incidindo em determinada fase processual, em prol da uniformização da jurisprudência e da segurança jurídica.

6. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os princípios constitucionais

O mesmo CPC/2015, que traz como inovação o IRDR, consagra e reitera em suas normas gerais (Livro I) os princípios constitucionais da razoável duração do processo, da igualdade, do contraditório, da publicidade e do acesso à justiça.

Preceito originário da Emenda Constitucional do Poder Judiciário (EC nº 45/2004), a necessidade de razoável duração do processo tem lugar no CPC/2015, ao estabelecer o direito da parte na obtenção de

uma resposta completa do mérito e dos meios de sua satisfação com o cumprimento integral da sentença no tempo devido.

Como o IRDR deve ser julgado no prazo máximo de um ano, presta-se o princípio da razoável duração, inclusive porque o processamento do incidente terá, em regra, prioridade em relação aos demais feitos (art. 980 do CPC/2015).

É causa de suspensão do processo (art. 313, IV, do CPC/2015) a admissão do IRDR pelo tribunal. Também, de acordo com o art. 1.029, § 4º, do mesmo Código: “Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto” (BRASIL, 2015).

Diante disso, pode-se argumentar que a suspensão de processos causados pela instauração do incidente, assim como a suspensão de todos os processos idênticos pelos tribunais superiores, atenta contra o princípio da razoável duração processual.

Embora aparentemente essas duas espécies de suspensão possam violar o princípio da razoável duração, trata-se na realidade de exceção legítima, que atende a outros princípios processuais, como o da igualdade e o da segurança jurídica. Acima de tudo, por outra ótica, a suspensão dos processos, enquanto pendente o julgamento do IRDR, é medida necessária, que traz economia processual e evita serviço inócuo de juízes e tribunais em processo ou processos que poderão ser atingidos e alinhados obrigatoriamente em razão da tese formada no julgamento meritório do incidente.

Com razão, nesse ponto, Mendes e Rodrigues (2012, p. 205-206) declaram que “o incidente também possui o condão de concretizar os princípios da celeridade e da economia processual, além de contribuir para a racionalização da prestação jurisdicional, ao aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário”.

Ainda sobre o assunto, em conformidade com o art. 12, § 2º, do CPC/2015, com as alterações da Lei nº 13.256/2016, os tribunais e juízes devem, preferencialmente, obediência à cronologia de conclusão dos autos processuais para a prolação da sentença ou acórdão, mas é excluída de tal comando a decisão proferida em recursos repetitivos ou em IRDR.

Por um lado, o fato de o IRDR não obedecer à ordem de antiguidade no julgamento por juízes e tribunais é exceção legal ao princípio da igualdade no tempo da finalização dos processos; por outro, a celerida-

de ficaria prejudicada se o incidente tivesse de se submeter à regra cronológica de sentenças e acórdãos dos tribunais, com o risco de ultrapassar o prazo legal de um ano para seu término (art. 980, *caput*, do CPC/2015).

O princípio do contraditório, que a Constituição assegura, passa a ser princípio geral explícito do novo CPC, sobretudo em matéria meramente jurídica ou apreciável de ofício. Salvo exceções, o órgão jurisdicional não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º do CPC/2015).

No caso do IRDR, o princípio constitucional do contraditório se estabelece especialmente após o juízo de admissibilidade, quando é prevista a participação de todos os interessados antes do julgamento do mérito (art. 983, *caput*, do CPC/2015). Inclusive, no julgamento do incidente, o autor e o réu no processo originário que deu ensejo ao incidente podem sustentar suas razões por trinta minutos (art. 984, II, a, do CPC/2015), e os demais interessados, pessoas com processos idênticos, suspensos por força do incidente também podem dividir o tempo de trinta minutos para sustentação de suas razões, podendo o prazo total ser prorrogado pelo desembargador relator do incidente. Igualmente, as partes do processo originário, o Ministério Público ou qualquer interessado podem interpor seu recurso especial para o STJ ou extraordinário para o STF em face da decisão colegiada do IRDR (art. 987, *caput*, do CPC/2015), pelo que se pode compreender que, além do contraditório, esse instituto prestigia a ampla defesa e alinha-se plenamente ao princípio democrático de direito.

O princípio constitucional da publicidade, consagrado no art. 93, IX, da Constituição, está reproduzido no art. 11 do CPC em vigor. No âmbito do IRDR, é fácil constatar que se realiza apropriadamente a publicidade processual, uma vez que, desde a “afetação”, entrada ou

distribuição do incidente, o tribunal, por meio de seu setor próprio, fará a divulgação de tal situação, em especial no Conselho Nacional de Justiça e no site do próprio tribunal, para que interessados e o público em geral possam saber sobre aquele incidente instaurado. Para a eficácia e legitimidade do IRDR, é muito importante a participação democrática e o conhecimento pelo maior número possível de pessoas, como terceiros interessados e *amigos da corte*.

Em relação ao acesso à justiça, o CPC/2015 traz para o plano infraconstitucional o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXV, da Constituição). Nesse ponto, poder-se-ia argumentar que o IRDR desconsidera ou atinge frontalmente esse mandamento constitucional ao tirar a possibilidade de o cidadão ver seu pleito julgado pelo Judiciário, uma vez que, além de sua causa ficar suspensa se for idêntica a outras, também a decisão tomada no IRDR teria efeito vinculante aos processos presentes e futuros, impondo-se ao Juiz, sob pena de instauração da reclamação, aplicar a tese jurídica consagrada ou pelo seu tribunal ou, em via de recurso, no próprio incidente pelo STJ ou pelo STF.

Ao se referir à *macrológica* do modelo de julgamento de processos por pilhas, Ferraz (2010, p. 302) entende que, em tais casos, a justiça geral é reputada mais importante do que a justiça analisada em cada caso e que se dá mais importância à uniformização, ao barateamento e à agilização das decisões do que à qualidade e à adequação às situações concretas. Para esse autor, trata-se de preceitos que privilegiam o fator econômico em detrimento de uma justiça individualmente considerada.

Não se pode compreender, porém, que o IRDR viole o acesso à justiça, porque tal mecanismo não trata de matéria particularizada ou de fato, mas de matéria de direito ou de tese jurídica a ser aplicada nos casos iguais. O juiz

de direito aplicar uma tese jurídica produto de um incidente não significa que dará ganho de causa à parte, pois, se houver matéria de fato, a tese será simplesmente aplicada sem o condão de fazer com que sua aplicação conduza necessariamente a que alguém vença a demanda. Aliás, os juízes com processos idênticos ao paradigma ou mesmo o juiz do próprio processo que ensejou o incidente, ainda que pudesse não aplicar a tese jurídica proferida no incidente, naturalmente teria que obedecer a precedente vinculante num futuro próximo. Caso contrário, sua sentença em sentido oposto à tese jurídica sedimentada seria fatalmente reformada por divergir da tese incidental, visto que decisões posteriores prevalecem sobre as anteriores, ainda que não exista qualquer vinculação.

Quanto ao aspecto econômico do princípio do acesso à justiça, o IRDR dispensa o pagamento de custas. Embora não haja previsão no CPC/2015, pode-se inferir, pela interpretação sistemática e teleológica do instituto, que no âmbito estreito do incidente não haverá pagamento de honorários advocatícios. Essa circunstância estimulará, de algum modo, o autor e o réu a solicitar instauração do incidente, visto que não haverá despesas processuais para as partes. No entanto, a isenção se restringe ao incidente, pois, para a causa originária e para as demais causas suspensas repetitivas, se tiverem continuidade, não haverá dispensa de pagamento de honorários, nem de custas, salvo as exceções legais.

Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015 inaugura uma promissora fase jurídica, com adoção de institutos modernos e atuais de solução de conflitos e de tutela jurisdicional adequada

à Constituição da República, ao privilegiar os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) entra no rol da técnica voltada para os *casos repetitivos*, ao lado dos recursos especiais repetitivos interpostos ao Superior Tribunal de Justiça e dos recursos extraordinários repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, além de outros mecanismos reforçadores da necessidade de obediência aos precedentes judiciais.

Apesar de alguns questionamentos ou entendimentos divergentes que o novo instituto suscita ou possa suscitar, é possível concluir que a sistemática utilizada pelos legisladores, aprimorada após audiências públicas e debates tanto pela comissão elaboradora do novo CPC, quanto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, está em conformidade com os princípios processuais constitucionais, ao mesmo tempo em que constitui elemento técnico-jurídico imprescindível para enfrentar o fenômeno de demandas isonômicas múltiplas que nem o revogado Código de Processo Civil de 1973 nem o processo coletivo ou o tratamento de demanda coletiva de direitos metaindividuais ou individuais homogêneos conseguiram amenizar ou resolver.

Nas palavras de Mancuso (2014, p. 333),

é preciso que o propósito pragmático de redução do acervo, subjacente à técnica da tutela plurindividual, não se faça a qualquer preço, em detrimento dos lídimos direitos processuais das partes, mormente no tocante à efetiva participação no contraditório, que em sua contemporânea acepção inclui o direito à não surpresa e à efetiva possibilidade de legítima influência nas decisões judiciais.

Seguramente, ao aprimorar a técnica antes incipiente de tratamento judicial para casos repetitivos, o legislador foi bastante cuidadoso

ao preservar direitos fundamentais, sem perder a finalidade da eficiência e da eficácia da tutela jurisdicional voltada para ações *plurindividuais* idênticas que proliferam perante o juiz de primeiro grau e que precisam de um tratamento eficiente e inteligente, tal como foi adotado no novo Código Processual Civil, ao inovar para melhor na distribuição da Justiça por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Sobre o autor

Vallisney de Souza Oliveira é doutor e mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB-DF), Brasília, DF; e juiz da 1^a Região do Tribunal Regional Federal, em Brasília, DF.

E-mail: vallisney@unb.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENT INTRODUCED IN BRAZILIAN LAW BY THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT: The New Brazilian Civil Procedure Code, which entered into force on March 18, 2016, created the incident Repetitive Demands Resolution (IRDR), which is considered along with the judgment technique of repeated appeals to the Supreme Court and the STJ as legislative solutions to the multiple and incessant repetitive civil cases that build up in the Brazilian Justice. The IRDR is the processing technique and judgment by the Court of Justice or the regional court of repetitive civil cases and similar proposals in several judgments, sticks and counties, on a matter only of law, when there is a risk of violation of equality between litigants and legal certainty. The request for establishment of the incident by the parties and other legitimate, it is the collective body say whether or not proceed in court. If admitted the IRDR suspended the processing of other similar cases, and after extensive publicity, it is the judgment of merit, will be created when the legal arguments seeking to unify and pacify the law. This court decision is replaced erga omnes, valid for all individual or collective claims identical in that court action scope. The IRDR is also examined in the face of repetitive cases and constitutional procedural principles.

KEYWORDS: INCIDENT DEMANDS REPETITIVE RESOLUTION. INNOVATION. CPC/2015. ASSUMPTIONS, SUBJECTS, PROCEDURE AND JUDGMENT OF THE INCIDENT. IRDR AND CASES REPETITIVE. IRDR AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

¹ Sem revisão do editor.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 179, jan. 2010.

FERRAZ, Roberto. Virtudes e defeitos do sistema de recursos repetitivos e súmulas vinculantes praticado até agora. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2010. v. 14. p. 299-311.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. In: SEMINÁRIO SOBRE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA FEDERAL: possíveis soluções processuais e gerenciais. Brasília: Tribunal Regional Federal 1ª Região. ESMAF, 2014.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felippe da. Recurso Especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 60, jan./jun. 2012.

LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 185, jul. 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim. Novos conflitos e o processo adequado: o conflito repetitivo e as soluções processuais (capítulo 1). In: TRINDADE, André Karam. BORTOLI, José Carlos Kraemer. *Direitos fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva repetitiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 237, nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Aluísio de Castro; RODRIGUES, Roberto Aragão. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 211, set. 2012.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipótese de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF, 2012.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

A metamorfose do patrimônio cultural até a Assembleia Nacional Constituinte de 1987

DAVID BARBOSA DE OLIVEIRA

Resumo: Pressupondo que, além de direito fundamental, o patrimônio cultural é a proteção de uma memória construída e selecionada a partir de fatos ideologicamente relevantes e determinantes para um determinado grupo manter-se no Poder, este texto trará a discussão em torno dos termos “kultur” e “civilização” e da importância dessa distinção para a lógica da proteção imaterial. Discutiremos também o desenvolvimento da proteção cultural imaterial até a Constituinte de 1987, passando por Rodrigo Franco e Aloísio Magalhaes à frente dos institutos protetivos, e estabeleceremos os reflexos dessa “evolução” sobre a proteção cultural imaterial na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Patrimônio cultural material. Patrimônio cultural imaterial. Assembleia Nacional Constituinte.

“Eu peço que Deus não permita, / dessa sorte maldita, / desses mestres se acabar. / Estou achando bom, doutor, / as coisas acontecendo / e ouço agora o povo dizendo /que agora é pra valer. / Que com essa acontecência, / do Brasil nossas sabenças / deverão prevalecer. / Que acabe este mistério e /que este Ministério / para esses mestres possa olhar. / Mas que se olhe ligeiro, / pois os mestres brasileiros / não findam para se acabar” (ENCONTRO SUL-AMERICANO DAS CULTURAS POPULARES, 2007, p. 159).

1. Introdução

Este texto é fruto dos estudos empreendidos nas minhas pesquisas de mestrado e propõe-se a discutir a genealogia da proteção patrimonial brasileira, desde suas primeiras discussões, ou seja, do anteprojeto

de Mário de Andrade, passando pelo debate da Assembleia Constituinte até alcançar a proteção da atual Constituição de 1988. Patrimônio Cultural é, segundo Dantas (2010, p. 117), “o conjunto de bens materiais e imateriais que exprimem as experiências simbólicas e ideológicas de determinada sociedade, fundantes de uma identidade cultural”. Destarte, patrimônio cultural é a proteção de uma memória construída e selecionada a partir de fatos ideologicamente relevantes e determinantes para um determinado grupo manter-se no Poder.

O conceito legal proveniente do artigo 216 da Constituição Federal, por sua vez, afirma que “constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Desse modo, foram incluídas, nessa proteção, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Pressupondo que, além de direito fundamental, o patrimônio cultural é a proteção de uma memória construída e selecionada a partir de fatos ideologicamente relevantes e determinantes para um determinado grupo manter-se no Poder, este texto trará a discussão em torno dos termos *kultur* e *civilização*, bem como da importância dessa distinção para a lógica da proteção do patrimônio cultural imaterial brasileiro. Abordaremos o desenvolvimento da proteção cultural imaterial, desde o anteprojeto de Mário de Andrade até a Constituinte de 1987, passando pela gestão patrimonial de Rodrigo Franco e de Aloisio Magalhães. Discutiremos também os contornos dessa “evolução” e seus reflexos sobre a Constituinte de 1987 e sobre a nova proteção cultural imaterial na Constituição Federal de 1988.

2. Do patrimônio cultural como *kultur* ou *civilização*

O início da proteção patrimonial oficial brasileira deu-se em 1936, com a proposição da criação de agência federal de proteção ao patrimônio. Em meio ao pensamento modernista da época, a nova elite que assumia o poder buscava criar uma nova nação por meio de inovações na economia, na política e na cultura. Tentava-se inserir o País entre as modernas civilizações europeias, sem, entretanto, deixar de lado sua singularidade tupiniquim. A elite procurava essa singularidade no que o País possuiria de mais autêntico, valorizando o tradicional. Daí, Gonçalves (1996, p. 41-42) afirmar que essas elites “acreditavam que, para identificar ou redescobrir o Brasil, o país teria que retornar aos mais ‘autênticos’ valores nacionais, os quais estavam supostamente fundados no passado, assim como nos valores regionais”.

Essa concepção assemelha-se muito às ideias românticas alemãs do século XIX. Nesse período, a palavra *civilização* é disseminada por vários países a partir da França. *Civilização* apresenta um apelo universalizante, designando um avançado estágio evolutivo que as sociedades deveriam alcançar. Almejava-se realizar por meio da Cultura o que não pôde ser concretizado politicamente com a Revolução Francesa. Em contraponto ao termo francês, o romantismo alemão desenvolveu o termo *kultur*, que determinava justamente as diferenças nacionais, a singularidade de uma cultura. Em verdade, urge pontuar, como o faz Hell, que a

língua alemã emprega dois termos para exprimir a ideia de cultura: *Bildung* e *Kultur*.

A *Bildung* constitui um dos momentos essenciais no devir da idéia de cultura; a formação intelectual, estética e moral do homem exprime um ideal de totalidade humana, condicionada pela transformação dos Estados e das relações de soberania em função da exigência de liberdade e sobretudo por um processo de educação, no sentido mais amplo da palavra que cadencia a evolução do homem para formá-lo, não enquanto ser isolado, mas enquanto sujeito consciente, ligado ao mundo por uma tríplice relação fundamental que o une respectivamente à natureza – ao outro, à sociedade, a toda a humanidade – e aos deuses ou ao divino (HELL, 1989, p. 70).

Cuche (1999, p. 28) asserta que, “depois da derrota na batalha de Iena, em 1806, e da ocupação de Napoleão, a consciência alemã vai conhecer uma renovação do nacionalismo, que se expressará através de uma acentuação da interpretação particularista da cultura alemã”. O termo *civilização* representa a hegemonia cultural francesa sobre os demais países ocidentais, ao passo que *kultur* denota a especificidade da alma alemã. O resgate das raízes medievais germânicas, segundo Moura (2009, p. 162),

desempenha um papel de maior importância nesse movimento de afirmação de identidade alemã; ele constitui um modo de fazer frente à hegemonia dos valores franceses ao resgatar um espírito obscurecido e encoberto pela frieza e artificialidade dos hábitos da sociedade *policé*. A valorização dos contos, das poesias, das lendas nacionais e de tudo o mais que evoca o retorno às fontes de um passado pleno de força e virtude exorta os alemães a reconhecer em sua própria origem os traços de uma essência perdida.

A exaltação das origens da identidade alemã é o mesmo motor que vai movimentar os

modernistas antropofágicos na “descoberta” da identidade brasileira. Dessa forma, os modernistas mergulharam na essência do Brasil, no interior, na roda de viola, no caipira, no matuto e, principalmente, no índio mítico. Foi em busca desse Brasil “puro” que Mário de Andrade partiu quando lhe encomendaram um projeto de lei de proteção do patrimônio cultural nacional¹. Mário de Andrade, segundo Fonseca (2005, p. 108),

desenvolveu uma concepção de patrimônio extremamente avançada para seu tempo, que em alguns pontos antecipa, inclusive, os preceitos da Carta de Veneza, de 1964. Ao reunir num mesmo conceito – arte –, manifestações eruditas e populares, Mário de Andrade forma o caráter ao mesmo tempo particular/nacional e universal da arte autêntica, ou seja, a que merece proteção.

Seu projeto buscava proteger todos os bens culturais nacionais, os materiais e os imateriais, procurando encontrar, por meio do folclore (cultura popular), um processo de conhecimento da identidade brasileira no qual se destacava especialmente, segundo Andrade (2010, p. 66), a “contribuição do Nordeste para a constituição da Brasilidade psicológica, econômico-social, linguística e artística”. O criador do personagem Macunaíma buscou aprender, no arte-fazer popular, a persistência de processos e técnicas que poderiam definir a singularidade do nacional.

Em 1937, o Projeto de Lei do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) foi aprovado, tendo, inicialmente, à frente Rodrigo Melo Franco de Andrade. En-

¹ Mário de Andrade viajou pelo país para gerar a concepção do patrimônio cultural que o novo órgão federal iria proteger. Seu anteprojeto era muito mais amplo do que apenas a proteção patrimonial material; de tão avançado, em verdade, só agora, depois da Carta de 1988, é que se pode almejar a proteção que à época propunha o poeta.

tretanto, ao contrário do que almejava Mário de Andrade em seu anteprojeto, o modelo de proteção patrimonial oficial criado teve alcance limitado ao tombamento de bens móveis e imóveis². A visão do patrimônio nacional como uma continuação do Brasil que se formou com a união do negro, do ameríndio e do europeu vai continuar até uma reviravolta na proteção patrimonial nacional realizada por Aloísio Magalhães, inicialmente, no Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC) e, mais adiante, em 1979, à frente do próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)³.

3. Patrimônio cultural brasileiro: de Rodrigo a Aloísio

Ao contrário da política de Rodrigo Franco para a qual, como aponta Tylor, segundo Castro (2005, p. 74), “o fenômeno da cultura pode ser arranjado e classificado, estágio por estágio, numa ordem provável de evolução”, Aloísio vê nas matrizes culturais brasileiras – ameríndia, negra e branca – não o início de um evolucionismo cultural em que essas culturas um dia se igualariam, em desenvolvimento, às culturas europeias, já em um estágio mais avançado, mas, conforme explica Gonçalves (1996, p. 55), “formas de vida social e cultural atuais, diversas e em processo de transformação”. Ele enfatiza que cada cultura deveria ser igualmente representada por uma política de patrimônio cultural. A partir daí, rompe-se com a ideia de evolucionismo e homogenei-

² O Decreto Lei nº 25/1937 instituiu o tombamento como, até aquele momento, o único instrumento legal de preservação e regulamentação do patrimônio histórico e artístico nacional.

³ O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), nos anos 70, foi transformado em Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

dade, e insere-se a cultura brasileira na heterogeneidade, em que o diferente não é melhor nem pior, apenas diverso. Apesar de Furtado (1999, p. 60) afirmar que, nos três séculos do período colonial, gestou-se no Brasil um estilo cultural em que o português era um de seus temas dominantes, mas incorporou não apenas motivos locais, mas toda uma gama de valores das culturas originais dos povos dominados, no Brasil, até a ordem constitucional de 1967⁴, embasada pela política de proteção de Rodrigo Franco, protegia-se, em regra, as referências da cultura europeia – documentos, praças, monumentos etc. –, quedando na sombra a outra parcela do Brasil, a oprimida.

A gênese da proteção do patrimônio cultural imaterial, no Brasil, está no anteprojeto de Mário de Andrade, mas a instrumentalização dessa proteção iniciou-se tão somente com Aloísio Magalhães. Para ele, como explica Gonçalves (1996, p. 55), o conjunto de objetos e de atividades sociais e culturais classificados como bens culturais “são vistos como os meios através dos quais diferentes segmentos que compõem a nação expressam-se a si mesmos no fluxo do processo histórico. Eles são pensados não como objetos fixos, exemplares, mas no processo mesmo de criação e recriação que lhes dá realidade”.

Na ordem constitucional anterior, a memória protegida era materializada em monumentos, documentos, prédios de interesse público, conforme aponta o Decreto-Lei nº 25/1937. Esse interesse reverenciava somente os fatos históricos de relevância para o Brasil de matriz europeia. A proteção constitucional do passado, como ensina Dantas (2006, p. 2),

⁴ Art. 172, CF/1967 – “O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais e valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas” (BRASIL, 1967).

representativo unicamente de fatos históricos relevantes da “cultura eurocentrista, com evidente velamento da dinâmica social e cultural dos povos formadores da cultura e memória nacional”, não era fiel à nossa história nem à identidade cultural de nosso povo. Essa representação artificial de nossa *anima* refletia, por certo, o modo como o Poder estava distribuído no Brasil, pois, como afirma Peter Häberle (2001, p. 32), “la constituzione esprime anche uma condizione di sviluppo culturale di um popolo, serve da strumento all'autorappresentazione culturale, da specchio del sua patrimonio culturale e da fondamento delle sue speranze”.

Assim, se a Constituição, como aponta Peter Häberle, é o espelho do patrimônio do povo, percebemos que não só o Poder, na Constituição brasileira de 1967, era restrito e restritivo, mas todo o patrimônio, representando culturalmente apenas a classe detentora dele, uma classe elitista e europeizada. O Poder político usurpado do povo pelo golpe de 1964 e pelo “golpe dentro do golpe”, de 1968, restringia em um só instante o Poder e, por consequência, o acesso e a proteção aos demais bens culturais.

A política tradicional do SPHAN, na ordem constitucional anterior, não levava em consideração certas dimensões do patrimônio cultural brasileiro, sua diversidade, sua importância e o papel desse patrimônio na referência identitária e na apreensão do fazer das diferentes expressões das culturas populares brasileiras. A não proteção do fazer imaterial das culturas populares deixa ainda mais claro como o poder e o capital cultural eram mal distribuídos na sociedade até o novo Estado que se inicia em 1988. Ora, se as culturas populares, como explica Canclini (1983, p. 42), “se constituem por um processo de apropriação desigual dos bens econômicos e culturais de uma nação ou etnia por parte dos seus setores subalternos, e pela compressão, reprodução e transformação, real e simbólica, das condições gerais e específicas do trabalho e da vida”, a desigualdade no acesso, na proteção e na valorização desses bens culturais repercute em uma proteção patrimonial que atua

de cima para baixo e, de certo modo, com uma concepção principalmente elitista. A igreja e o prédio monumental são bens culturais, mas de um nível muito alto. São o resultado mais apurado da cultura. [...] Pela própria razão de ser, uma atividade popular não tem consciência do seu valor. Quem faz uma igreja sabe o valor do que faz, mas quem trabalha courro, por exemplo, nem sempre (MAGALHÃES, 1985, p. 221).

Dentro desse horizonte comprensivo, Aloisio buscou ampliar a noção de patrimônio cultural, inserindo todos os bens sob o signo de bem

cultural, desidentificando o patrimônio cultural material do Patrimônio Cultural em si. Assim, ao separar o patrimônio cultural material da ideia de Patrimônio Cultural, conseguiu inserir os bens culturais imateriais. Por certo, os bens diferem em natureza e consequentemente no modo de proteção. Espera-se do patrimônio cultural material sua permanência, sua imutabilidade, ao passo que é impossível exigir o mesmo dos bens imateriais, visto que é de sua natureza a mutabilidade e alternância. É por isso que, para Gonçalves (1996, p. 56), “esses bens são valorizados não por uma suposta exemplaridade, mas como parte da vida cotidiana e como formas de expressão de diferentes segmentos da sociedade brasileira. As formas da cultura popular são vistas como a fonte mesma de uma ‘auténtica’ identidade nacional”. Em razão dessa reviravolta no conceito de patrimônio cultural, o bem arquitetônico, associado à alta cultura, tornou-se apenas uma espécie de bem cultural, tão importante e passível de proteção quanto o fazer, a memória oral e a arquitetura popular da cultura popular.

4. Um novo conceito de patrimônio cultural é discutido na Assembleia Nacional Constituinte de 1987

O objetivo da nova política patrimonial era conhecer, referenciar e compreender as manifestações culturais populares a fim de preservar sua memória e fornecer elementos de apoio para seu desenvolvimento, sem apresentar, contudo, um aparato legal que possibilitesse isso. Tanto que Gilberto Velho (2006, p. 238-240), quando do tombamento do terreiro de candomblé Casa Branca, ainda em 1984, sem os avanços atuais da legislação, afirmou que

ao recomendar o tombamento, considerei fundamental chamar a atenção para o fato de que “o acompanhamento e a supervisão da SPHAN deve, mantendo seus elevados padrões, incorporar uma postura adequadamente flexível diante desse fenômeno religioso” e, ainda, que “o tombamento deve ser uma garantia para a continuidade da expressão cultural que tem em Casa Branca um espaço sagrado”. Afirmei que a sacrilidade, no entanto, não era sinônimo de imutabilidade e que a SPHAN não abriria mão da seriedade de suas normas, mas deveria “procurar uma adequação para lidar com o fenômeno social em permanente processo de mudança”. [...] Quando conselheiros argumentavam que não se podia “tombar uma religião”, certamente entendiam que o tombamento de centenas de igrejas e monumentos católicos teria se dado apenas por razões artístico-arquitetônicas, o que não nos parecia correto. Assim, o tombamento de Casa Branca significava a afirmação de uma visão da sociedade brasileira como multiétnica, constituída e caracterizada pelo pluralismo sociocultural.

Quando, em 1979, Aloísio Magalhães foi nomeado diretor do IPHAN, ocorreu ao mesmo tempo a unificação da política federal de proteção do patrimônio com a fusão do IPHAN e do CNRC⁵. O discurso da proteção do patrimônio imaterial em função da diversidade cultural nacional que já se vinha desenvolvendo no CNRC, como expõe Fonseca (2005, p. 181), revelou-se “compatível não só com o momento de abertura democrática dos últimos governos militares, como foi também encampado pela Nova República”. Essa manta ideológica da conjuntura histórica favoreceu o processo de ampliação do patrimônio cultural de Aloísio Magalhães em torno do reconhecimento e da proteção da pluralidade de bens

⁵ O CNRC, que antes era conveniado ao Ministério da Indústria e do Comércio, foi transferido na unificação para o Ministério da Educação e Cultura, ligando-se diretamente ao IPHAN.

culturais brasileiros, tanto que a Assembleia Constituinte de 1987, no anteprojeto da subcomissão de Educação, Cultura e Esporte, definiu que a cultura brasileira, resultado de heranças culturais tão diversas, processos sócio-históricos tão desiguais e intermitentes,

é identificável como tal, traz unidade na pluralidade e nas contradições; não é um conjunto, um amontoado de elementos ou heranças, mas um sistema com personalidade, cara e alma própria, com autenticidade e funcionalidade, como qualquer outra cultura, apesar de tantas raízes, transferências, trocas, agressões e invasões. Preservar a memória e a identidade dessa cultura parece ser um dever de todo o povo, de sobrevivência, mas que deve contar com o reconhecimento e o esforço maior do poder público (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 20).

A influência de Aloísio Magalhães na ampliação da proteção do patrimônio cultural brasileiro torna-se ainda mais evidente na justificativa da proposta do deputado constituinte Octávio Elísio, em 22 de abril de 1987, ao afirmar explicitamente que “a conceituação abrangente de bem cultural, contemplada no anteprojeto, pode encontrar a sua justificativa nas palavras de Aloísio Magalhães” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 38-39). O deputado propôs o seguinte texto dentro do processo constituinte:

é reconhecido o concurso de todos os grupos étnicos constitutivos da formação nacional, na sua participação igualitária e pluralística, para a expressão da cultura brasileira. Art. __ Para o cumprimento do dispositivo anterior, o Poder Público assegurará: I – o acesso aos bens culturais na integralidade de suas manifestações; II – a sua livre produção, circulação e exposição a toda a coletividade; III – preservação de todas as modalidades de expressão dos bens de cultura, bem como da memória nacional; IV – prestar assistência a artistas e artesãos, no interesse de preservar artes, técnicas e modos de fazer em extinção. [...] Art. São bens culturais os de natureza material e imaterial, individuais ou coletivos, portadores de referência à identidade nacional e à memória local – urbana ou rural –, incluindo as manifestações, os modos de fazer e de convívio, documentos, obras, locais e sítios de valor histórico, artístico, arqueológico ou científico e as paisagens antrópicas e naturais.

A proposta do deputado constituinte avança ao reconhecer o concurso de todos os grupos étnicos na formação nacional, ao admitir sua participação igualitária e pluralística nos bens culturais e ao garantir, por meio do Poder Público, o acesso aos bens culturais na integralidade de suas manifestações, a sua livre produção, circulação e exposição, a preservação de todas as modalidades de bens culturais, etc. Finaliza

incluindo as manifestações, os modos de fazer e de convívio como bens do Patrimônio Cultural. Não resta dúvida sobre a influência decisiva de Aloísio Magalhães nas discussões constituintes, que encampam as bases institucionais para o estabelecimento de duas vertentes distintas de proteção do bem cultural: a já conhecida e institucionalizada vertente patrimonial, e a vertente de produção, circulação e consumo de cultura. Esta última é o embrião constitucional da proteção do bem cultural imaterial.

Para a proteção dos bens imateriais, urgem, como defende o deputado constituinte, “outros modos de proteção e de ação além do já consagrado instituto do tombamento. Ademais, a Constituição deve consagrar a figura da inventariação dos bens culturais, de natureza patrimonial ou de atividades de fazer [...]” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 38). Germina, nessa preocupação, o instituto que será previsto apenas em 2000 por meio do Decreto nº 3.551. O inventário complementará o tombamento, devendo funcionar como novo instrumento protetivo, buscando registrar, com as técnicas adequadas, ou seja, adequando-se a todos os bens e manifestações culturais de valor referencial para a memória nacional. Dessa forma, a inscrição no inventário ficará reservada às manifestações reiterativas e dinâmicas, que não se enquadram em um sistema rígido de proteção do tombamento.

5. O patrimônio cultural plural da Constituição de 1988

O debate na Assembleia Nacional Constituinte resultou em uma Constituição que concebeu uma proteção mais ampla aos bens culturais, de modo que o Estado passou a ga-

rantir a todos o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização/difusão de variadas manifestações culturais, assim como protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e dos demais grupos participantes do processo civilizatório nacional. Ao proteger essas manifestações identitárias, o constituinte alargou o patrimônio cultural brasileiro, incluindo a referência de identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira como bens culturais do patrimônio cultural imaterial. Esse novo *locus* patrimonial implica, antes de qualquer coisa, a compreensão de que

esses universos culturais abrigam circuitos de consumo, produção e difusão culturais organizados por meio de dinâmicas e lógicas próprias que diferem em muito dos demais circuitos consagrados de produção cultural e, ao mesmo tempo, a eles articulam-se importantes questões relativas ao desenvolvimento integrado e sustentável. A noção de patrimônio cultural imaterial vem, portanto, dar grande visibilidade ao problema da incorporação de amplo e diverso conjunto de processos culturais – seus agentes, suas criações, seus públicos, seus problemas e necessidades peculiares – nas políticas públicas relacionadas à cultura e nas referências de memória e de identidade que o país produz para si mesmo em diálogo com as demais nações. Trata-se de um instrumento de reconhecimento da diversidade cultural que vive no território brasileiro e que traz consigo o relevante tema da inclusão cultural e dos efeitos sociais dessa inclusão (CAVALCANTI, 2008, p. 12).

Assim, a Constituição de 1988, a fim de afastar o ranço autoritário e a visão eurocêntrica dos anos anteriores, buscou proteger os bens dos mais diversos grupos sociais e/ou étnicos nacionais, reafirmando a pluralidade cultural brasileira. A Constituição de 1988 re-

presentou um grande avanço ao incluir no patrimônio cultural nacional os bens imateriais, pois, conforme realça Häberle (2003, p. 5),

toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el “patrimonio cultural” y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución. Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado constitucional da efectividad, refina y desarrolla en forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de su identidad cultural.

A proteção aos bens culturais imateriais implica outra forma de perceber a nação, a identidade e o patrimônio, pois, em vez de pensar as identidades nacionais como unhas, homogêneas, “deveríamos pensá-las como constituindo um dispositivo discursivo que representa a diferença como unidade ou identidade. Elas são atravessadas por profundas divisões e diferenças internas, sendo ‘unificadas’ apenas através do exercício de diferentes formas de poder cultural” (HALL, 2006, p. 62). Essa diversidade cultural deve fomentar intercâmbios transculturais, fortalecer as minorias e os indivíduos, assim como as comunidades marginalizadas, e, posteriormente, enfraquecer a capacidade de os Estados-nação organizarem a produção da memória cultural para monopolizar a lealdade, conforme leciona Goldsmith (2005, p. 95).

Podemos dizer que hoje só é possível vincular patrimônio à nação se ela for plural, diversa, concebendo dentro dela todos os brasis, haja vista que as identidades nacionais não podem mais ser vistas como uma representação em bloco das pessoas, pois as nações moder-

nas são, todas, híbridos culturais. As identidades nacionais, para que se possa ainda trabalhar com esse conceito, conforme expõe Hall (2006, p. 65), não podem subordinar “todas as outras formas de diferença e não estão livres do jogo de poder, de divisões e contradições internas, de lealdades e de diferenças sobrepostas”.

Assim, com o patrimônio cultural imaterial, desenvolve-se uma nova maneira de representar a nação, não mais pela unidade que sufocava as diferenças, mas pela diversidade que constitui um todo. O patrimônio cultural imaterial não estabelece uma gestão da memória neutra, isenta de ideologias. Em verdade, estabelece uma nova forma de coesão, de reforço da unidade em torno do Estado, onde a parte se vê como uma parcela significante do todo, participando e sendo valorizada como formadora de um ponto da nação.

Nesse mesmo sentido, já afirmava Freyre, em 1947, que o problema do Brasil “continua a ser o de combinar diversidade sub-regional com unidade nacional e esta com a continental ou a étnico-cultural” (1947, p. 149, 152); contudo, “evidentemente é necessário um mínimo saudável de uniformidade cultural básica para que o Brasil permaneça uma confederação”. Os patrimônios culturais brasileiros não podem mais ser vinculados à nação, salvo se esse conceito for ampliado de modo a contemplar a multiplicidade, o diverso e a alteridade, em conformidade com a diversidade cultural brasileira.

Refletindo as concepções presentes no Projeto de Lei de Mário de Andrade e nas discussões de Aloísio Magalhães no CNRC e no IPHAN, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 216, que constituem o “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à

identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, 1988). Os bens culturais desse patrimônio deixaram de ser apenas os objetos físicos (documentos, monumentos, prédios etc.) da ordem jurídica anterior, passando a ser também os bens culturais imateriais.

6. Conclusão

Almejando realizar uma proteção mais democrática, mais plural dos bens culturais da sociedade brasileira, o Estado, a partir de 1988, pautado nas normas constitucionais, inicia a proteção imaterial. O objetivo da nova política patrimonial era conhecer, referenciar e compreender as manifestações culturais populares a fim de preservar sua memória e fornecer elementos de apoio para seu desenvolvimento.

A posição de Aloísio Magalhães à frente do IPHAN foi determinante na proteção dos bens culturais como processo – que mais tarde seriam chamados de imateriais. O discurso da proteção do patrimônio imaterial em função da diversidade cultural nacional, que já se vinha desenvolvendo desde o CNRC, foi encampado pela Nova República e influenciou fortemente a Assembleia Constituinte de 1987.

Estabelecem-se, portanto, duas vertentes distintas de proteção do bem cultural, a partir de Aloísio Magalhães: a já conhecida e institucionalizada vertente patrimonial decorrente do anteprojeto de Mário de Andrade e implementada por Rodrigo Franco; e a vertente de produção, circulação e consumo de cultura, germe que se fecundou na última Constituição, qual seja: a proteção do patrimônio cultural imaterial.

A fim de afastar o ranço autoritário e eurocêntrico dos Estados anteriores, a Constituição de 1988 buscou proteger os bens dos mais

diversos grupos sociais e/ou étnicos nacionais, reafirmando a pluralidade cultural brasileira. Essa proteção, mais plural, implica perceber a nação, elemento de coesão social, não mais como um grande, único e unívoco sentido – como uma grande narrativa. Em verdade, a nação, para podermos continuar nos referindo a um elemento de identidade estatal, deve ser plural, aglutinando as mais diferentes expressões, sendo uma, por ser a soma de todas as diferenças, de toda a pluralidade nacional. Não pode mais haver uma visão hegemônica que exclui as minorias e faz com que elas busquem no branco europeu uma referência que não é sua.

Essa diversidade cultural deve fomentar intercâmbios transculturais, fortalecer as minorias e os indivíduos, assim como as comunidades marginalizadas e, posteriormente, enfraquecer a capacidade de os Estados-nação organizarem a produção da memória cultural para monopolizar a lealdade. O acesso das minorias após a Constituição de 1988 implicou a necessidade de se sentir representado por bens culturais diferentes dos bens de “pedra e cal”.

O patrimônio material (monumento, documento, prédio) não representa essas minorias que começam a ascender ao poder, daí a necessidade de se buscar a proteção de novos bens, de bens em processo, de bens imateriais. Assim, o patrimônio cultural imaterial não estabelece uma gestão da memória neutra, isenta de ideologias. Em verdade, estabelece uma nova forma de coesão, de reforço da unidade em torno do Estado, em que a parte se vê como uma parcela significante do todo, participando e sendo valorizada como formadora de um ponto da nação. O plural, agora, representa a identidade: somos um porque somos diferentes; a identidade não é apenas uma visão do branco, mas é pluralidade de todos os matizes, de todas as matrizes culturais formadoras do brasileiro.

Sobre o autor

David Barbosa de Oliveira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor do doutorado e mestrado da Universidade Estadual do Ceará (UECE), Fortaleza, CE, Brasil e da graduação da Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: dvdbarol@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

THE METAMORPHOSIS OF CULTURAL HERITAGE UNTIL THE NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY 1987

ABSTRACT: Assuming that, in addition to fundamental rights, cultural heritage is the protection of a built memory selected from ideologically relevant facts decisive for a certain group to remain in power, this text will bring the discussion around terms “kultur” and “civilization” and discuss how important is the difference between these two terms for immaterial protection logic. It will also present intangible cultural protection development until the National Constituent Assembly of 1987, via protective institutes’ leadership of Rodrigo Franco and Aloisio Magalhaes, and define the contours of this “evolution” compared to current constitutional protection.

KEYWORDS: CULTURAL HERITAGE MATERIALS. INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE. NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY.

Referências

- ANDRADE, Mário de; MORAES, Marco Antonio de. *Câmara Cascudo e Mário de Andrade: cartas 1924-1944*. São Paulo: Global, 2010.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Anteprojeto subcomissão da educação, cultura e esportes*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*, 6 dez. 1937.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- CANCLINI, Nestor García. *As culturas populares no capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- CASTRO, Celso (Org.). *Evolucionismo cultural*: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.
- CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO, 2008.

⁶Sem revisão do editor.

- CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru, SP: EDUSC, 1999.
- DANTAS, Fabiana Santos. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010.
- DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Base jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais. *Revista CPC*, v. 1, n. 2, p. 80-95, maio/out. 2006.
- ENCONTRO SUL-AMERICANO DAS CULTURAS POPULARES. *Encontro Sul-Americano das Culturas Populares e II Seminário Nacional de Políticas Públicas para as Culturas Populares*: Brasília, 14 a 17 de setembro de 2006. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.
- FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas. São Paulo: J. Olympio, 1947.
- FURTADO, Celso. *O longo amanhecer*: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- GOLDSMITH, Ben. Diversidade cultural: política, caminhos, dispositivos. In: BRANT, Leonardo. (Org.) *Diversidade cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Ed; Instituto Pensarte, 2005.
- GONÇALVES, José Reginaldo Santos. *A retórica da perda: os discursos do patrimônio cultural no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. Roma: Carocci, 2001.
- _____. *El estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- HELL, Victor. *A ideia de cultura*. São Paulo: Martins fontes, 1989.
- MAGALHÃES, Aloísio. *E triunfo?: a questão dos bens culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 1985.
- MOURA, Caio. O advento dos conceitos de cultura e civilização: sua importância para a consolidação da autoimagem do sujeito moderno. *Filosofia Unisinos*, v. 10, n. 2, p. 157-173, maio/ago. 2009.
- VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. *Maná*, v. 12, n. 1, p. 237-248, abr. 2006.

Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão

LEONARDO VALLES BENTO

Resumo: Este artigo expõe os principais parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão desenvolvidos por organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), com destaque para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essas organizações adotam uma visão libertária ao avaliar a legitimidade das restrições à liberdade de expressão e os critérios de ponderação em caso de conflito de direitos. O artigo evidencia que as restrições impostas ao direito de expressar-se livremente estão sujeitas a requisitos extremamente exigentes, tanto nos casos de conflito com o direito à honra, quanto nos casos envolvendo os chamados “discursos de ódio”. A liberdade de expressão não tem uma dimensão apenas individual – o direito de emitir opiniões e compartilhar informações e ideias –, mas se caracteriza também como um direito coletivo ou difuso de ter acesso a ideias e informações divulgadas por outros. A liberdade de expressão é um direito que incide não sobre um dos sujeitos da comunicação isoladamente, mas sobre o processo comunicativo como um todo, o qual é essencial à democracia e à própria interação humana. Conhecer o pensamento dos demais é tão importante quanto expressar o próprio.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Direito à honra.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo expor os principais parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. Tais parâmetros ou *standards* servem para avaliar a conformidade dos sistemas jurídicos nacionais com o respeito aos direitos humanos.

Recebido em 16/6/15

Aprovado em 17/9/15

Desde 1993, junto ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, funciona o escritório do Relator Especial para a Liberdade de Opinião e Expressão, que tem a missão, entre outras, de esclarecer qual o exato conteúdo desse direito. O Relator Especial emite informes anuais, nos quais atualiza o conteúdo jurídico da liberdade de expressão com novos avanços teóricos, legislativos e jurisprudenciais, recomendando aos países a incorporação das melhores práticas observadas internacionalmente. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, seguindo o exemplo da ONU, criou em 1997 a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, encarregada de assessorar a Comissão, sistematizando a jurisprudência e o conhecimento acerca do direito à liberdade de expressão e, desde 1998, também publica informes anuais, nos quais define princípios, compila as melhores práticas observadas no Continente, além de denunciar situações de abuso e violações desse direito. Além de Relatórios Anuais, ambos os Relatores emitem declarações conjuntas, nas quais reafirmam o compromisso com a liberdade de expressão em algum aspecto específico desse direito. Por outro lado, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem desempenhando um papel decisivo no avanço do direito à liberdade de expressão. Por meio de decisões notavelmente progressistas, a Corte já teve oportunidade de condenar diversos países membros da OEA a oferecer reparação às vítimas e a efetivar políticas de proteção, além de consolidar, por meio dos fundamentos das decisões, o marco jurídico da liberdade de expressão como direito humano. Os *standards* internacionais analisados na presente pesquisa têm por base o trabalho desenvolvido pelas relatorias especiais para a liberdade de expressão da ONU e da OEA em seus relatórios anuais e declarações conjuntas. Especial destaque será

dado também à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo está dividido em cinco tópicos. O primeiro se limita a expor sucintamente que a liberdade de expressão é um direito reconhecido internacionalmente e positivado nas principais declarações de direitos humanos. O segundo tópico evidencia um aspecto da liberdade de expressão que, embora não chegue a ser surpreendente, é frequentemente esquecido: ela não é um direito individual, mas uma espécie de direito difuso. Noutras palavras, a liberdade de expressão não consiste apenas no direito de o indivíduo divulgar suas próprias ideias e opiniões, mas também no direito de conhecer as ideias e opiniões dos outros. É exatamente nessa medida que, numa sociedade democrática, a liberdade de expressão ganha um peso enorme na ponderação com outros direitos e interesses. O tópico seguinte explora o escopo da proteção conferida a essa liberdade, distinguindo discursos protegidos, especialmente protegidos e não protegidos, ilustrando-os com precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O quarto tópico esclarece os critérios recomendados por organizações internacionais para avaliar a legitimidade das restrições à liberdade de expressão, bem como do regime de responsabilidade imposto àqueles que, supostamente, abusam desse direito. Por fim, o quinto tópico explora a colisão de direitos mais frequente em matéria de liberdade de expressão: a que envolve o direito à honra, violado em face de declarações ofensivas ou que prejudicam a reputação de terceiros.

O artigo irá evidenciar que tanto a ONU quanto a OEA, bem como organizações não governamentais que militam sobre essa temática advogam uma visão libertária sobre liberdade de expressão e um escrutínio exigente para as restrições a esse direito, especialmente

em casos que envolvem assuntos de interesse público ou a atuação de autoridades públicas, instituições e governos.

1. Reconhecimento internacional do direito à liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão está previsto de forma expressa em numerosos documentos internacionais. No art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, ele se encontra definido nos seguintes termos: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabelece, também em seu art. XIX, o direito à liberdade de expressão de forma mais detalhada, incluindo as restrições que podem ser legitimamente impostas pelos Estados, motivadas pela proteção da segurança coletiva e pelo respeito a outros direitos individuais:

Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (UNITED NATIONS, 1966).

Em âmbito regional, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem dedicado significativo esforço ao desenvolvimento doutrinário sobre esse tema. O marco de direito internacional mais relevante para a liberdade de expressão no continente é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, cujo art. XIII estabelece, de forma ainda mais pormenorizada, as diretrizes para um regime de exceções, distinguindo as censuras direta e indireta:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (OEA, 1969).

Portanto, não há controvérsia acerca do reconhecimento internacional da liberdade de expressão como um direito humano, que, ao lado da liberdade religiosa, é um dos mais clássicos direitos civis. Contudo, a interpretação do escopo desse direito, seu conteúdo jurí-

dico, na forma de deveres positivos e negativos impostos aos Estados, bem como a aceitabilidade de restrições variam significativamente, principalmente tendo em vista a riquíssima casuística sobre o assunto. Assim, no presente trabalho, será dada atenção a alguns parâmetros (*standards*) defendidos por organizações internacionais dedicadas ao tema, para a correta compreensão da liberdade de expressão e para a avaliação da legitimidade dos limites e responsabilidades impostos aos que abusam desse direito.

2. A dupla dimensão da liberdade de expressão: direito individual e direito coletivo

A liberdade de pensamento e de expressão constitui parte fundamental do arcabouço institucional das sociedades democráticas, nas quais desempenha uma tripla função.

Em primeiro lugar, trata-se de um dos direitos individuais que mais claramente reflete as características únicas dos seres humanos: a capacidade de pensar o mundo de sua própria perspectiva e a capacidade de comunicar-se com outros, expressando e intercambiando ideias, experiências de vida e visões de mundo. Desse modo, por meio de um processo dialético e deliberativo, o ser humano constrói coletivamente sua representação da realidade e decide os termos de sua vida comunitária. Além disso, todo o potencial criativo na arte, na ciência, na tecnologia e na política depende do gozo efetivo da liberdade humana de expressar-se em todas as suas dimensões. Em suma, os seres humanos, por meio da comunicação¹ e do intercâmbio, buscam edificar uma

¹ Comunicar vem do latim *communicare*, pôr ou ter em comum, repartir, dividir.

sociabilidade fundada no uso da linguagem, isto é, no diálogo e na persuasão (OEA, 2009c, p. 2-3).

Em segundo lugar, a liberdade de pensamento e de expressão mantém uma relação estrutural com a democracia, definida como um sistema político no qual os cidadãos decidem, diretamente ou por meio de seus representantes, os assuntos da coletividade, e no qual as autoridades públicas prestam contas das suas ações. O papel da liberdade de expressão, nesse sistema, consiste em permitir aos participantes da vida pública expressar-se, questionar, argumentar, criticar e contestar livremente². Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o objetivo mesmo do art. 13 da Convenção Americana é fortalecer o funcionamento de sistemas democráticos pluralistas, protegendo a livre circulação de ideias e opiniões de toda índole, viabilizando um processo deliberativo aberto e desimpedido sobre todos os assuntos que dizem respeito aos interesses da sociedade. A formação de uma opinião pública vigorosa, bem informada e consciente dos seus direitos, assim como a responsabilização de autoridades públicas, não seria possível de outro modo (OEA, 2009c, p. 3-4).

Em terceiro lugar, a liberdade de expressão é um instrumento para a defesa de outros direitos, tais como o direito de reunião e associação, de participação política, o direito à educação, à liberdade religiosa e à identidade étnica e cultural.

² Nos termos do princípio do discurso de Habermas, a democracia e a ideia correlata de autogoverno – a autodeterminação política da coletividade fundada sobre a autonomia moral de seus membros – pressupõem decisões livres de coerção, legitimadas por um diálogo racional entre sujeitos iguais, no qual prevalece apenas a força do melhor argumento. No entanto, tais decisões, livres de relações de poder e dominação, exigem um conjunto de condições sociopsicológicas para a formação racional da opinião e da vontade, condições que se traduzem em um sistema de direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão (HABERMAS, 1997).

Portanto, a liberdade de expressão não deve ser entendida apenas em sentido individual, mas também como um direito difuso. Como direito individual, a liberdade de expressão consiste no direito de cada pessoa compartilhar livremente seus pensamentos, ideias e informações. Como direito difuso, trata-se do direito da sociedade de obter informações e receber, livre de interferência e obstáculos, os pensamentos, ideias, opiniões e informações dos outros. Assim, a liberdade de expressão constitui-se em instrumento de intercâmbio e comunicação entre todos os seres humanos. Conhecer o pensamento do outro é tão importante quanto exprimir o próprio.

De fato, a dupla dimensão da liberdade de expressão como um direito individual e coletivo já foi afirmada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversos julgados, sendo o mais famoso o caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (caso A Última Tentação de Cristo)³. A Corte consolidou sua interpretação no sentido de que o conteúdo do direito à liberdade de pensamento e expressão, que está sob a proteção do art. 13 da Convenção Americana, compreende não só a liberdade de expressar seus próprios pensamentos, mas também a de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos. Sendo assim, em seu entendimento, a liberdade de expressão exige, por um lado, que ninguém seja arbitra-

³ Em 1988, o Conselho de Classificação Cinematográfica do Chile vetou a exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*, de Martin Scorsese. A proibição baseou-se na alegação de que era ofensivo à figura de Jesus Cristo e, portanto, afetava aqueles que o consideravam seu modelo de vida. Assim, a exibição do filme caracterizaria uma suposta violação do direito à honra e à reputação de Jesus Cristo. A Corte considerou que a medida configurou censura prévia e desarrazoadas, em termos incompatíveis com o art.13 da Convenção Interamericana, e condenou o governo chileno a modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, de modo a suprimir a censura prévia e permitir a exibição do referido filme. Além disso, o Chile foi condenado a pagar uma reparação em dinheiro às vítimas que a demandaram à Corte (OEA, 2001).

riamente limitado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e, portanto, representa um direito de cada indivíduo; mas, por outro lado, implica também o direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer os pensamentos dos outros. Ambas as dimensões – individual e social – são de igual importância e devem ser garantidas simultaneamente, uma vez que a liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, visa gerar cidadãos informados.

3. Discursos protegidos e não protegidos

Em princípio, todos os tipos de discurso são protegidos pelo direito à liberdade de expressão, independentemente do conteúdo e do grau de aceitação social. Existe, portanto, uma obrigação geral de neutralidade do Estado quanto ao conteúdo das opiniões e ideias que circulam na esfera pública e, consequentemente, uma obrigação de garantir que, em princípio, não haja indivíduos, grupos, ideias ou meios de expressão excluídos do debate público (OEA, 2009c, p. 10).

É importante ressaltar que a proteção da liberdade de expressão torna-se particularmente importante para garantir o direito de compartilhar ideias e opiniões perturbadoras, chocantes ou até mesmo ofensivas, que de alguma forma produzem desconforto, mal-estar e inquietação tanto ao Poder Público quanto à sociedade em geral, a grupos minoritários ou majoritários. De fato, a liberdade de expressão exige um espírito de tolerância e abertura, sem o qual não há uma sociedade pluralista, nem democrática. Esse entendimento foi expressamente endossado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Castells vs. Espanha, de 1992:

O Tribunal recorda que a liberdade de expressão [...] constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso. [...] [Esa] liberdade é aplicável não só a “informações” ou “ideias” acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que resultam opostas, ferem ou incomodam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe “sociedade democrática” (COUNCIL OF EUROPE, 1992, §42).

No entanto, não obstante essa presunção geral de cobertura a todos as ideias e formas de expressão, existem determinados discursos que recebem uma proteção especial, em razão de sua conexão mais forte com o funcionamento e o fortalecimento da democracia: a efetividade do controle social do Poder Público, o combate à corrupção e a defesa

de outros direitos humanos. A jurisprudência interamericana reconhece discursos que ela chama de “especialmente protegidos”, que são aqueles relacionados com assuntos políticos e de interesse público, ou que veiculam críticas ou denúncias contra agentes públicos no exercício das suas funções e contra candidatos a cargos públicos.

3.1. Discursos especialmente protegidos

O bom funcionamento de uma democracia exige o maior grau possível de discussão pública sobre os problemas que afligem a sociedade e sobre a atuação do Estado, em todos os seus aspectos. Noutras palavras, a democracia pressupõe o livre debate e a deliberação sobre assuntos de interesse público. Em um sistema democrático e pluralista, as ações e omissões do Estado e de seus agentes devem ser objeto de uma análise rigorosa não só pelos órgãos de controle interno, mas também por parte da imprensa e da opinião pública. Além disso, a liberdade de expressão é condição necessária para que se possam denunciar casos de corrupção. Portanto, ideias, informações e opiniões relativas a questões de interesse público, ao Estado e suas instituições devem desfrutar de um maior nível de proteção.

O controle democrático da administração pública pela opinião pública fomenta a transparéncia das atividades governamentais, a prestação de contas dos agentes públicos sobre sua gestão e a participação mais ampla dos cidadãos. Isso implica que o ordenamento jurídico deve, de forma ainda mais rigorosa, abster-se de estabelecer limitações a essas formas de expressão, e que as instituições e os agentes públicos, bem como aqueles que aspiram a ocupar cargos públicos devem ter um limite superior de tolerância a críticas, acusações e denúncias. Se, em uma sociedade democráti-

ca, dada a importância de criar um clima de debate aberto e pluralista, já é necessário um espírito de tolerância a discursos ácidos e críticos, até mesmo perturbadores, chocantes e ofensivos, isso é ainda mais verdadeiro com relação aos discursos políticos e/ou que visam expor a conduta de autoridades públicas. Em decorrência disso, o governo, as instituições do Estado, as autoridades públicas, tanto políticos quanto da administração ou do judiciário, inclusive os candidatos a cargos públicos, estão sujeitos a um tipo diferente de proteção à sua honra, devendo ser ainda mais tolerantes a discursos negativos do que os demais cidadãos, tendo em vista a natureza pública de suas funções (OEA, 2009c, p. 12-13).

Um segundo motivo para a imposição desse limite maior de tolerância é que políticos e outras autoridades frequentemente têm facilidade de acesso aos meios de comunicação e são, por isso, perfeitamente capazes de mobilizar a imprensa para se defender e contestar as informações que circulam contra eles, tornando dispensável e desproporcional punir ou exigir indenização aos autores da crítica ou da denúncia, salvo comprovada má-fé. Por último, não custa lembrar que a decisão de tornar-se um agente público é livre e voluntária (OEA, 2009c, p. 14).

Assim, a importância de não inibir o debate democrático sobre um assunto de interesse público é um fator que deve ser avaliado pelo Judiciário ao decidir sobre uma eventual responsabilidade por abuso no exercício da liberdade de expressão. Um sistema excessivo de responsabilização – penal ou civil – pode produzir um dos efeitos mais nocivos para a liberdade de expressão, que lenta e insidiosamente a corrói por dentro: a autocensura. Autocensura significa que os indivíduos e veículos de comunicação vão preferir o silêncio a arriscar-se a sofrer um processo punitivo. Na dúvida, a

imprensa vai preferir não publicar uma matéria crítica ou uma denúncia contra uma autoridade pública, por medo de ter de pagar uma indenização ou sofrer alguma outra punição, caso a notícia seja considerada ofensiva. Por outro lado, autoridades públicas corruptas poderão utilizar a ameaça de processo como instrumento de intimidação ou retaliação contra adversários políticos, jornalistas, organizações da sociedade civil ou mesmo cidadãos comuns.

A fim de evitar a autocensura, a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem afirmado de forma categórica que o discurso crítico ao governo e à atuação de autoridades públicas deve gozar de proteção especial e de uma margem maior de aceitação. Isso quer dizer que uma maior latitude de imunidade contra a responsabilização deve ser garantida a quem se expressa sobre esses assuntos.

No caso Ricardo Canese vs. Paraguay⁴, julgado em 2004, a Corte teve oportunidade de afirmar que discursos políticos são especialmente protegidos, impondo-se reservas ainda maiores a restrições e responsabilizações a quem se manifesta sobre assuntos de interesse público, especificamente em períodos de campanha eleitoral, quando naturalmente os ânimos se acirram, e o debate tende a se tornar mais agressivo:

O Tribunal considera que no processo contra o Sr. Canese os órgãos judiciais deveriam tomar em consideração que esse deu suas declarações no contexto de uma campanha eleitoral à Presidência da República e a respeito de assuntos de interesse público, circunstância na qual as opiniões e críticas se emitem de uma maneira mais aberta, intensa e dinâmica, de acordo com os princípios do pluralismo democrático (OEA, 2004b, §105).

Assim, em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de natureza pública e de políticos, deve-se aplicar um limiar diferente de proteção, que não se baseia na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público inerente às atividades ou atuações de uma determinada pessoa. Aqueles que influenciam em questões de interesse público expuseram-se voluntariamente a um escrutínio públi-

⁴ Durante a campanha eleitoral para a Presidência da República do Paraguai, em 1992, Ricardo Canese, então candidato, foi entrevistado por jornalistas sobre a candidatura do seu adversário, Juan Wasmosy, que acabou sendo eleito. Canese declarou que Wasmosy fez fortuna como presidente da CONEMPA (consórcio responsável pela gestão da parte paraguaia da energia vinda da usina de Itaipu), acusando-o de ser testa de ferro do ex-ditador Stroessner, a quem a empresa repassou volumosos dividendos. Os diretores da CONEMPA propuseram queixa-crime contra Canese pelos crimes de calúnia e difamação, sob o argumento de que suas declarações prejudicaram a imagem da empresa e de seus diretores. Canese foi condenado a pena privativa de liberdade e a pagamento de multa, além de ter sido impedido de deixar o país por mais de oito anos. A Corte Interamericana condenou o Paraguai a compensar financeiramente Canese por violações a diversos direitos previstos na Convenção, entre eles a liberdade de expressão (OEA, 2004b).

co mais exigente e, consequentemente, nesse âmbito se veem submetidos a um risco maior de sofrer críticas, já que suas atividades saem do domínio da esfera privada para se inserir na esfera do debate público. Nesse sentido, no contexto do debate público, a margem de aceitação e tolerância a críticas por parte do próprio Estado, dos funcionários públicos, dos políticos e inclusive dos particulares que desenvolvem atividades sujeitas ao escrutínio público deve ser muito maior que a dos particulares.

Outro importante precedente da Corte é o caso Tristán Donoso vs. Panamá⁵, de 2009, cuja fundamentação deixa clara a proteção especial conferida ao discurso político e de crítica a autoridades públicas:

a Corte recorda que as expreções concernentes à idoneidade de uma pessoa para o desempenho de um cargo público ou a atos cometidos por funcionários públicos no desempenho de suas funções gozam de maior proteção, de maneira tal que se propicie o debate democrático. A Corte assinalou que, em uma sociedade democrática, os funcionários públicos estão mais expostos ao escrutínio e à crítica do público. [...] Essa proteção da honra de maneira diferenciada se explica porque o funcionário público se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o leva a um maior risco de sofrer danos à sua honra, como também pela possibilidade, associada a sua condição, de ter uma maior influência social e facilidade de acesso aos meios de comunicação para dar explicações ou responder sobre os fatos que o envolvem. [...] o Judiciário deve tomar em consideração o contexto em que se realizam as expressões sobre assuntos de interesse público; o juiz deve ponderar o respeito aos direitos e à reputação dos demais com o valor que tem em uma sociedade democrática o debate aberto sobre temas de interesse ou preocupação pública. [...] a Corte adverte que no momento em que o senhor Tristán Donoso convocou a conferência de imprensa existiam importantes elementos de informação e apreciação que permitiam considerar que sua afirmação não estava desprovida de fundamento a respeito da responsabilidade do ex-procurador sobre a gravação da sua conversa (OEA 2009a, §§ 115, 122, 123).

⁵ Em 1999, o advogado Santander Tristán Donoso denunciou publicamente, em uma entrevista coletiva, que o Procurador-Geral do Panamá, José Antonio Sossa, havia interceptado indevidamente e divulgado à imprensa uma conversação telefônica que manteve com um de seus clientes. A denúncia se deu no contexto de diversas críticas dirigidas à gestão do Procurador-Geral por abuso de autoridade ao autorizar interceptações telefônicas ilegais a pretexto de investigar crimes. Tristán Donoso apresentou a mesma denúncia formalmente perante as autoridades judiciais, contudo o Procurador-Geral foi absolvido de todas as acusações, em um processo marcado por irregularidades e violações ao devido processo legal. Após a conclusão do processo, o Procurador-Geral denunciou criminalmente Donoso por calúnia, o qual acabou condenado à pena de prisão e ao pagamento de reparação civil. A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado do Panamá violou o direito de Tristán Donoso à privacidade, em razão da interceptação telefônica ao arrepio do princípio da legalidade, e também sua liberdade de expressão, por meio do processo por calúnia. O Panamá foi condenado ao pagamento de reparação civil à vítima e a deixar sem efeito a referida sentença penal condenatória (OEA, 2009a).

Outros precedentes importantes são os casos Palamara Iribarne vs. Chile (2005)⁶ e Kimel vs. Argentina (2008)⁷. Em todos eles, a Corte reiterou seu entendimento de que, embora as autoridades públicas também tenham direito à honra e devam dispor de medidas judiciais para protegê-la, tal proteção deve levar em conta um limite maior de tolerância e abertura à crítica, em virtude da necessidade de um debate público vigoroso e desafiador, próprio de democracias pluralistas. O efeito dessa exigência é que as medidas de proteção da honra de pessoas públicas não devem produzir efeitos dissuasivos, intimidadores e de autocensura sobre jornalistas, ativistas ou mesmo cidadãos comuns, o que poderia obstruir por completo a discussão sobre temas de interesse da sociedade.

3.2. Discursos não protegidos

A questão dos discursos ofensivos, preconceituosos ou dos chamados “discursos de ódio” vem ganhando relevância crescente com a popularização do uso da Internet, especialmente em suas aplicações mais interativas, como *blogs* e redes sociais.

O surgimento da Internet representou a possibilidade, num grau nunca antes imaginado, de realização plena do direito a expressar-se livremente e à livre circulação da informação. Conforme ressalta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “[a] Internet, como nenhum meio de comunicação existente antes, permitiu aos indivíduos comunicar-se instantaneamente e a baixo custo, e teve um impacto dramático no jornalismo e na forma como compartilhamos e acessamos informações e ideias” (OEA, 2013, p. 5). Principalmente com o surgimento de *blogs* e redes sociais, subverteu-se a separação entre produtor e receptor de informações. Todos podem ser jornalistas, formadores de

⁶ Humberto Antonio Palamara Iribarne era um engenheiro mecânico naval da Marinha do Chile, que se aposentou em 1993. No final de 1992, ele escreveu o livro *Ética e Serviços de Inteligência*, sem pedir autorização prévia ao Comando da Marinha, o que lhe rendeu um processo penal militar pelos crimes de desobediência e violação dos deveres militares. Posteriormente, em maio de 1993, Palamara Iribarne convocou uma coletiva de imprensa em sua residência, na qual criticou a atuação do Ministério Público Militar nesse processo. Tais críticas lhe renderam outro processo, desta vez por desacato. De novo, a Corte reconheceu a violação do direito à liberdade de expressão, do qual também gozam os membros das forças armadas, e determinou a anulação das medidas punitivas, além de reparação à vítima (OEA, 2005).

⁷ Eduardo Gabriel Kimel é um conhecido jornalista, escritor e pesquisador histórico, que já publicou vários livros relacionados com a história política da Argentina, incluindo *O massacre de São Patrício*, no qual apresentou os resultados de sua investigação sobre o assassinato de cinco religiosos. O livro criticou a atuação das autoridades responsáveis pelas investigações das mortes, incluindo um juiz que apresentou queixa-crime contra o jornalista por calúnia, o que resultou em condenação a um ano de prisão e pagamento de multa. A Corte Interamericana também reconheceu a violação à liberdade de expressão e determinou a anulação dos efeitos da condenação e o pagamento de reparação à vítima (OEA, 2008a).

opinião e editores de conteúdo. Conforme também ressalta o Relator Especial para Liberdade de Opinião e Expressão das Nações Unidas: “Diferente de qualquer outro meio de comunicação, como rádio, televisão e publicações impressas, baseado na transmissão unidirecional de informação, as pessoas não são mais destinatários passivos, mas também editores ativos de informação” (UNITED NATIONS, 2011).

O grande potencial da Internet decorre das características únicas da sua arquitetura: radicalmente aberta, desprovida de um centro, veloz, de alcance global e de relativo anonimato. Essas características capacitam indivíduos para disseminar informação “em tempo real” e mobilizar pessoas para empreender ações de todo tipo, inclusive políticas, o que vem assustando governos e autoridades administrativas. De fato, o uso da Internet permite uma enorme visibilidade ao que há de melhor e de pior em termos de opinião. Nesse sentido, manifestações de ódio e preconceito por meio de redes sociais e *blogs* têm-se tornado cada vez mais comuns.

Contudo, muitos dos esforços que os governos estão fazendo atualmente para combater o discurso do ódio são equivocados, incluindo a responsabilização de intermediários, bloqueio de *websites*, ou retirada arbitrária de conteúdo. De fato, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos fazem menção expressa a discursos não protegidos pela liberdade de expressão. Tais discursos são aqueles que fazem apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. No entanto, tanto as Nações Unidas quanto a Organizações dos Estados Americanos, por meio de seus respectivos Relatores Especiais para a Liberdade de Expressão, são extremamente exigentes na interpretação e caracterização dos discursos não protegidos acima definidos. Ambas mostram-se preocupadas em não permitir ampliações abusivas do conceito de “discurso de ódio”, de maneira a não inibir o debate público sobre temas sensíveis, nem induzir um ambiente de autocensura que cerceie a liberdade para abordá-los em termos contundentes (OEA, 2009c, p. 20-21; UNITED NATIONS, 2012).

O princípio mais importante a ser observado aqui é o da “neutralidade da regulação”. Isso significa que um discurso só deve ser proibido na medida em que representa um perigo para outras pessoas. Noutras palavras, um discurso deve ser proibido não pelo conteúdo em si, mas pelas suas consequências. Em consonância com esse princípio de neutralidade, um discurso de ódio somente fica caracterizado quando reunir os seguintes elementos: (a) em primeiro lugar, aplicar-se ao sentimento de ódio, isto é, a uma aversão absoluta calcada em sentimentos de raiva, distinta do mero desprezo, preconceito ou antipatia; (b) em

segundo lugar, não se tratar da mera expressão do ódio pessoal, mas de sua *defesa*, ou seja, o discurso em questão deve ter a intenção de provocar esse mesmo sentimento em outros; (c) em terceiro lugar, a defesa do ódio deve ser tal que produza um incitamento à ação, quer de discriminar, quer de praticar a violência. Como tal, a manifestação do ódio não deve ser um crime por si, mas somente quando o seu autor pretende provocar reações violentas no público (UNITED NATIONS, 2012, p. 11-12).

Além disso, a caracterização do discurso de ódio deve levar em conta o contexto, relacionado, principalmente, aos seguintes aspectos: (a) até que ponto a mensagem em questão alcançou uma audiência relevante; (b) se a mensagem de ódio foi recebida favoravelmente por parte significativa da opinião pública, ou se essa a rechaçou, caso em que a intervenção pública seria desnecessária; (c) a probabilidade de que atos de violência e/ou discriminação se sigam a esse discurso, lembrando que, em face do princípio da neutralidade da regulação, a intervenção estatal somente se justifica em face de um risco sério e iminente (UNITED NATIONS, 2012, p. 13).

Como se pode observar, trata-se de uma caracterização extremamente difícil de ser feita. Pode-se questionar a necessidade de tantos requisitos que parecem beneficiar sobretudo discursos agressivos ou preconceituosos, que passam longe das regras de um debate civilizado. No entanto, tanto a ONU quanto a OEA consideram tal proteção necessária para fomentar uma cultura de abertura e tolerância, ressaltando que é melhor que tais ideias sejam trazidas a público e seus estereótipos descontruídos por meio de um debate vigoroso. Além disso, muitas vezes os autores de tais discursos desejam ser processados e punidos, a fim de mobilizar a atenção da imprensa e com isso dar maior alcance a suas doutrinas.

4. Restrições à liberdade de expressão: critérios de ponderação

A liberdade de expressão não é um direito absoluto. Isso é afirmado expressamente tanto pelo art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto pelos arts. 19 e 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Este ressalta que o exercício desse direito “implicará deveres e responsabilidades especiais”, podendo “estar sujeito a certas restrições”⁸.

No entanto, é consenso que tais restrições somente podem ser feitas na forma de responsabilidades posteriores, e nunca por meio de censura prévia. O art. 13 da Convenção Americana é taxativo nesse ponto. Além disso, qualquer restrição à liberdade de expressão deve satisfazer requisitos exigentes: (a) previsão legal; (b) finalidade legítima e adequação; (c) necessidade; e (d) proporcionalidade. Tais condições de legitimidade aplicam-se tanto à

⁸ O art. 19 do Pacto trata da liberdade de opinião e de expressão. Durante os debates na Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre a formulação do art. 19, entendeu-se que a liberdade de opinião seria uma questão estritamente privada, ao passo que a liberdade de expressão caracterizaria uma liberdade pública. Em consonância com esse raciocínio, a liberdade de ter uma convicção pessoal, de formar uma opinião para si foi definida em termos absolutos pelo item 1 do art. 19, em contraste com a liberdade de expressão prevista no item 2, a qual, por ser exercida em público, pode estar sujeita a responsabilidades e restrições legais. A questão dos deveres e responsabilidades também foi objeto de debate. Aqueles que se opuseram à proposta de agregar deveres e responsabilidades à liberdade de expressão argumentaram que o objetivo geral do Pacto é estabelecer direitos civis e políticos e garantias de proteção, e não definir direitos e responsabilidades, nem impor limites aos indivíduos. Além disso, foi alegado que, uma vez que cada direito traz naturalmente consigo uma correspondente responsabilidade no seu exercício e que, em nenhum outro direito previsto no Pacto, consta a previsão de tal dever, o art. 19 não deveria ser uma exceção a essa regra. No entanto, prevaleceu o raciocínio de que os modernos meios de comunicação de massa exercem uma poderosa influência sobre o exercício e gozo da liberdade de expressão, de modo que, em atenção ao enorme poder da imprensa na sociedade contemporânea, o texto finalmente aprovado do art. 19 incluiu a palavra “especial” junto às palavras “direitos e responsabilidades” (UNITED NATIONS, 1995).

legislação quanto aos atos administrativos e decisões judiciais (OEA, 2009c, p. 22).

A primeira das condições acima enumeradas exige que as restrições à liberdade de expressão, assim como qualquer regime de responsabilização, devem estar taxativamente previstas em uma lei, tanto em sentido formal (ato do legislativo), quanto material (normas gerais e abstratas). Assim, quaisquer interferências que se baseiem apenas em medidas administrativas, em princípio, são ilegítimas e constituem violação a esse direito. No mesmo sentido, a OEA ressalta também que normas jurídicas vagas ou ambíguas, que deixam às autoridades administrativas e judiciais amplos poderes discricionários, são incompatíveis com a Convenção Americana, porque podem servir de fundamento para potenciais atos arbitrários equivalentes à censura, ou para impor obrigações e responsabilidades desproporcionais à expressão de discursos protegidos.

Isso foi reconhecido pela Corte Interamericana no caso Usón Ramírez vs Venezuela (2009). Usón Ramírez, militar aposentado, foi condenado pelo crime de “insulto contra as Forças Armadas”, por ter emitido várias opiniões críticas sobre a atuação da Instituição durante um episódio que ficou conhecido como Caso do Fuerte Mara, quando um grupo de soldados foi gravemente queimado numa cela de punição. Usón foi condenado especificamente por dizer em um programa de televisão que, se verdadeira a informação que estava circulando sobre o tipo e a extensão das queimaduras, os soldados teriam sido atacados com dolo por meio de um lança-chamas. De acordo com Usón, o tipo de queimaduras descrito pelo pai de um dos soldados só podia ser o resultado da utilização desse tipo de arma. Além disso, de acordo com Usón, a utilização não poderia ter sido acidental, em razão da complexidade dos procedimentos para transporte,

carga e ativação do lança-chamas, assunto de que tinha conhecimento pessoal, em razão da sua experiência nas Forças Armadas. Como resultado de suas declarações, Usón Ramírez foi julgado e condenado a cumprir pena de cinco anos e seis meses de prisão pelo crime de “insulto contra as Forças Armadas”, previsto no art. 505 do Código de Justiça Militar da Venezuela, o qual estabelece que “incurrerá na pena de três a oito anos de prisão quem de qualquer forma difame, insulte ou deprecie as Forças Armadas Nacionais ou qualquer de suas unidades” (OEA, 2009b).

Nesse caso, a Corte Interamericana considerou que o dispositivo penal usado para condenar Usón não cumpria as exigências do princípio da legalidade, já que não deixa claro qual o seu escopo de aplicação e qual o alcance correspondente do direito à liberdade de expressão.

O segundo requisito é a adequação. Restrições à liberdade de expressão devem ter um objetivo legítimo em uma sociedade democrática, e devem ser efetivamente idôneas para atingir esse objetivo. Nos termos do art. 13 da Convenção Americana, os limites a esse direito devem estar relacionados com: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; e b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Além disso, afirma-se que a lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência. No mesmo sentido, a Comissão de Direitos Humanos da OEA ressalta que não se pode justificar a imposição de um sistema de controle em nome de uma suposta garantia da correção ou veracidade da informação veiculada pela imprensa, ou da imparcialidade dos meios de comunicação (OEA, 2009c, p. 27).

O requisito da necessidade, por sua vez, significa que não basta que as restrições sejam “úteis”, “convenientes”, ou “oportunas”. Para que uma restrição seja legítima, ela deve ser uma resposta a uma necessidade social premente, que não poderia ser atendida satisfatoriamente por outros meios menos restritivos. O requisito de necessidade também implica que não se deve limitar um direito além do estritamente indispensável para o alcance da finalidade que a justifica. No caso da liberdade de expressão, o direito de retificação ou resposta é preferível à reparação civil, e esta à sanção penal. Somente se a medida anterior não se mostrar suficiente para reparar o dano ou restabelecer a verdade é que se pode recorrer às medidas posteriores. Além disso, a jurisprudência interamericana é clara ao especificar que, nos casos em que as limitações à liberdade de expressão visam proteger direitos alheios, é necessário que esses direitos se encontrem claramente prejudicados ou ameaçados, sendo que o ônus da prova compete à autoridade que impõe a restrição. Se não há nenhuma lesão evidente a direito de outro, medidas de responsabilização penal ou civil são desnecessárias. Por fim, tanto a Comissão quanto a Corte têm reiteradamente declarado que o teste de necessidade das limitações deve ser aplicado de forma mais rigorosa sempre que se tratar de discursos relacionados à atuação do Estado, a assuntos públicos, a agentes públicos no exercício de seus deveres, a candidatos a cargos públicos ou a pessoas envolvidas voluntariamente em assuntos públicos (OEA, 2009, p. 30).

Por fim, o requisito de proporcionalidade exige que o objetivo visado pelas restrições seja mais relevante que a limitação imposta à liberdade de expressão. Nesse aspecto, deve-se levar em conta a importância de se fomentar um clima de destemor, de abertura e tolerância a críticas e opiniões, ainda quando expressas

numa linguagem ácida, a fim de evitar o cerceamento do debate público. É por esse motivo que a jurisprudência da Corte Interamericana tem considerado desproporcionais e incompatíveis com a Convenção Americana as normas que criminalizam o uso da palavra, em especial os tipos penais da calúnia, da injúria e da difamação (crimes contra a honra), bem como o tipo penal do desacato. Na opinião da Corte, tais condutas podem ser remediadas por meio do direito de resposta, ou então dissuadidas por meio de sanções civis. O direito penal somente deve ser utilizado em casos de danos graves e irreparáveis a direitos individuais ou à ordem pública, como nos casos de pornografia infantil ou de apologia ao ódio que constitua incitação à violência (OEA, 2009c, p. 31).

Por último, ressalte-se que, após a aplicação dos critérios acima, em caso de dúvida se deve dar preferência à liberdade de expressão, uma vez que as limitações a um direito humano são exceções à regra e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente.

5. Restrições à liberdade de expressão para proteção do direito à honra

O exercício simultâneo dos direitos à honra e à liberdade de expressão deve ser assegurado por meio de ponderação e equilíbrio, com base nas características e circunstâncias do caso concreto, avaliando o peso relativo de cada um dos direitos e das medidas restritivas em questão. Um regime adequado de proteção da honra – que estabelece um equilíbrio entre a proteção da reputação dos indivíduos e da liberdade de expressão – deve ter como objetivo proteger as pessoas contra falsas declarações de fatos que causam danos à sua reputação. Em consonância com esse objetivo, a proteção

da honra deve limitar seu escopo a declarações que apresentem as seguintes características: (a) serem falsas; (b) referirem-se a fatos, não a opiniões; (c) causarem danos reais à reputação da vítima, e não apenas ferir seus sentimentos (ARTICLE 19, 2006, p. 1).

Em muitas legislações, a proteção da honra aparece misturada à proteção de outros bens jurídicos, incluindo dispositivos concernentes ao discurso do ódio, à blasfêmia e à privacidade. No primeiro caso, é comum encontrarem-se termos como “difamação coletiva” ou “difamação de grupo”. No entanto, há duas diferenças importantes entre a proteção da honra e o discurso de ódio. Em primeiro lugar, a proibição do discurso de ódio se destina a proteger o direito à segurança e à igualdade de grupos vulneráveis, e não a sua reputação. Em segundo lugar, a proibição do discurso de ódio protege grupos de pessoas identificadas por determinadas características comuns, ao passo que o direito à honra protege indivíduos. Por sua vez, as disposições legais sobre blasfêmia – por vezes denominada “difamação de religiões”, ou “vilipêndio a religiões” – são aquelas que proíbem a negação ou a sátira de crenças religiosas. Essas visam proteger os sentimentos religiosos da coletividade de fieis de uma crença, e não a reputação de indivíduos. Por fim, o regime de proteção da privacidade visa proibir a intromissão indevida ou a publicação de detalhes da vida privada de alguém e, ao contrário do regime de proteção da honra, pode ser aplicado mesmo diante de fatos verdadeiros, mas que não digam respeito ao público (ARTICLE 19, 2006, p. 1-2).

Embora as leis sobre difamação sirvam a um propósito legítimo, na prática elas muitas vezes acabam dando origem a restrições desnecessárias e injustificadamente amplas à liberdade de expressão, que acabam desencorajando a expressão de pontos de vista, provo-

cando um efeito de esfriamento (*chilling effect*) sobre o debate público e o exercício da crítica.

O defeito mais comum nos regimes de proteção da honra é a proteção conferida a sentimentos em vez de reputações. A “injúria” costuma ser incluída em seu escopo. De fato, a expressão “honra” tem um significado ambíguo, podendo referir-se aos sentimentos interiores de orgulho de alguém (honra subjetiva) e também à respeitabilidade de que esse indivíduo goza na comunidade (honra objetiva). No entanto, sentimentos são emoções subjetivas que não se prestam a uma mensuração, nem se podem definir satisfatoriamente, de modo que deixam aos órgãos julgadores uma grande margem de discricionariedade interpretativa que pode ser usada para atender aos interesses de pessoas poderosas, que não querem ser criticadas ou associadas a irregularidades (ARTICLE 19, 2006, p. 3).

Além disso, a natureza subjetiva do que constitui uma ofensa torna muito difícil defender-se contra uma acusação desse tipo. Não é possível refutar por nenhuma prova externa a acusação do demandante de que a declaração foi ofensiva ou feriu seu orgulho pessoal. A única evidência disponível no processo é a afirmação do indivíduo sobre seus próprios sentimentos. Leis que protegem sentimentos colocam o autor da ação em uma posição muito forte: tudo que ele precisa fazer é convencer o tribunal de que a declaração em questão causou ofensa, e será quase impossível para o réu desconstituir a acusação. Naturalmente, quem faz mais uso desse tipo de ação judicial são figuras poderosas, com o intuito de intimidar e silenciar seus críticos. Em contraste, a reputação é um conceito objetivo: é possível provar danos à reputação de alguém por meio de provas materiais (ARTICLE 19, 2006, p. 5). No mesmo sentido, a Comissão Interamericana entende que conceder uma “proteção auto-

mática” da honra contra declarações ofensivas é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana, especialmente quando as declarações impugnadas envolvem assunto de interesse público (OEA, 2009c, p. 37).

Por sua vez, o art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) assegura o direito à privacidade, à honra e à reputação, nos seguintes termos:

Artigo 17

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas (UNITED NATIONS, 1966).

As expressões “ingerências” e “ofensas ilegais” são interpretadas no sentido de que apenas ataques devidados e graves constituem violações ao direito previsto nesse artigo. De fato, durante as negociações que levaram à aprovação do PIDCP, algumas delegações ressaltaram que comentários justos ou declarações verdadeiras nunca podem ser considerados “ofensas” (ARTICLE 19, 2006, p. 9).

O texto faz referência à reputação e à honra como se fossem bens jurídicos distintos. Porém, isso é apenas parcialmente verdade. Durante os debates acerca da redação do dispositivo, prevaleceu o entendimento de que “reputação” e “honra” são dois aspectos diferentes da posição social de um indivíduo na sociedade. De acordo com esse ponto de vista, reputação está relacionada com a posição social ou profissional, ao passo que honra está relacionada com uma posição moral. Por exemplo, acusar alguém de ser incompetente seria um ataque à reputação, enquanto a acusação de ser preguiçoso ou corrupto seria um

ataque à honra. Portanto, não obstante tais diferenças sutis, ambas as palavras têm um sentido objetivo que remete à respeitabilidade social do indivíduo, não se confundindo com sentimentos subjetivos, tais como orgulho ou amor-próprio (ARTICLE 19, 2006, p. 9).

Outra característica importante de um bom regime de proteção da honra é a distinção entre declarar fatos e emitir opiniões. Organizações internacionais que militam pela liberdade de expressão salientam que a responsabilização por ofensas à honra deve restringir-se a declarações que afirmam fatos, excluindo-se as que emitem um juízo de valor ou uma opinião. Isso porque as declarações de opinião, por não envolverem alegações de fatos, não podem ser provadas como verdadeiras ou falsas, e a lei não deve decidir quais opiniões são corretas e quais não são, devendo permitir que os cidadãos decidam por si mesmos. “Há, certamente, o risco de que algumas pessoas usem a imunidade que a lei lhes proporciona para expressar opiniões que muitas pessoas considerariam um insulto. No entanto, esse risco é minúsculo em comparação com o perigo de permitir que as autoridades determinem quais opiniões são aceitáveis e quais não são” (ARTICLE 19, 2006, p. 17).

Conforme já afirmado em tópico anterior, o discurso acerca de assuntos de interesse público deve gozar de uma margem de proteção maior contra acusações de injúria e difamação. Os agentes públicos, ao optar voluntariamente por uma carreira que envolve responsabilidades para com a sociedade, submetem-se a um nível mais elevado de escrutínio de suas palavras e ações, o que é exigido em nome da democracia, cujo *ethos* repousa sobre um debate público aberto e vigoroso, relativamente livre da ameaça de processos judiciais. Além disso, autoridades públicas têm frequentemente mais acesso a meios de comunicação e mobilizam

mais facilmente a atenção da imprensa para prestar esclarecimentos ou desmentir acusações. Claro que essa margem de tolerância a críticas e acusações é tanto maior quanto mais alto o posto ocupado por uma autoridade pública, sendo que os políticos ocupam o topo dessa escala. Estes estão sujeitos, inclusive, a um escrutínio de suas vidas privadas, desde que se refira a fatos verdadeiros e de interesse público.

Organizações Internacionais são também unânimes em condenar o uso do direito penal para proteger a honra. Tipos penais de difamação ou outros delitos contra a honra são considerados uma limitação cada vez mais injustificável à liberdade de expressão. O direito penal é geralmente utilizado contra atos que atentam contra o interesse público, ao passo que o direito civil lida com disputas privadas entre indivíduos ou organizações. Uma Declaração Conjunta dos Relatores Especiais da ONU e da OEA sobre Liberdade de Expressão, de 2002, afirmou expressamente que “[a] difamação penal não é uma restrição justificável à liberdade de expressão; [os Estados] devem revogar todas as leis criminais de difamação e substituí-las, se necessário, por leis apropriadas de difamação civil” (OEA, 2002). Países como Bósnia Herzegovina (2002), Geórgia (2004), Gana (2001), Sri Lanka (2002) e Ucrânia (2001) já descriminalizaram a difamação (ARTICLE 19, 2006, p. 12).

Uma das principais preocupações com a difamação criminal é o seu forte efeito de autocensura. No caso de jornalistas, sanções penais podem resultar em suspensão do direito de exercer a profissão. Além disso, os condenados em processos penais terão de suportar o estigma social associado aos registros criminais. Esse efeito de arrefecimento é significativamente agravado pelo fato de que, em geral, são justamente os atores sociais mais poderosos – autoridades públicas e grandes empresários – os que mais ingressam com esse tipo de demanda. Outra objeção contra o uso da legislação penal é que a proteção da reputação de indivíduos pode ser obtida de forma eficaz por meio do direito civil, cujas medidas são menos drásticas para a liberdade de expressão.

Outra questão abordada por diversos organismos internacionais refere-se à tipificação penal, existente em diversos Estados, da “injúria religiosa”, da “ofensa a símbolos nacionais” ou da “ofensa contra instituições públicas”. Há consenso entre elas de que tais tipificações ferem os *standards* internacionais sobre liberdade de expressão. Sendo meras abstrações, entidades públicas, religiões, bandeiras e outros símbolos nacionais não têm qualquer interesse emocional ou econômico na prevenção de danos à sua reputação; é questionável até mesmo se tais entes possuem uma “reputação” de qualquer tipo que possa ser minada por acusações de fatos falsos. Assim, a proteção da honra não deve abranger tais situações (OEA, 2010). “Na maioria dos casos, o propósito das leis de

difamação que protegem esses interesses abstratos é impedir a expressão de opiniões impopulares” (ARTICLE 19, 2006, p. 15). Assim, restrições à liberdade de expressão não devem proteger instituições, nem conceitos ou crenças abstratas, a menos que as críticas ou injúrias constituam uma apologia ao ódio que incite à violência. Esse foi um dos fundamentos que levou a Corte Interamericana, no caso Usón Ramírez vs. Venezuela, a considerar incompatível com a Convenção Americana o delito de “injúria contra as forças armadas”, previsto na legislação venezuelana.

Outro parâmetro internacional de ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à honra é o da “publicação razoável”. Mesmo que se tenha provado que uma declaração de fato sobre um assunto de preocupação pública seja falsa, deve ser levada em consideração, ao julgar uma ação judicial por difamação, a exceção da “publicação razoável”, também conhecida como *due diligence* ou boa-fé. Deve-se verificar se, no momento da publicação, as informações disponíveis permitiam concluir razoavelmente que os fatos informados eram verdadeiros (ARTICLE 19, 2006, p. 18). No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustenta que a imposição de medidas de responsabilidade por alegado abuso da liberdade de expressão deve verificar a existência de “real malícia” na declaração. Noutras palavras, deve ficar caracterizado que o autor da declaração agiu com a intenção de causar dano à reputação de outrem, ou com conhecimento de que as informações disseminadas eram falsas, ou pelo menos com negligência grave para com a veracidade das informações (OEA, 2009c, p. 38). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no já mencionado caso Tristan Donoso vs. Panamá, reconheceu que as declarações emitidas por Donoso, apesar de não confirmadas, eram razoáveis à vista da informação disponível à época.

O principal objetivo desse *standard* é assegurar que a imprensa possa desempenhar a sua função de informar o público de forma eficaz e tempestiva. Quando uma grande notícia está em andamento, os jornalistas dependem de suas fontes, e nem sempre podem esperar até que se sintam completamente seguros da acuidade dos fatos antes de publicar a notícia (ARTICLE 19, 2006, p. 18).

Por fim, não se deve responsabilizar quem reproduz, de boa-fé, informações difamatórias já publicadas por outros veículos e que sejam de interesse público, conforme deixou claro a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (OEA, 2004a). Em 1995, o jornal *La Nación* publicou uma série de artigos em que o jornalista Mauricio Herrera Ulloa, como correspondente para o jornal, denunciava diversas condutas ilegais praticadas pelo diplomata costarriquenho Félix Przedborski, que à época era delegado da Costa Rica

junto à Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA). Os artigos, na verdade, repercutiam informações já publicadas na imprensa europeia. No entanto, Przedborski moveu duas ações judiciais por difamação e calúnia contra Herrera Ulloa, que acabou condenado ao pagamento de 40 dias-multa e indenização, bem como o próprio jornal *La Nación*, na condição de responsável solidário. A sentença penal determinou ainda que os artigos impugnados fossem removidos da versão digital do *La Nación* na Internet.

Em seus fundamentos, o Poder Judiciário da Costa Rica não reconheceu o argumento de que o conteúdo dos artigos já se encontrava publicado, afirmando que a exceção da verdade somente seria reconhecida se Ulloa provasse que as informações veiculadas na imprensa europeia eram de fato verdadeiras.

A Corte considerou essa imposição de provar a verdade de informações divulgadas por terceiros uma “*probatio diabolica*”, incompatível com a liberdade de expressão, e determinou a anulação das medidas punitivas, além da reparação à vítima:

O efeito dessa exigência resultante da sentença contém uma restrição incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana, uma vez que produz um efeito dissuasivo, atemorizador e inibidor sobre todos que exercem a profissão de jornalista, o que, por sua vez, impede o debate público sobre temas de interesse da sociedade (OEA, 2004a, § 133).

Em assuntos de interesse público, quem alega ter sofrido um dano à sua reputação deve demonstrar que as declarações contra si divulgadas eram falsas e que lhe causaram o dano alegado. Isso porque o risco de ser processado e ter de provar a veracidade de cada declaração publicada teria certamente um efeito de auto-

censura, dissuadindo jornalistas a escrever sobre temas controversos, abstendo-se de publicar matérias não porque elas sejam falsas, mas por medo de não poderem prová-las perante um tribunal (OEA, 2009c, p. 50-51).

Conclusão

O artigo buscou evidenciar a visão libertária que tanto a ONU quanto a OEA, bem como organizações não governamentais que militam sobre essa temática adotam na construção dos parâmetros ideais da liberdade de expressão. Isso se manifesta pelo rigor das exigências impostas para caracterizar a legitimidade das restrições a esse direito, especialmente em casos que envolvem assuntos de interesse público ou a atuação de autoridades, instituições e governos. Da mesma forma, a caracterização do chamado “discurso de ódio” – não protegido pela liberdade de expressão – está condicionado à demonstração de uma série de requisitos também exigentes.

Destacou-se, inicialmente, que a liberdade de expressão não tem uma dimensão apenas individual – o direito de emitir opiniões e compartilhar informações e ideias –, mas se caracteriza também como uma espécie de direito coletivo ou difuso, que consiste no direito de ter acesso a opiniões, ideias e informações divulgadas por outros. Na verdade, a liberdade de expressão é um direito que incide não sobre um dos sujeitos da comunicação isoladamente, mas sobre o processo comunicativo, o qual é essencial à democracia e à própria interação humana. Conhecer o pensamento dos demais é tão importante quanto expressar o próprio.

Outra conclusão importante desenvolvida no presente artigo diz respeito aos discursos especialmente protegidos, ou seja, aqueles que versam sobre assuntos de interesse público,

que criticam a atuação de agentes de Estado ou que denunciam irregularidades, má gestão ou violações de direitos. Nesse contexto, ficou claro, pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que agentes públicos, especialmente políticos, devem tolerar uma maior exposição a críticas e a acusações, em razão da responsabilidade que voluntariamente assumiram de zelar pelos interesses da sociedade. Assim, há um limiar maior de imunidade concedido aos cidadãos que divulgam opiniões e informações sobre eles. Embora agentes de Estado continuem a ter direito à honra, devem os órgãos judiciais levar em conta a necessidade de não esfriar o debate democrático, já que sanções ou indenizações severas por difamação ou injúria poderiam induzir um clima de autocensura, inibindo a crítica e o acesso à informação.

Quanto aos discursos não protegidos, é de fundamental importância ressaltar que eles somente ficam caracterizados diante de um perigo real e iminente de gerar atos de violência. De acordo com o princípio da neutralidade da regulação, nenhum discurso pode ser cerceado pelo seu conteúdo, mas somente por suas consequências. O fato de um discurso ser preconceituoso ou conter estereótipos não é suficiente para enquadrá-lo como um discurso de ódio não protegido pela liberdade de expressão. Somente se esse discurso incitar à violência ou à discriminação e gerar uma probabilidade razoável de que atos dessa natureza realmente se concretizem. O que está em jogo nos discursos de ódio não é o combate a opiniões consideradas preconceituosas, mas sim a preservação da ordem pública contra a violência e a garantia da igualdade contra atos de discriminação.

O artigo buscou esclarecer os critérios que devem ser utilizados em caso de colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos e interesses dignos de proteção. Partindo de uma firme presunção de liberdade, qualquer restrição deve estar estabelecida em lei (formal e material) e ser aprovada em um teste tripartite de adequação, necessidade e proporcionalidade. Noutras palavras, as restrições devem visar a uma finalidade legítima e ser efetivamente idôneas para alcançá-la. Além disso, as restrições devem ser estritamente necessárias para a promoção da finalidade que as justifica. Nesse sentido, salientou-se, por exemplo, que o direito de resposta deve ser preferido ao pagamento de indenizações, e este a sanções penais. Por fim, as restrições não podem gerar mais danos do que benefícios para o funcionamento de uma sociedade democrática.

Por último, o presente trabalho se concentrou num dos conflitos de direitos mais comuns, que é entre a liberdade de expressão e o direito à honra. Evidenciou-se que, do ponto de vista das organizações internacionais estudadas, o direito à honra protege o indivíduo contra informações falsas que causam prejuízo a sua reputação. Para caracterizar uma

violação a esse direito, é necessário que as informações divulgadas: (a) refiram-se a fatos, e não a opiniões; (b) sejam falsas; e (c) causem um prejuízo comprovado à reputação da vítima. Um dos problemas mais graves para a liberdade de expressão, nesse sentido, ocorre quando o ordenamento jurídico protege a honra subjetiva, isto é, os sentimentos de orgulho e amor-próprio da suposta vítima, e não sua reputação perante a sociedade (honra objetiva). De fato, nesses casos, o autor da publicação fica à mercê da alegação da vítima, que sempre pode dizer que se sentiu ofendida ou que sofreu um forte abalo psicológico causado pela publicação, para que o dano à sua honra pessoal se presuma configurado quase que automaticamente, praticamente sem recurso para desconstituir essa acusação. Outro problema grave se verifica quando o sistema jurídico abrange na proteção da honra não apenas fatos, mas também opiniões negativas contra alguém. Isso porque não se pode provar que opiniões são verdadeiras ou falsas, de modo que as autoridades públicas – mesmo as judiciais – não têm legitimidade para decidir quais opiniões são lícitas e quais não são.

Embora a realidade brasileira não faça parte do escopo do presente artigo, parece clara sua contribuição para o debate nacional. Os parâmetros internacionais aqui esboçados podem servir de horizonte crítico da doutrina e da jurisprudência no Brasil e, nesse sentido, como um ponto de partida para futuras pesquisas comparativas.

Sobre o autor

Leonardo Valles Bento é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil; professor de Direito Administrativo da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) em São Luís, MA, Brasil; e Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU) em São Luís, MA, Brasil.

E-mail: vallesbento@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁹

INTERNATIONAL STANDARDS ON THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT: This article sets out the main international standards on the right to freedom of expression, developed by international organizations such as the UN and the OAS, with an especial emphasis to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

⁹Sem revisão do editor.

These organizations adopt a libertarian view in assessing the legitimacy of restrictions on freedom of expression and the weighting criteria in cases of conflicting rights. The article shows that the restrictions on the right to express oneself freely are subject to extremely stringent requirements, both in case of conflict with the right to honor, as in cases involving the so-called "hate speech". Freedom of expression does not have a single dimension only - the right to express opinions and impart information and ideas - but is also considered as the collective right to have access and get to know opinions, ideas and information imparted by others. The right to freedom of expression is focused not on one subject of the communication alone, but on the communicative process as a whole, which is essential to democracy and to human interaction itself. Know the thoughts of others is as important as expressing one's own.

KEYWORDS: FREEDOM OF EXPRESSION. HATE SPEECH. RIGHT TO HONOR.

Referências

ARTICLE 19. *El ABC de la difamación*: una introducción sencilla a los conceptos claves de las leyes de difamación. 2006. Disponible em: <http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/228.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. *Case of Castells v. Spain*. (Application nº 11798/85). 1992. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57772>>. Acesso em: 2 out. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebenneischler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. v. 2.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). Disponível em: <http://porta.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*. 1969. [Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969]. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2 ago. 2011.

_____. Caso "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2015.

_____. Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y administración de justicia, Comercialización y libertad de expresión, y Difamación penal. 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=87&lid=2>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentença de 2 de julho de 2004a. Disponível em: <https://www.cpi.org/news/2004/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentença de 31 de agosto de 2004b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. 2005. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Caso Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. *Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Anti-Terrorista Y Anti-Extremista*. 2008b. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=735&slID=2>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 27 de janeiro de 2009a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2009b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. 2009c. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20jurídico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresión%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisf%C3%A9rica%20Espa%C3%B1ol%20FINA%20con%20portada.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

_____. *Libertad de Expresión y Internet*. 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

_____. *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*. [E/CN.4/1995/32]. 1995. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. [A/HRC/17/27]. 16 may 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*. [A/67/357]. 2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

Inclusão e exclusão

Acesso aos direitos sociais nos países periféricos

DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO

DOUGLAS CUNHA RIBEIRO

Resumo: A diferenciação entre países periféricos e centrais é apresentada claramente quando se analisa outra: inclusão e exclusão. O presente artigo, resultado de pesquisa com base na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, observa essas relações e tem como fio condutor o acesso aos direitos e, especialmente, aos direitos sociais.

Palavras-chave: Inclusão. Exclusão. Direitos sociais. Países periféricos. Judiciário

1. Introdução

A sociedade contemporânea é caracterizada pela hipercomplexidade: deve lidar com a velocidade das suas transformações, de modo a decidir mudar a sua estrutura social ou não. Além disso, se decidir alterar sua estrutura, enfrentará nova contingência: a reestabilização das estruturas que existiam antes das que foram acrescentadas.

O desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de Niklas Luhmann, apresenta duas diferenciações essenciais à compreensão de como ocorre a implementação dos direitos sociais no âmbito do sistema político e do sistema jurídico. A diferenciação entre países centrais e países periféricos está vinculada especialmente ao Estado de Bem-Estar, o mesmo ocorrendo com a diferenciação inclusão/exclusão.

Diante dessas e de outras circunstâncias, o sistema jurídico trata autonomamente do seu acesso ao implementar a diferença inclusão/exclusão. Porém, como ocorre o acesso ao sistema jurídico nos países periféricos? Essa pergunta será desenvolvida neste estudo. Como a pesquisa tem como base a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, os conceitos teóricos serão explicitados à medida que seja necessário.

Recebido em 22/9/15

Aprovado em 29/5/16

Conforme se percebe no título, não se analisará propriamente o problema do acesso à justiça, mas o acesso aos direitos nos termos que serão explanados neste artigo. Sempre com referência àquela pergunta central, os capítulos pretenderão responder a outras, conforme se verá. Frise-se, todavia, que não se trata de trazer resoluções aos problemas, mas de compreender a atual situação e os problemas do acesso aos direitos nos países periféricos.

2. A evolução da sociedade e do Direito

Como se apresentam a sociedade atual e o Direito? Para responder a essa pergunta, é necessário compreender a evolução social. Partindo da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, convém abordar alguns pontos iniciais ainda que se realizem as delimitações dos conceitos ao longo do texto.

De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a evolução manifesta-se com a transformação do improvável em provável. A evolução social, pois, implica “[...] la paradoja dela probabilidad de lo improbable” (LUHMANN, 2007, p. 326). Trata-se de normalizar improbabilidades, compreendidas como grau de desvio em relação a uma situação inicial; ou seja, ocorre evolução quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema (NEVES, 2008, p. 1).

A sociedade atual é muito mais complexa do que qualquer outra formação social anterior: é supercomplexa¹, hipercomplexa². A crescente complexidade da sociedade é o motor da evolução social (NEVES, 2008, p. 15). Devido à possibilidade de os sistemas autopoieticos serem *irritados* pelo ruído do entorno, o sistema pode vir a alterar sua estrutura de modo a tornar mais provável a aceitação e mais improvável a negação da irritação do entorno, mantendo-se – sempre – o desnível de complexidade entre sistema e entorno (CORSI et al. 2006, p. 105). Por conseguinte, ao reduzir a complexidade do entorno, o sistema também aumenta a sua complexidade interna. Em verdade, o entorno *estimula* a irritação, porque ela ocorre dentro dos sistemas funcionais e autopoieticos. Logo, toda irritação é uma *autoirritação*, de tal modo que não

¹ Ver Neves (2008, p. 15).

² Complexidade é entendida como a existência de um número maior de possibilidades do que se pode realizar. Do conceito, há a noção de *elemento* e de *relação*, isto é, complexidade como aumento quantitativo dos elementos, sendo não mais possível relacionar todos os elementos entre si. Assim, implica uma seleção forçada (pressão seletiva), a qual implica, por sua vez, a contingência, quer dizer, as possibilidades apontadas para as de-mais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas, possuindo a possibilidade de desapontamento (LUHMANN, 1983; 1998).

existem irritações no entorno do sistema: “la irritación es siempre en realidad una *autoirritación*, partiendo eventualmente de eventos del entorno” (CORSI et al. 2006, p. 22).

É relevante ressaltar que, com fundamento na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a evolução social não se configura como um progresso, uma passagem para uma vida melhor, um maior grau de felicidade; não se trata de um aperfeiçoamento contínuo, unilinear, regular e necessário da sociedade. Em outras palavras, a evolução não pode ser planejada, controlada (NEVES, 2008, p. 4-5).

Para se efetivar a evolução social, os processos evolutivos ocorrem com base em três mecanismos distintos – aliás, pode-se falar em evolução somente quando os três se relacionam em sentido circular (CORSI et al. 2006, p. 105). Trata-se de mecanismos evolutivos ou funções da evolução: variação, seleção e estabilização (ou reestabilização).

E, relacionando a evolução social à diferenciação dos três mecanismos evolutivos, observa-se que, nas formas menos complexas das sociedades diferenciadas segmentariamente, variação e seleção confundem-se porque não há nítida distinção entre elementos e estruturas, i.e., as comunicações e expectativas sobrepõem-se. Dessa maneira, a carência de alternativas (ou seja, o baixo de grau de variação) significa que as comunicações inesperadas são exceções que põem em xeque a própria estrutura social: “O desvio é tido como algo estranho à comunidade” (NEVES, 2008, p. 8). Assim, o baixo grau de variação implica insuficiente *pressão seletiva* (*seleção forçada*) e, portanto, pouca complexidade.

Em síntese, no caso da evolução do Direito, nas sociedades arcaicas (segmentárias), o direito afirmava-se com a autodefesa da vítima ou de seu clã, quando havia a ruptura da expectativa, de modo que era inconcebível a

presença de um procedimento de aplicação ou execução normativo-jurídica (NEVES, 2008, p. 20); naquela sociedade arcaica, o impasse da evolução está na variação e na insuportabilidade *estrutural* do desvio inovador (NEVES, 2008, p. 21). Frise-se que, no sistema jurídico, a variação evolutiva consiste na “comunicação de expectativas normativas inesperadas” (NEVES, 2008, p. 18).

Nas sociedades estratificadas, por sua vez, variação e seleção se distinguem, podendo-se discernir entre elementos e estruturas. O modelo estrutural de expectativas condensadas confronta-se regularmente com o problema do desvio comportamental, de tal modo que a conduta desviante é algo interno à sociedade e tratado por procedimentos de aplicação jurídica fundados em representações *moraís e religiosas* válidas para toda sociedade. A seleção por procedimentos provoca a discussão sobre a existência ou não de desvio em face do padrão estrutural vigente. Todavia, apesar do incremento da variação – inclusive a proporcionada pela escrita –, a estabilidade normativa ou dogmaticamente indubitável prejudica a *seleção*. Há, por conseguinte, uma confusão entre seleção e estabilização. Nesse sentido, os instrumentos procedimentais de solução de conflitos destinam-se basicamente a averiguar a adequação das condutas ao modelo estrutural de expectativas evidentes e inquestionáveis (NEVES, 2008, p. 9).

Trata-se de um plexo de valores imediatamente válido como padrão de comportamento em todas as esferas da vida social, que legitima a dominação da camada superior. Com efeito, a moral conteudística, religiosamente fundamentada, atua como freio aos desvios inovadores, estabelecendo que o proveniente de *baixo* deva adequar-se ao fixado *em cima* (NEVES, 2008, p. 9-10). Diante disso, vê-se que o direito das culturas avançadas pré-modernas (estra-

tificadas) institucionaliza procedimentos de aplicação jurídica, havendo uma diferenciação hierárquica da sociedade, onde a dominação política se encontra no topo (NEVES, 2008, p. 21-22). Ocorre que, ao fundamentar-se o procedimento de aplicação jurídica em uma ordem supostamente estável, a *seleção* não se distingue da *estabilização* do sistema, de tal maneira que a sociedade das culturas avançadas pré-modernas se caracteriza pela deficiência na seletividade diante da crescente variação de expectativas normativas comunicadas (NEVES, 2008, p. 23).

Por fim, só na sociedade pós-moderna, diferenciada funcionalmente, distinguem-se claramente seleção e estabilização. A unidade sistemática é, sobretudo, operativa e manifesta-se primariamente no plano dos elementos (comunicações). Assim, além da escrita e dos meios de comunicação de massa, o surgimento de sistemas parciais autônomos leva a uma fragmentação estrutural (NEVES, 2008, p. 10). Contudo, embora tal situação importe a diferenciação entre seleção e estabilização, envolve também uma aproximação entre estabilização e variação: “[...] os sistemas funcionais são estabilizados no sentido da variação, de tal sorte que o mecanismo da estabilização atua simultaneamente como motor da variação evolutiva” (NEVES, 2008, p. 10). Por conseguinte, a sociedade torna-se excessivamente dinâmica e complexa, e a pressão seletiva (seleção forçada) intensifica-se.

Nesse contexto, a sociedade atual caracteriza-se pela conquista da positivação do direito, no sentido de que o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão, servindo como fundamento de validade jurídica (NEVES, 2008, p. 23-24), ou seja, o fator historicamente novo da positividade do Direito é a “*legalização de mudanças legislativas*, com todos os riscos que isso acarreta”

(LUHMANN, 1983, p. 9), de tal modo que a vigência do Direito está referida a um fator variável: uma decisão (LUHMANN, 1983, p. 8). Dessa maneira, a constância das possibilidades de modificação do Direito então vigente é resultante de uma *seleção*, que é a qualquer momento modificável, implicando, pois, contingência. Pela positivação do Direito, vê-se também a *reflexividade da normatização*, isto é, a normatização do estabelecimento de normas, de tal modo que existem normas que normatizam a normatização, tal como a Constituição, que regulamenta a forma de seleção do direito variável (LUHMANN, 1983, p. 13-14). Assim, o direito positivo torna possível a diferenciação funcional do Direito, bem como a autopoiese do sistema jurídico. A positividade do direito implica uma seletividade intensificada do direito e sua positividade resulta “[...] do desenvolvimento social e está correlacionada com uma estrutura social que gera uma superabundância de possibilidades através da diferenciação funcional, apresentando por isso a tendência de fazer com que todo o direito pareça contingente” (LUHMANN, 1983, p. 238).

Superando o conceito de positividade – que, por vezes, era compreendido como *decisionista* –, Luhmann assevera que o Direito da sociedade contemporânea é autopoético, passando a constituir o cerne do conceito de positividade (NEVES, 2008, p. 80). A positivação do Direito na sociedade contemporânea implica o controle do código binário *lícito/ilícito*, exclusivamente, pelo sistema jurídico, que adquire, com isso, o seu fechamento operativo (NEVES, 2008, p. 80).

Assim, a própria recursividade do sistema limita o que pertence ao sistema e o que pertence ao entorno. Há casos em que um elemento se identifica simultaneamente em mais de um sistema; porém, reconstruído por cada sistema na sua própria medida, como o

pagamento, que é um cumprimento de um dever legal e uma transação econômica. Com efeito, conforme Teubner³, a autopoiese jurídica constitui-se a partir da auto-observação, autoconstituição e autorreprodução, de tal modo que, quando há articulação entre essas três *autos*, ocorre o hiperciclo de circularidade do Direito – acontece, pois, a sua autonomização (TEUBNER, 1989, p. 68). E é nesse sentido o hiperciclo de Teubner: “Para a pergunta ‘Como é que sabemos que um evento social é legal ou ilegal?’, a resposta é ‘porque o Direito assim o diz’. E, para a pergunta: ‘Como é que nós sabemos se a decisão do Direito é legal ou ilegal?’, a resposta tem de ser novamente ‘porque o direito assim o diz’” (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 85-86).

3. O acesso aos direitos e os países periféricos

Como é, então, o acesso a direitos nos países periféricos? A evolução social levou a sociedade a ter um Direito autopoético, *clausuramento* operativo por meio de seu código-diferença *lícito-ilícito*. Trata-se de um sistema diferenciado funcionalmente, portanto.

A sociedade contemporânea é uma sociedade global fragmentada com *networks*. Não há uma ordem superior que regule os sistemas parciais da sociedade (Direito, Política, Economia etc.), devendo-se confiar na evolução social (LUHMANN, 2007, p. 591)⁴, ou seja, na capacidade de variação, seleção e estabilização do próprio sistema parcial (funcional). E é nesse contexto que Luhmann afirma o primado da diferenciação funcional, no sentido de que, para determinado sistema – e somente para este –, a sua função goza de prioridade em face de todas as demais funções e, assim, respectivamente para cada outro sistema (LUHMANN, 2007, p. 592). Por exemplo, o êxito político é o mais importante de tudo para o sistema político e, para ele, uma economia exitosa somente é importante como condição para os êxitos do próprio sistema, *i.e.*, êxitos políticos. Lembrando-se que a função tem referência a um problema, cada sistema parcial trata de um problema da sociedade. Nesse sentido, o sistema parcial da sociedade monopoliza para si uma função; logo, apresenta um entorno inadequado ou incompetente para tal função: “Para la ciencia su entorno es científicamente incompetente, pero no políticamente incompetente, ni económicoicamente incompetente”.

³Diferentemente de Luhmann, Teubner (1989) considera gradativa a autopoiese.

⁴“La teoría de la evolución describe y explica el hecho de que un sistema estructuralmente determinado, puede cambiar sus propias estructuras mediante sus operaciones [véase sistema/entorno]” (CORSI et al, 2006, p. 103).

te, etc.” (LUHMANN, 2007, p. 600). Cada sistema parcial da sociedade, portanto, contém um entorno específico.

O próprio sistema tem a liberdade de escolher entre os dois valores de seu código sem uma pré-determinação exterior, ou seja, ele mesmo tem o poder de decidir o que é conforme com o direito (lícito) e o que não é conforme com o direito (ilícito), por exemplo. Na sociedade funcionalmente diferenciada, um grande número de códigos diferencia-se, e suas interferências são tratadas como *casualidades* não previstas no sistema, *i.e.*, a opção pelo valor positivo de um código por um determinado sistema não garante a opção pelo valor positivo dos demais sistemas: “El reconocimiento de algo que es científicamente verdadero, no será necesariamente aplicable en forma lucrativa [...]. Quien obtenga la razón ante un tribunal, de todas formas puede estar enfermo. Buenos exámenes no garantizan ninguna carrera” (LUHMANN, 2006, p. 128-129). Desse modo, ao mudar de sistema, há uma mudança do código, submetendo-se a uma revalorização.

Luhmann assevera que, em algumas regiões do mundo, a distinção inclusão/exclusão está a ponto de tomar o papel de *metadiferença* para mediatizar os códigos dos sistemas funcionais (LUHMANN, 2007, p. 501). Ainda, essa *metadiferença* é conhecida como a diferenciação centro/periferia, de tal modo que, na periferia, há pessoas excluídas da comunicação global e, portanto, da sociedade global (MATTHEIS, 2012, p. 638). A inclusão há de ser compreendida como possibilidade de consideração social das pessoas; melhor dito, a inclusão é a forma cujo lado interior (inclusão) assinala a oportunidade de que as pessoas sejam reconhecidas socialmente e cujo lado exterior se mantém sem assinalar (LUHMANN, 2007, p. 492). Por pessoas, entendem-se marcas de identidade às quais se referem no processo da comunicação (LUHMANN, 2007, p. 492). Trata-se a inclusão do acesso aos sistemas funcionais da sociedade (NEVES, 2011).

Assumindo uma forma de diferenciação funcional da sociedade, a regulação da inclusão/exclusão dá-se pelos próprios sistemas parciais, de tal modo que não existe uma ordem superior que supervisione os sistemas parciais nesse sentido: “Si el individuo quiere saber si dispone de dinero, y de cuanto, es algo que se decide en el sistema económico. Qué exigencias jurídicas y con qué éxito se pueden validar, es asunto del sistema del derecho” (LUHMANN, 2007, p. 499). Assim, a inclusão/exclusão não deve ser observada como forma da diferenciação por estratificação (Luhmann, 2007, p. 500)⁵. Diante disso, no âmbito da inclu-

⁵ Aliás, justamente nesse sentido afirma Mansilla: “Todo esto conduce a la sorprendente observación de que la sociedad se encuentra más fuertemente integrada en sus

são, os seres humanos são considerados como pessoas; mas, no âmbito da exclusão, parecem ser considerados unicamente como corpos (LUHMANN, 2007, p. 502), de modo que os Estados não se preocupam mais com a oportunidade de inclusão das pessoas, e sim com a corporalidade dos excluídos, até mesmo como foco de infecções (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2010, p. 40).

É o próprio sistema que regula o seu acesso, portanto. Ora, é claro que a Economia pode financiar a Ciência, mas não poderá produzir verdades (LUHMANN, 2007, p. 604). No mesmo sentido, o Direito pode reconhecer o direito à saúde a certa pessoa; porém, não poderá garantir-lhe a saúde, somente o sistema da Saúde poderá fazê-lo. Igualmente, o Direito somente poderá reconhecer o direito ao crédito e, evidentemente, adotar medidas para efetivar tal direito; contudo, em última análise, o crédito somente poderá ser garantido pela Economia. Nesses termos, somente haveria o *instituto* da insolvência e o *direito* ao crédito. Afasta-se, portanto, a ideia da sociedade como um projeto jurídico, ou seja, trata-se de um mito (RIBEIRO, 2014).

Nesses termos, como já dito – mas agora mais visível –, constitui-se o hiperciclo. Com efeito, somente é possível verificar se um evento é lícito ou ilícito a partir do Direito, e somente é possível constatar se tal decisão jurídica é lícita ou ilícita a partir do Direito (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 85-86).

Todavia, as particularidades regionais (condições locais) podem influir como *impulso* ou como *obstáculo* no que se refere à diferenciação funcional da sociedade. Assim, questões regionais podem ser tratadas me-

estratos inferiores que en los superiores, lo que es exactamente opuesto a lo que ocurría en los sistemas de estratificación" (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2010, p. 44).

diante acoplamentos estruturais que impulsionam a diferenciação funcional da sociedade; ou, por outro lado – o que é mais comum –, elas podem bloquear a autonomia autopoietica dos sistemas funcionais ou podem restringir-se a segmentos parciais de suas possibilidades operativas (LUHMANN, 2007, p. 642).

Diante disso, nota-se que Luhmann comprehende haver *desdiferenciação* na diferenciação funcional da sociedade: "En todo caso sería bastante poco realista concebir el primado de la diferenciación funcional como autorrealización asegurada por principio" (LUHMANN, 2007, p. 643). Assim, a teoria dos sistemas de Luhmann não é insensível aos problemas oriundos das diversas regiões do planeta, em que pese a ênfase no conceito da sociedade global em sua teoria.

Há, pois, unidades regionais (países periféricos) que não apresentam completa diferenciação funcional em comparação com países centrais. A diferenciação centro/periferia não se refere à diferenciação pré-moderna da exploração, a respeito da qual, de modo incisivo, se pode conceituar que havia no campo (*periferia*) uma diferenciação segmentária e na cidade (*centro*), uma estratificada (LUHMANN, 2007, p. 534). A propósito, Neves (2007) faz distinção entre modernidade central e modernidade periférica. Não se trata, contudo, de reconhecer a sociedade em diversas sociedades regionais decorrente de um conceito de sociedade Estado nacionalmente centrado: trata-se de um paradoxo que se encontra dentro da sociedade global. Nesses países periféricos, encontra-se uma realização inadequada da autonomia sistêmica conforme a forma de diferenciação funcional, bem como há uma inadequada concretização dos direitos humanos como inclusão social (NEVES, 2011, p. 214).

O desenvolvimento da sociedade global resultou numa crescente e veloz complexida-

de, a qual os países periféricos não conseguem reduzir suficientemente; ou seja, há uma complexidade desestruturada ou desorganizada (*complexidade com insuficientes relações seletivas entre os elementos*). Por sua vez, os países periféricos têm uma incapacidade relativa no que concerne à diferenciação funcional dos sistemas parciais da sociedade: “[...] fracassam os sistemas sociais complexos na função seletiva em face do supercomplexo ambiente, no contexto social dos países latino-americanos” (NEVES, 2007, p. 201). Neves aponta como periféricos os países da América Latina – incluindo, pois, o Brasil (NEVES, 2012).

Com o processo da evolução social, surge o Estado de Direito, denotando-se uma relação entre o sistema da política e o sistema jurídico: “El sistema político ofrece al sistema del derecho premisas para su toma de decisiones en la forma de leyes positivamente promulgadas. El sistema del derecho, a su vez, ofrece al sistema político la legalidad necesaria para que éste haga el uso del poder” (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2010, p. 28). Assim, o poder político subordina-se ao Direito e, ao mesmo tempo, tem o direito de modificar o Direito. Em resumo, Luhmann assevera que a Constituição possibilita soluções *jurídicas* para os problemas de autorreferência do sistema político e, por sua vez, soluções *políticas* aos problemas de autorreferência do sistema jurídico (LUHMANN, 2005, p. 548).

Desse modo, a Constituição assume um sentido diferenciado em cada sistema. Com efeito, para o sistema político, consiste em um instrumento político com dois significados: como política instrumental, *i.e.*, modificadora de situações; e como política simbólica, *i.e.*, não modificadora de situações. Por outro viés, para o sistema jurídico, a Constituição é uma estrutura normativa que possibilita a sua clausura operativa (autopoiese) e um mecanismo

reflexivo do sistema jurídico, *i.e.*, a norma das normas (NEVES, 2011, p. 209).

Não obstante, nos países periféricos há dificuldade na realização do Estado de Direito. A Constituição não corresponde às expectativas normativas comportamentais congruentemente generalizadas, de modo a perder sua relevância jurídica (NEVES, 2011, p. 225). Por conseguinte, o código lícito/ilícito não cumpre, satisfatoriamente, a função de segunda codificação do sistema político (NEVES, 2011, p. 218). A Constituição passa a ser simbólica, então. Por consequência, denota-se uma débil diferenciação funcional do Direito nos países periféricos, não cumprindo, pois, a sua função.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) é reputada como simbólica por Neves, tendo em vista não cumprir as expectativas normativas, não institucionalizando os direitos fundamentais e o Estado de Bem-Estar (NEVES, 2007, p. 183, 185). A seu turno, na Política: “[...] os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são frequentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocáveis” (NEVES, 2007, p. 187).

Muito embora, nesses termos, haja uma sobreposição da Política ao Direito, isso não resulta numa autonomia do sistema político. Ao revés, segundo Neves (2011), a Política acaba por expor-se ao particularismo das boas relações e, mormente, a exigências econômicas.

3.1. Direitos sociais

A predominância da inclusão nos países centrais é o que mais chama a atenção, quando comparados aos países periféricos, especialmente no que respeita à exigência de inclusão

da população total na Política e no Direito como sistemas funcionais diferenciados da sociedade mundial (NEVES, 2011). Isso decorre, fundamentalmente, da concepção de Estado de Bem-Estar com função compensatória como inclusão política realizada, de modo a incorporar toda população às prestações dos distintos sistemas funcionais da sociedade (LUHMANN, 2002, p. 47), com vistas, igualmente, a “acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos ‘direitos fundamentais sociais’” (NEVES, 2007, p. 76).

Dessa forma, uma vez que os países periféricos – em relação aos centrais – se diferenciam em virtude de sua incompleta, ou até mesmo ausente, diferenciação funcional, há um grave problema quanto à exclusão das pessoas⁶. Assim, nos países centrais, vê-se uma predominância da inclusão sobre a exclusão; e, nos países periféricos, por outro lado, há uma predominância da exclusão sobre a inclusão, mormente no que se refere à Política e ao Direito (NEVES, 2011).

Nesse ponto, Neves afirma que aos países periféricos falta a inclusão generalizada no sistema jurídico – uma falta de generalização de direitos e deveres (NEVES, 2011). Ademais – diferenciando-se do termo inclusão/exclusão⁷ –, Neves (2011) assinala que o problema mais preocupante para a realização de um Estado de Direito na modernidade periférica consiste na generalização das relações de *subinclusão* e *sobreinclusão*. A subinclusão refere-se às pessoas para as quais a Constituição se apresenta como deveres e restrições, e não como Constituição de direitos, razão por que as prescrições constitucionais têm efetividade quase exclusivamente como deveres e responsabilidades, de modo a não se respeitarem os direitos fundamentais nem conceder acesso aos tribunais. Por outro

⁶Entende-se a *inclusão de pessoas* como consideração social, como direções no processo de comunicação. Não se trata, então, da *inclusão de indivíduos* da sociedade, porque eles são reputados sistemas psíquicos e, por sua vez, entorno do sistema social: “Sustentar, como faz Luhmann, que a sociedade se compõe somente de comunicações não significa afirmar que não pressupõe mais que comunicações, senão que são unicamente as comunicações que distinguem a sociedade sobre o pano de fundo do seu meio (*Unwelt, environment*), meio este que atua como pressuposto necessário dessa mesma diferenciação da sociedade através da comunicação. Parte desse meio são a vida orgânica, os sistemas psíquicos dos indivíduos e o substrato físico da matéria” (AMADO, 2004, p. 305).

⁷“En sus obras tardías, y partiendo de la dependencia (deberes, responsabilidades, etcétera) y no acceso (derechos, capacidad legal [*Parteifahigkeit*], etcétera), Luhmann distingue – también de un modo distinto a mí – entre zonas de inclusión (en las que ‘los hombres cuentan como personas’) menos integradas y zonas de exclusión (en las que ‘los hombres ya no son considerados como personas, sino en cuanto cuerpos’) como altamente integradas [...]. Con ello, la integración se vuelve unilateral: [...]. Según mi formulación, sin embargo, la subinclusión y la sobreinclusión (esto es, posicionamientos jerárquicos fácticamente condicionados y no orientados a principios frente a los sistemas funcionales, es decir, una integración en ellos ‘desde abajo’ o ‘desde arriba’) implican una inclusión insuficiente (y con ello, una inclusión parcial), sea por falta de acceso (integración positiva) a los rendimientos de los sistemas funcionales, sea por falta de dependencia (integración negativa) de ellos” (NEVES, 2011).

lado, os sobreincluídos têm garantidos efetivamente os seus direitos e o acesso aos tribunais; entretanto, eles não estão submetidos à atividade punitiva do Estado com relação a seus deveres e responsabilidades; nesse caso, o Direito transforma-se em instrumento para a consecução de objetivos econômicos, políticos e particulares. Assim, Neves esclarece que – apesar da insistência no termo *exclusão* – tanto os subinclusuídos quanto os sobreincluídos estariam *excluídos* do Direito, porquanto aqueles se colocariam *abaixo* do Direito, e estes, *acima*.

Ainda no desenvolvimento do conceito de inclusão/exclusão – conforme também realizou Neves –, Aldo Mascareño (2014) ressalta que, na sociedade contemporânea, as múltiplas relações entre distintos sistemas, organizações, redes e interações formam complexas relações sociais que não podem ser adequadamente descritas por meio da distinção binária inclusão/exclusão, razão por que desenvolve outros conceitos: *autoinclusão/autoexclusão*, *inclusão por risco/exclusão por perigo*, *inclusão compensatória*, *inclusão na exclusão* e *subinclusão*. Nesse sentido, Mascareño registra que, dadas as características da diferenciação funcional, as modalidades de inclusão/exclusão se entrecruzam paradoxalmente, visto que, para cada sistema funcional, há diversas condições de inclusão/exclusão que se podem cumprir (ou não) paralelamente em uma mesma situação social e que, ademais, se veem conjugadas com formas de inclusão/exclusão de tipo *estratificado* e *segmentário* (MASCAREÑO, 2014, p. 13).

A autoinclusão/autoexclusão trata da forma mais individual e autônoma de inclusão/exclusão, de tal modo que, nela, a pessoa tem a capacidade e a oportunidade de decidir sua inclusão ou sua exclusão de alguma constelação social determinada. Tal modalidade pressupõe uma alta capacidade de decisão individual de quem a executa. Numa sociedade periférica⁸, com altos níveis de desigualdade e com serviços sociais extensamente monetarizados, a capacidade de decisão autônoma e livre está estreitamente associada ao nível de ingresso financeiro (dinheiro), podendo, pois, optar por um serviço de saúde privada ou pagar mais por educação de maior qualidade: “De esta manera, a mayores ingresos, mayor es el rango de selectividad del cual el individuo dispone para autoincluirse en (o autoexcluirse de) diversos espacios sociales” (MASCAREÑO, 2014, p. 13). Ocorre que, então, para os que não possuem recursos financeiros suficientes, há sérias restrições monetárias, relacionadas também a exclusões por discriminações que produzem um entorno social de alta desigualdade e diferenciado em termos de níveis de acesso.

⁸Mascareño (2014) centra seus estudos na sociedade chilena; mas, evidentemente, nesses pontos, podem ser também aplicados à sociedade brasileira.

Por *inclusão por risco/exclusão por perigo*, cabe compreender que, para Luhmann, o risco refere-se à possibilidade de danos futuros devidos a decisões do presente, porquanto estas condicionam o futuro, embora não se saiba de que modo (CORSI et al., 2006). A distinção risco/perigo depende de como se atribui a ocorrência de possíveis danos futuros. Por perigo, entende-se haver uma possibilidade de dano digna de atenção; fala-se de risco *somente* quando o dano seja possível como consequência de uma *decisión* tomada, que não poderia acontecer sem que se houvesse tomado tal decisão⁹. Diante disso, o indivíduo que decide está num ambiente de seleção e eventuais danos futuros são um risco que ele poderia ter escolhido não assumir; ou seja, decidir de forma contrária. De outro lado, quem recebe as consequências (negativas) dessas decisões e que delas não participa encontra-se num ambiente de necessidade: “no puede optar por no sufrir las consecuencias. En tal caso, su exclusión del proceso decisional es un peligro propio por las decisiones de otros” (MASCAREÑO, 2014, p. 14). E, numa sociedade com variadas organizações que auxiliam no cumprimento da função dos sistemas parciais/funcionais, chegando a ser cunhada de sociedade *organizacional* (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2004, p. 160), as decisões não são tomadas só por pessoas, mas sim por diversas organizações. De todo modo, consultas, diagnósticos participativos, mesas de diálogos são mecanismos para superar esses perigos e incluir os potenciais afetados pelos riscos da decisão.

A inclusão compensatória, por sua vez, supõe a existência de uma terceira instância,

na qual há um problema na autoinclusão/autoexclusão (v.g., por restrições monetárias) ou pela exclusão por perigo. Mediante a exclusão compensatória, busca-se justamente reestabelecer a capacidade de seletividade que se perde em razão da estratificação social e da exclusão por perigo, de modo a compensar as restrições de seleção com ofertas de inclusão, com vistas a não ampliar a cadeia de exclusão antes que favoreça ciclos virtuosos de inclusão. Porém, ocorre que se *institucionaliza a desigualdade*, tornando-se aceitável que existam categorias sociais de seletividade diversas para pessoas em distintas posições da estratificação social; outros, aliás, devem conformar-se com condições mínimas de inclusão generalizada, implicando a desigualdade no acesso aos sistemas funcionais. Assim, tal inclusão não viabiliza o melhoramento das condições de autoinclusão/autoexclusão das pessoas: “Esto es lo que conduce a una reproducción de la desigualdad y, con ello, a una inclusión en la exclusión” (MASCAREÑO, 2014, p. 16).

A inclusão na exclusão significa a inclusão da pessoa em alguma esfera institucional, mas numa posição subordinada em relação a pessoas, em princípio, iguais. É a *rotinização* de uma situação de desigualdade produzida pelas próprias instituições sociais, enquanto se mantêm formas de estratificação que parecem ser naturais. Como exemplo, encontra-se o discurso do mérito (MASCAREÑO, 2014, p. 17), que justifica situações de desigualdade institucionalizada e desconsidera as condições iniciais: ressaltam-se as capacidades pessoais e não a história de situações de inclusão social que possibilita tais capacidades.

Por fim, a subinclusão consiste numa forma extrema de inclusão na exclusão, supondo a ausência de condições para exercer direitos fundamentais; por outro lado, há a submissão às obrigações estabelecidas, lembrando-

⁹“El peligro de mojarse en caso de lluvia (un evento incontrolable en el medio ambiente) se ha transformado en riesgo con el invento del paraguas, ya que el peligro de empaparse ahora es consecuencia de la decisión de echar (o no) mano de él” (CORSI et al., 2006).

-se o conceito de *subinclusão* de Neves, portanto. Essas pessoas estão excluídas das condições mínimas de inclusão, mas *incluídas* por meio de formas geralmente policiais de exclusão (*deveres* apenas). Devido a uma limitação absoluta de direitos fundamentais, as situações de subinclusão abrem a possibilidade de acessar vias não institucionais de inclusão – narcotráfico, prostituição, mercado negro – como alternativas aos mecanismos de inclusão institucionalizados, a fim de obterem acesso a consumo, dinheiro, emprego etc.

Nesse contexto, os países periféricos devem lidar com o problema do acesso aos direitos. Em países com diversas modalidades de inclusão/exclusão, o sistema jurídico é deveras complexo. Ademais, a insuficiência funcional dos sistemas nos países periféricos implica um problema gravíssimo, uma vez que um sistema não pode substituir o outro no cumprimento de sua função. Preliminarmente, são esses os problemas que as pessoas enfrentam para o acesso ao sistema jurídico.

4. Considerações finais: o Judiciário e a inclusão/exclusão jurídica

Neste ponto, é necessário traçar algumas considerações sobre o Judiciário e a sua relação com a inclusão/exclusão jurídica. Ora, como o Judiciário dos países periféricos se envolve no acesso aos direitos?

Os sistemas de organizações produzem decisões a partir de decisões anteriores; por isso, constituem cadeias de comunicações de decisões, realizando a sua autopóiese. Desse modo, a racionalidade da organização não pode ser mais entendida em termos de meios e fins; do contrário, a racionalidade da organização consiste na relação entre decisões: “sería una racionalidad de conexión entre decisiones” (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2004, p. 46).

Diante disso, num primeiro momento, vê-se que o Direito reconstrói autorreferencialmente o sentido de seu entorno¹⁰ com base na unidade da diferença *lícito/ilícito* (código binário); trata-se, pois, da juridificação ou juridicização, i.e., as informações do entorno são *juridicamente* relevantes quando introduzidas na recursividade do Direito e submetidas ao seu processamento interno: “The lawyers observe economic actions under the code legal/illegal and *misread* economic processes and structures as sources of law. Vice-versa, clever economic actors *misread* legal

¹⁰ “[...] que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem [jurídica] são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’” (NEVES, 2009, p. 118).

norms under the economic code as bargaining chips, as new opportunities for profit-making" (TEUBNER, 1997, p. 161).

Num segundo momento, nota-se que a submissão do conflito à análise dos Tribunais (judicialização) implica uma especificação maior dos problemas jurídicos. Com efeito, o Judiciário (Tribunal) não se ocupa de todos os problemas jurídicos. Muito embora as maiores e mais importantes organizações assumam o correspondente problema do sistema funcional (centro do sistema) (LUHMANN, 2007, p. 667) – e o Judiciário é uma organização –, as organizações são consideradas *mechanismos eficientes de resolução de problemas* dos sistemas funcionais (RODRÍGUEZ MANSILLA, 1996, p. 28-29), como é o caso do Direito. Ocorre que as organizações fazem isso ao custo de especificá-los e redefiní-los. Assim, as funções da sociedade (incluindo a do Direito) são muito amplas, necessitando de diversas organizações encarregadas de assumir parcialmente aspectos relevantes de cada uma delas. Desse modo, para que um problema da sociedade seja solucionado por uma organização, é imprescindível que tal problema seja bem especificado autorreferencialmente nos termos da organização (RODRÍGUEZ MANSILLA, 2004, p. 46). Nesse sentido, aliás, encontram-se as normas procedimentais e as normas probatórias (LUHMANN, 2005, p. 384).

Desse modo, a posição central dos Tribunais na auto-organização do sistema jurídico é de suma relevância. O sistema do Direito diferencia-se internamente em centro/periferia. Frise-se que se trata de uma concepção perfeitamente “heterarquizada”, ou seja, não há uma ordem hierárquica entre centro/periferia (CLAM, 2005, p. 131; LUHMANN, 1990). No Direito, a legislação ocupa a periferia, situada na fronteira com o sistema político; sua função é a de *acomodação* ou filtragem da irritação do sistema político e que irradia pelo sistema jurídico. E o Judiciário (Tribunais, juízes) ocupa a posição central no sistema jurídico, cujas operações só reproduzem operações filtradas – e não filtrantes –, colocando em prática o código (lícito/ilícito) e os programas (leis) jurídicos, fazendo uso reservado do símbolo circundante da validade jurídica (CLAM, 2005, p. 131; LUHMANN, 1990).

As periferias servem de zona de contato com outros sistemas funcionais (Política, Economia, Saúde, Educação etc.), porque nelas se apresentam interesses de quaisquer índoles e impostos por todos os meios disponíveis, isto é, sem que importe a distinção entre interesses legais e ilegais (LUHMANN, 2005, p. 383-384). A legislação, cedendo a pressões políticas, infiltra-se, cada vez mais, em espaços que antes estavam *livres* do Direito.

Trata-se de uma diferenciação do processo decisório entre os processos legislativos e as decisões judiciais. Com efeito, o processo decisó-

rio da jurisprudência não apresenta formas institucionalizadas de mudança do Direito, de tal modo que apenas realiza assimilações, adaptações ou alterações que sejam compatíveis com a identidade das normas – ou melhor, que não sejam contra o direito válido. Essa limitação do Tribunal está intimamente ligada ao fato de que ele lida com situações em que já ocorreram frustrações; e, no processamento de frustrações, é essencial um rígido referencial para as decisões, além da manutenção das normas decisórias: “Em plena situação de frustração é difícil assimilar, aprender” (LUHMANN, 1983, p. 37). Diante disso, a positivação do Direito significou que, dentro do Direito, devem ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de abertura (aprendizado) e não abertura (fechamento/processamento das frustrações), de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas (LUHMANN, 1983, p. 38). Ou seja: é necessária a diferenciação entre legislação (periferia) – a qual está aberta a aprender no Direito – e o tribunal (centro) – o qual exprime o vetor autopoético do fechamento normativo do Direito. Assim, torna-se possível um sistema do Direito simultaneamente aberto e fechado, que tem repetição e diferença (paradoxo): *clausurado normativamente e aberto cognitivamente* (LUHMANN, 2005, p. 93).

Característicos do centro jurídico, os Tribunais estão *obrigados a decidir (proibição de denegação da justiça)* (LUHMANN, 2005, p. 372) – diferentemente da periferia. O Judiciário, por sua vez, é o “coração do encerramento operativo do sistema jurídico” (CLAM, 2005, p. 135), devendo decidir constantemente sobre a *lícitude/ilicitude* das operações. Nesse ponto, os Tribunais operam em isolamento cognitivo muito mais drástico em relação aos legisladores e contratantes, porquanto, na periferia, as irritações se formalizam (*ou não*) juridicamente, ao passo que nos Tribunais elas são *sempre* jurídicas (lícitas/ilícitas). Ademais, é o Tribunal que faz uso reservado da validéz jurídica, que consiste no símbolo circundante da unidade do Direito¹¹.

¹¹ De acordo com Luhmann (2005, p. 154-167), o conceito de *validez jurídica* consistente em um símbolo da unidade do Direito, substituindo a pergunta sobre as “fontes do Direito”, de modo a tratar a unidade do Direito como uma “coisa puramente interna que circula dentro do sistema”; ademais, segundo Luhmann, a validade jurídica refere-se à modificação das disposições do Direito, de tal modo que consiste na unidade da diferença entre um *estado de direito vigente anterior* a um *estado de direito vigente posterior*. Trata-se, pois, a validade jurídica de um valor distinto (validade/não validade) do sistema jurídico que se realiza de maneira recursiva (autopoiese), produzindo a validade *conexões* dentro do sistema: “Por conseguinte la validez se asegura únicamente mediante la integración recursiva de las operaciones a la red, con el mínimo de esfuerzo con respecto a la información (redundancia) [...] En cambio, la permuta que se hace de jerarquía por tiempo permite renunciar a la fundamentación normativa de la validez a partir de una ‘norma superior’. Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponer su propio etcétera”.

Além disso, levando em consideração o déficit (RIBEIRO, 2013) do Legislativo, até mesmo porque não pode dar conta das inúmeras demandas sociais sem reconstruí-las autorreferencialmente – o que consome tempo ; levando em consideração eventual *uso negativo das conexões internas do sistema político*¹²; e levando em consideração a insuficiente diferenciação funcional do sistema político nos países periféricos ao, por vezes, fundamentar-se em critérios/programas não políticos (v.g., religiosos) para tratar de assuntos políticos¹³ – vê-se a necessidade de sobrecarga do Judiciário nos países periféricos, o que acaba proporcionando o acesso aos direitos, ou seja, a inclusão jurídica.

Nesse sentido, o próprio Direito é compreendido como *mecanismo do tratamento igual/desigual*. Aqui, a igualdade é considerada como estrutura normativa concretizada e realizada, na qual prevalece a preferência pelo lado positivo da forma: igualdade. Como norma jurídica, a igualdade serve para a imunização do Direito em face de *diferenças juridicamente irrelevantes*, mas relevantes em outros sistemas da sociedade (v.g. , Economia, Política). Igualmente, registre-se que o Direito também cria suas próprias diferenças assimétricas, como autor/reú no processo, credor/devedor no direito das obrigações, empregador/empregado no direito do trabalho, condenado/absolvido no direito penal, contribuinte/Estado no direito tributário.

Em vista disso, a igualdade jurídica significa que diferenças econômicas, educacionais,

religiosas, políticas, culturais etc. – mesmo que legítimas nos respectivos sistemas sociais – não *devem* transitar imediatamente para o Direito, sobretudo se forem assimétricas (desigualdades). Trata-se, pois, da *consistência jurídica* (clausura operativa). E a igualdade jurídica exige, primariamente, uma inclusão igualitária dos homens como pessoas na ordem jurídica e, secundariamente, um tratamento igual com relação aos *casos jurídicos* (NEVES, 2009, p. 67-69).

Entretanto, ao tentar buscar a mais ampla concretização dos direitos e, por consequência, da inclusão jurídica, o Judiciário pode incorrer no desenvolvimento de mais exclusão jurídica. Registre-se que, muito embora se saiba que toda inclusão requer o seu lado oposto – a exclusão –, o problema maior consiste no não reconhecimento das exclusões, o que prejudica a promoção de uma maior autoinclusão/autoexclusão social.

Veja-se que, sendo uma organização, o Judiciário (Tribunais e juízes) acaba por decidir e seus atos implicam danos futuros. Ocorre que, como visto, quem não participa do processo decisório está sujeito também às consequências negativas das decisões. Isso se tornou mais claro devido ao crescente número de processos judiciais de interesses coletivos em sentido amplo, bem como a prestação jurisdicional dos direitos sociais. É o caso das complexas demandas de direito à saúde, nas quais há, por um lado, a não prestação de um direito pela Administração Pública e a proteção da vida e, por outro lado, o problema dos recursos finitos, de modo que eventual reconhecimento do direito à saúde de uma pessoa pode implicar a ausência de tratamento de diversas outras pessoas. É necessária, então, a criação de “mecanismos para superar estos peligros e incluir a los potenciales afectados en los riesgos de la decisión” (MASCAREÑO, 2014, p. 15).

¹²Ora, dado que no sistema somente se pode atuar quando se deem condições necessárias, tende-se a remeter o outro a ele mesmo de modo negativo; isto é: não se faz nada, não se tomam decisões, “sin que esto suponga cargar sobre si la culpa”(LUHMANN, 2002, p. 58).

¹³Observa-se isso na discussão sobre a diminuição da maioridade penal no Direito brasileiro (SCHWARTZ, 2015).

Como os sistemas funcionais não podem suprimir as funções dos outros, com base nas exclusões por perigo já realizadas – mesmo que indiretamente – pelo Judiciário, há a consequência de uma inclusão compensatória. Com efeito, ao pretender resolver problemas políticos, econômicos e de saúde, entre outros, com base em soluções jurídicas, o Judiciário pode rechaçar importantes assimetrias *sanitárias/políticas/econômicas*. Ora, também os critérios de igualdade jurídica não devem transitar imediatamente para os outros sistemas sociais, impedindo ou dificultando que neles as diferenças sejam construídas e desenvolvidas legitimamente, inclusive se assimétricas. Trata-se, pois, da *adequação social do direito* (abertura cognitiva), em que a igualdade exige sempre uma abertura cognitiva com variações e adaptações permanentes, para que não leve a uma igualdade jurídica imperial, uma pseudoigualdade. Trata-se do caso de uma manutenção da desigualdade entre serviços públicos e serviços privados de saúde com o reconhecimento individual do direito ao mínimo existencial e, por consequência, à saúde; note-se que uma análise individual trará problemas para a resolução/planejamento de um problema tão geral – tal argumento não permite proibir *a priori* o reconhecimento do direito subjetivo à saúde; porém, evidentemente, não soluciona o problema.

E, finalmente, Luhmann (2007) aponta que, na sociedade contemporânea, o Direito problematiza-se na *estabilização*, no sentido de haver uma débil adequação das estruturas preexistentes às estruturas novas. O problema reside, aqui, na deficiência da *dogmática jurídica* em oferecer conceitos socialmente adequados (NEVES, 2008, p. 24). Entretanto, como o fechamento é condição da abertura, não se pode olvidar que, nos países periféricos – mormente, na autorreferência, na clausura operativa do sistema (NEVES, 2008, p. 236) –, há uma baixa efetivação da diferenciação funcional; trata-se, pois, da fragilidade da *seleção*, por quanto o próprio sistema é débil em auto-organizar-se. E, como se não bastasse, somam-se a isso as diversas modalidades de inclusão/exclusão que se devem considerar em suas operações sistêmicas.

Como é a sociedade atual e como é o Direito? Como é, então, o acesso ao Direito nos países periféricos? Como o Judiciário se envolve no acesso ao Direito nos países periféricos? Com a análise dessas perguntas, foi possível ver, de maneira preliminar, o problema do acesso ao sistema do Direito nos países periféricos e o tamanho da complexidade que enfrentam ao lidar com o tema da inclusão/exclusão jurídica (acesso ao Direito) nos países periféricos em uma sociedade global fragmentada, mas com *networks* (hiperdiferenciações).

Sobre os autores

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro é doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor pelo Centro de Estudos da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; docente na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário La Salle (UNILASALLE), Canoas, RS, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: diogenesribeiro@tjrs.gov.br

Douglas Cunha Ribeiro é mestre em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE), Canoas, RS, Brasil; advogado em Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: dougrib@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

INCLUSION AND EXCLUSION – ACCESS TO SOCIAL RIGHTS IN THE PERIPHERAL COUNTRIES

ABSTRACT: The differentiation between central and peripheral countries is clearly presented when analyzing another differentiation: inclusion and exclusion. This article, as result of this research, based on the theory of autopoietic social systems, observes these relations from the problem of rights access and mainly social rights access.

KEYWORDS: INCLUSION. EXCLUSION. SOCIAL RIGHTS. PERIPHERAL COUNTRIES. JUDICIARY

Referências

AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. p. 77-128.

CORSI, Giancarl et al. *GLU*: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociología do direito*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. *Sistemas sociales*: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2002.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.

¹⁴Sem revisão do editor.

- _____. System as difference. *Organization*, v. 13 n. 1, p. 37-57, jan. 2006a.
- _____. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006b.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- MASCAREÑO, Aldo. Diferenciación, inclusión/exclusión y cohesión en la sociedad moderna. *Revista Cis*, p. 8-25, jul./dez. 2014.
- MATTHEIS, Clemens. The system theory of Niklas Luhmann and the constitutionalization of the world society. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, p. 625-647, 2012. Disponível em: <http://www.gojil.eu/issues/42/42_article_mattheis.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. Los estados en el centro y los estados en la periferia: algunos problemas con la concepción de estados de la sociedad mundial en Niklas Luhmann. In: NAFARRATE, Javier Torres; MANSILLA, Darío Rodríguez (Ed.). *Niklas Luhmann: la sociedad como pasión: aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 2011. p. 36-201.
- _____. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013.
- _____. O mito da sociedade como um projeto jurídico. In: SCHWARTZ, Germano; MEDEIROS, Fernanda (Org.). *O direito da sociedade*: anuário. 1. ed. Canoas: Unilasalle, 2014, p. 283-296.
- ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. *Gestión organizacional: elementos para su estudio*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Organizaciones para la modernización*. México: Universidad Iberoamericana, 2004.
- _____. Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-52.
- SCHWARTZ, Germano. *A autopoiiese dos direitos fundamentais*. 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fx.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F17983762%2F1455393381%2Fname%2FUNKNOWN_PARAMETER_VALUE&ei=X_rNU_PLMYalyASp4oLwDA&usg=AFQjCNFpnNc5VViSkWjEM8pQ8WKyxnjFBg&sig2=xz5yxKylOh2Qf43ayBy79A&bvm=bv.71198958,d.aWw>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. Breaking frames: the global interplay of legal and social systems. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, p. 149-169, 1997.

Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito

BRUNO ANUNCIAÇÃO ROCHA

MARCELO CAMPOS GALUPPO

Resumo: Apesar de o libertarianismo defender uma concepção de justiça segundo a qual o Estado só pode atuar corretivamente, há dificuldade em colocar essa concepção em prática, pois, de acordo com estudos de análise econômica comportamental, o ordenamento jurídico influencia inevitavelmente o comportamento das pessoas, mesmo sem coerção. As conclusões apresentadas por esses estudos trazem problemas para a ideia do *homo economicus*, tão cara ao libertarianismo. Contudo, esse problema adquire outro contorno quando consideramos a ideia de um paternalismo libertário, que procura incitar as pessoas a se comportarem de maneira a melhorar seu bem-estar, conforme seus próprios critérios, garantindo-lhes, porém, a liberdade de escolha. O paternalismo libertário não destoa das premissas do libertarianismo porque, embora pretenda promover o bem-estar das pessoas, não lhes restringe a liberdade de escolha. No contexto brasileiro, pensamos ser possível que o Estado intervenha de forma paternalista e libertária no campo econômico, agindo por meio de indução, nos moldes da proposta de Eros Grau.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Intervenção estatal no domínio econômico. Liberalismo. Libertarianismo. Paternalismo.

1. Introdução

Partindo de uma perspectiva contratualista de John Locke e de alguns elementos da filosofia moral kantiana, Robert Nozick (2011) afirma que a liberdade individual consiste no direito fundamental de todo homem viver segundo suas próprias escolhas, dispondo de seus bens e do seu tempo como bem entender, desde que respeite a igual liberdade dos outros. A construção de sua teoria é feita a partir de uma “explica-

ção potencial fundamental”¹ sobre a natureza humana, segundo a qual os indivíduos, no estado de natureza, são plenamente livres para dirigir suas ações e dispor de seus bens. Para o autor, essa concepção de liberdade expressa a capacidade inerente a todo indivíduo de dar sentido à sua existência, por meio da busca dos fins que cada um elege para si, de acordo com a ideia de “vida boa” que adota.

O consenso sobre o que é melhor e mais desejável para a realização dos fins da existência não parece ser possível por causa da pluralidade existente nas sociedades contemporâneas e do fato de nenhum homem ser exatamente idêntico a qualquer outro. Em razão disso, os libertários, como Nozick, defendem que as escolhas individuais sejam feitas pelos próprios sujeitos, sem a intervenção de terceiros, partindo do pressuposto de que são eles mesmos que melhor sabem o que querem para si e como vão alcançar seus objetivos. Entendem a liberdade, portanto, no sentido negativo, como ausência de interferência de outros agentes (BERLIN, 1969).

A partir dessas conclusões, os libertários tendem a ver com maus olhos a interferência do Estado na liberdade individual, admitindo-a apenas para fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude (NOZICK, 2011). Em outras palavras, os libertários acreditam que a interferência estatal deva restringir-se ao aspecto corretivo da justiça, recusando qualquer legitimidade à sua dimensão distributiva, por meio da qual o Estado interviria para redistribuir os bens que decorrem da vida em comum, produzindo como resultado a igualdade.

¹“Uma explicação potencial fundamental (uma explicação que explicaria todo o campo que está sob exame se ela fosse a explicação verdadeira) contém importante esclarecimento explicativo, mesmo que não seja a explicação correta.” (NOZICK, 2011, p. 9)

No entanto, a Constituição de 1988 (CF), cuja matriz² é o Estado Democrático de Direito, em diversas oportunidades atribui ao Estado uma função ativa, que extrapola os limites da justiça meramente corretiva, a fim de conduzir o sistema para as posições determinadas pelos objetivos de política econômica. Seu art. 174, por exemplo, afirma que o Estado deve atuar como agente *normativo* e *regulador* da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Com efeito, as funções de *regulação*, *incentivo* e *planejamento* implicam uma interferência estatal mais expressiva na liberdade individual, alegadamente incompatível com a ideia libertária de justiça. Entretanto, talvez essa incompatibilidade seja apenas aparente.

Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler (2003) sugerem um modelo de interferência estatal na liberdade individual supostamente adequado ao libertarianismo. Para os autores, é legítimo que o Estado intervenha na liberdade individual, no intuito de promover ou evitar determinados comportamentos, contanto que não se valha da coação para esse fim: “desde que ninguém seja forçado a fazer nada, pensamos que essa conduta [comportamental] deve ser considerada irrepreensível até mesmo para os libertários

²O termo matriz, em vez de paradigma, parece ser mais adequado ao objeto da pesquisa. Através dele expressa-se a ideia de “lugar onde algo é gerado, fonte ou origem de algo, algo que está na base, que tem grande relevância, que é primordial, básico, principal” (GALUPPO, 2007, p. 106). A construção de um conhecimento a partir de uma matriz não refuta os outros conhecimentos concebidos a partir de matrizes distintas. Tratando-se de teoria da justiça, isso é extremamente relevante, pois não se trabalha com refutação, mas, tão somente, e em determinados contextos, com a superioridade provisória de um conhecimento sobre outros. O termo matriz, ao significar o ponto de partida para construções coerentes, não implica relativismo, pois não leva em consideração dados quantitativos, afastando-se da concepção política e voluntarista da ciência (GALUPPO, 2007).

convictos” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 14, tradução nossa)³. A esse tipo de intervenção não coercitiva denominam *paternalismo libertário*.

A proposta deste trabalho é, primeiramente, entender o que é *paternalismo libertário*, a fim de verificar se ele é coerente com as premissas do libertarianismo. Em segundo lugar, pretende-se verificar se é possível colocar em prática o *paternalismo libertário*, com atenção especial ao campo econômico. Trata-se de tema relevante para a compreensão do Direito, na medida em que pretende contribuir para o desenvolvimento da teoria libertária da justiça, estudando as bases filosóficas do sistema jurídico, para confrontá-las com a política econômica na matriz do Estado Democrático de Direito brasileiro, em busca de uma nova abordagem da intervenção estatal na economia.

Com esse objetivo, na primeira parte realizaremos a revisão da ideia de justiça libertária em Robert Nozick, estudando os fundamentos morais que dão sustentação à sua defesa do Estado mínimo; na segunda parte, abordaremos o *paternalismo libertário*, estudando seus fundamentos e consequências, para então confrontá-lo com o libertarianismo de Nozick; na terceira parte, cuidaremos de verificar se é possível, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, pôr em prática o *paternalismo libertário*, especificamente no que se refere à intervenção estatal na economia, cujos princípios estão previstos nos artigos 170 ao 179 da CF.

2. A proposta libertária

Robert Nozick é um dos principais autores do libertarianismo, que pode ser considerado uma das vertentes do liberalismo político contemporâneo (VITA, 2013). Nozick constrói suas ideias com base numa perspectiva contratualista lockeana, afirmando que o acordo de vontades originário da sociedade civil não cria novos direitos para os indivíduos, senão reafirma os direitos individuais já existentes. Segundo Nozick, tais direitos advêm da condição de liberdade das pessoas no estado de natureza, que lhes permite organizar suas vidas, dirigindo suas ações e dispondo de seus bens e tempo como bem entenderem. Essa capacidade distinguiria o homem dos outros seres:

Organizar a própria vida de acordo com um plano geral é a maneira de que dispõe uma pessoa para dar sentido à sua vida; só um ser com capacidade de organizar sua vida desse modo pode ter – ou esforçar-se por ter – uma vida que faça sentido (NOZICK, 2011, p. 64).

³ “Since no one is forced to do anything, we think that this steering should be considered unobjectionable even to committed libertarians.”

Nozick acredita que o direito individual por excelência é a liberdade, entendida como a prerrogativa que assiste a todo ser humano de viver sua própria vida da maneira que lhe for mais conveniente, pois é o único direito capaz de conferir sentido à sua existência. Dessa liberdade decorrem os demais direitos. Por outro lado, ela sofre uma única limitação legítima, imposta justamente pela mesma liberdade dos outros indivíduos. Em outras palavras, Nozick entende que a liberdade deve ser também o único fundamento legitimador das limitações a serem impostas aos indivíduos. Ela deve servir, portanto, como conteúdo moral dos limites⁴.

No intuito de delinear os limites que esse conteúdo moral implica, Nozick inicia seu estudo analisando uma fórmula que inclui a liberdade na situação final⁵, ou seja, após a ação ser praticada:

Suponhamos que uma condição que minimize a quantidade total (ponderada) de violações de direitos seja incorporada à situação final desejada que se pretende alcançar. Teríamos, então, algo parecido com um ‘utilitarismo de direitos’; na estrutura utilitarista, as violações de direitos (a serem *minimizadas*) simplesmente substituiriam a felicidade total como a situação final relevante (NOZICK, 2011, p. 34-35).

Uma postura utilitarista estabelece limites a partir de uma situação posterior à ação, ao passo que a minimização da violação de direitos autoriza que os próprios direitos sejam

⁴Nesse ponto Nozick demonstra simpatia pelas ideias kantianas de moral universal, ao adotar um conteúdo universal para os limites morais da liberdade, afastando-se das ideias utilitaristas. O direito seria fundamentado, kantianamente, como uma limitação recíproca da liberdade individual.

⁵A liberdade, assim como a igualdade, pode ser considerada um resultado final da interação social, e em especial da intervenção redistributiva estatal, ou apenas como uma condição do ponto de partida. As teorias libertárias adotarão a segunda concepção.

violados, desde que isso seja capaz de produzir, da melhor forma possível, a situação final almejada. Um *utilitarista de direitos* justificaria a violação da *liberdade* de alguém, no intuito de dissuadir outras pessoas de praticarem violações ainda mais graves (NOZICK, 2011).

Todavia, os indivíduos não podem ter seus direitos preteridos se não consentirem nisso, ainda que se tenha em vista um suposto resultado geral ponderado mais favorável, porque, para Nozick, a liberdade é igual para todos, inexistindo qualquer superioridade moral de quem quer que seja. Por esse motivo, a liberdade não comporta cálculo.

Em lugar dessa perspectiva utilitarista, Nozick sugere que “em vez de incorporar direitos na situação final almejada, podemos colocá-los como restrições indiretas às ações a serem praticadas” (NOZICK, 2011, p. 35). Essas restrições são *indiretas*, pois agem no sentido negativo, restringindo os meios disponíveis para alcançar os objetivos, sejam eles quais forem. O respeito às *restrições indiretas*, isto é, à não violação dos direitos dos indivíduos, oriundos da liberdade, é a condição de legitimidade da ação, independentemente de qual seja seu fim. Logo, essas restrições não dão azo a nenhuma violação de direitos.

A fundamentação lógica das *restrições indiretas* é baseada no princípio kantiano da inviolabilidade do sujeito. Elas refletem uma interpretação da fórmula da humanidade do imperativo categórico de Kant⁶, segundo a qual “os indivíduos são fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem seu consentimento. Os indivíduos são invioláveis” (NOZICK, 2011, p. 37).

⁶“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2007, p. 69).

Segundo o autor, a inviolabilidade do sujeito, expressa nas restrições indiretas, deve ser observada ainda que se pretenda restringir seus direitos em vista de um suposto bem social maior, e qualquer restrição da liberdade individual deve ser compensada por aqueles que realizam essa restrição.

Dante dessas considerações, nota-se que o principal valor político libertário é a noção de *liberdade negativa*, “que tem por foco a não interferência, sobretudo por parte da autoridade política [...], em direitos de propriedade ou ‘titularidades’” (VITA, 2013, p. 56). Isso faz com que os libertários em geral sejam defensores convictos do livre mercado, em nome da liberdade, que se sobrepõe inclusive ao argumento de eficiência econômica. Da mesma forma, tendem a opor-se às atitudes paternalistas (que visam à proteção das pessoas contra si mesmas), argumentando que violam o direito de cada um de decidir os riscos que pretende assumir, segundo o seu próprio planejamento (SANDEL, 2011).

Nesse sentido, Robert Nozick afirma que apenas “um Estado mínimo, que se restrinja às estritas funções de proteção contra a violência, o roubo, a fraude, a coerção de contratos, e assim por diante, é justificado” (NOZICK, 2011, p. IX). Disso se pode inferir que, para Nozick, não é legítima a intervenção estatal na economia, quando ela implique violação da liberdade individual.

3. Paternalismo libertário

Sunstein e Thaler (2003) acreditam ser possível colocar em prática uma forma de paternalismo coerente com o libertarianismo. Segundo os autores, atitudes paternalistas, que não cerceiam a liberdade de escolha, mas apenas induzem uma certa escolha, não implicam violações de direitos individuais e, consequentemente, não são incompatíveis com a teoria libertária. Libertários paternalistas “pretendem tornar mais fácil para as pessoas seguirem seu próprio caminho, [...] não pretendendo oprimir aquelas que querem exercer sua liberdade” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 5).⁷

De acordo com a abordagem da análise econômica comportamental (*behavioral economics*) utilizada pelos autores, é inevitável que o ordenamento jurídico interfira nas escolhas individuais. Pesquisas mostram que as normas-padrão (*default rules*) do ordenamento jurídico tendem

⁷“Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way, [...] do not want to burden those who want to exercise their freedom.”

a ser mantidas, não obstante a possibilidade de escolher outras opções⁸. Da mesma forma, o ordenamento jurídico fornece valores positivados, que regem as relações sociais e servem de pontos de partida (*starting points*) para interpretação dos fatos. Em algumas situações, por não terem informações suficientes sobre o que está em jogo, os indivíduos lançam mão desses pontos de partida normativos, que servem de parâmetro valorativo e interpretativo⁹. Por fim, constatou-se que as escolhas individuais variam significativamente, de acordo com a formulação dos problemas (*framing effect*)¹⁰ (THALER; SUNSTEIN, c2008).

Toda sociedade precisa de um conjunto de normas, ainda que mínimo, para regular as relações sociais. O mercado, por exemplo, depende de determinados institutos jurídicos, como direitos obrigatoriais e de propriedade, sem os quais seria inoperável (NUSDEO, 2010). Nesse sentido, o ordenamento jurídico não pode deixar de estabelecer normas-padrão, sejam elas quais forem, e pontos de partida para interpretação dos fatos juridicamente relevantes, formulando-os de alguma maneira. Por esse motivo, segundo os autores, o Estado inevitavelmente interfere nas escolhas individuais, ainda que de maneira não coercitiva.

Por outro lado, estudos comportamentais apontam a possibilidade de os indivíduos tomarem decisões aparentemente contrárias àquilo que se reputa capaz de proporcionar o seu próprio bem-estar; elas *não teriam sido tomado* caso eles tivessem informações mais completas sobre as alternativas em jogo (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998). Além disso, pesquisas no campo da psicologia e economia também levantaram

⁸Um exemplo citado pelos autores diz respeito à legislação sobre doação de órgãos. A legislação de alguns países, como a França e a Itália, presume o consentimento das pessoas para que seus órgãos sejam doados após a morte. Tal presunção só cessa diante da opção expressa por não doar. Em contrapartida, nos EUA a legislação diz que as pessoas que preferem doar os seus órgãos após a morte devem expressar sua vontade, por meio de uma anotação na licença para dirigir. Ao comparar os números desses países, notou-se que aqueles que presumem o consentimento têm 90% das pessoas mantendo seus órgãos disponíveis para doação, enquanto nos EUA esse número não passa de 20%. Tal diferença se deve ao que os autores chamam de default rules effect (SUNSTEIN; THALER, 2003).

⁹Esse efeito, chamado pelos autores de *starting point effect* ou *anchoring*, pode ser observado, por exemplo, na jurisprudência sobre responsabilidade civil por danos morais, especificamente na quantificação da indenização devida. Ao criar uma tabela de uniformização dos valores devidos a título de indenização por danos morais, o STJ influenciou decisões de muitos tribunais inferiores, que utilizaram os parâmetros econômicos fornecidos pela tabela como ponto de partida para suas decisões (STJ, 2009).

¹⁰Para exemplificar o funcionamento do *framing effect*, os autores mencionam uma campanha de economia de energia, que pretende estimular a adoção de métodos de conservação. Consideraram-se duas campanhas informacionais a serem dirigidas aos consumidores: (a) se você adotar métodos de conservação de energia, economizará \$350,00 por ano; (b) se você não adotar métodos de conservação de energia, perderá \$350,00 por ano. As pessoas afetadas pela campanha (b), cuja informação é disposta em termos de perda, tenderiam a economizar mais do que as afetadas pela campanha (a). Apesar de serem exatamente idênticas em termos de conteúdo (\$350,00), a forma como as campanhas o apresentam é distinta. Se uma das metas políticas é a conservação de energia, ideal é que o governo adote a opção (b) (THALER; SUNSTEIN, c2008).

a questão sobre a racionalidade das decisões individuais. Constatou-se que as pessoas apresentam preferências contraditórias, têm dificuldades de manter o autocontrole, tomam diferentes decisões conforme a disposição do problema, bem como utilizam processos heurísticos que as levam a cometer erros sistemáticos (SUNSTEIN; THALER, 2003).

As conclusões apresentadas por esses estudos trazem problemas para a ideia do *homo economicus*¹¹, tão cara às teorias da justiça de origem liberal, como a de Robert Nozick (2011). As descobertas das falhas nas escolhas individuais demonstram que a racionalidade humana não é plena.

Diante da inevitabilidade da interferência, Sunstein e Thaler (2003) sugerem que ela seja realizada de forma planejada e não coercitiva, para promover ou evitar determinados comportamentos, objetivando amenizar os problemas causados pelas limitações humanas que afetam a capacidade de escolha. A essa interferência não coercitiva planejada dão o nome de *paternalismo libertário*, porque, pretendendo conduzir as escolhas das pessoas, no intuito de melhorar suas vidas¹² (paternalismo), insiste em preservar a liberdade de escolha (libertário), permitindo que as pessoas facilmente (com um custo muito baixo) possam evitar as opções paternalistas¹³.

Por não cercear a liberdade individual, já que mantém a liberdade de escolha, o paternalismo libertário pode, segundo os autores acreditam, ser legitimamente, colocado em prática pelo Estado, para *incitar*¹⁴ as pessoas a se comportarem de maneira a melhorar seu bem-estar, segundo seus próprios critérios. Para tanto, é preciso organizar o contexto no qual as pessoas tomam suas decisões, utilizando, de forma planejada, dos *default rules*, *starting points* e *framing effects* (THALER; SUNSTEIN, 2008). Para tanto, o papel do Estado deve extrapolar os limites da justiça

¹¹ Trata-se de uma ficção criada a partir da fragmentação do indivíduo, isolando-o das dimensões éticas e políticas, para concentrar no consumo e na produção. O *homo economicus* é a ideia de um homem “perfeitamente racional e capaz de fundamentar suas decisões exclusivamente por razões econômicas, preocupando-se em obter o máximo de benefício com o mínimo de sacrifício de modo imediato” (SANDRONI, 1999, p. 285).

¹² Para ser coerente com o libertarianismo, o critério dessa melhora deve ser estabelecido pelas próprias pessoas afetadas pela conduta paternalista: “In our understanding, a policy is ‘paternalistic’ if it tries to influence choices in a way that will make choosers better off, as judged by themselves” (THALER; SUNSTEIN, c2008, p. 5).

¹³ “Libertarian paternalism is a relatively weak and nonintrusive type of paternalism, because choices are not blocked or fenced off. In its most cautious forms, libertarian paternalism imposes trivial costs on those who seek to depart from the planner’s preferred option. But the approach we recommend nonetheless counts as paternalistic, because private and public planners are not trying to track people’s anticipated choices, but are self-consciously attempting to move people in directions that will promote their welfare” (SUSTEIN; THALER, 2003, p. 4).

¹⁴ O verbo utilizado pelos autores é *nudge*, cuja tradução literal pode ser cutucar ou acotovelar. Contudo, no contexto em que se encontra, a tradução incitar parece mais adequada: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives” (THALER; SUNSTEIN, c2008).

meramente corretiva, agindo de forma diligente na promoção do bem-estar das pessoas; contudo, ao fazer isso, não pode impor custos indevidos àqueles que prefiram não adotar a opção paternalista, preservando-lhes a liberdade.

3.1. Sobre a adequação do paternalismo libertário às premissas do libertarianismo

A proposta do *paternalismo libertário* não parece destoar das premissas libertárias. Em nenhum momento se admite a utilização dos indivíduos como simples instrumentos para fins alheios a eles mesmos, na medida em que a liberdade de escolha é preservada. Na verdade o fim almejado pelo paternalismo libertário é o bem-estar dos indivíduos, segundo os seus próprios critérios.

Nesse sentido, a afirmação de que a teoria libertária é necessariamente antipaternalista está equivocada. Ao que parece, os que pensam assim, como Sandel (2011), têm uma concepção de paternalismo estreita demais.

De acordo com a Thaler e Sunstein (2003), a palavra “paternalismo” deve ser considerada apenas descritiva de uma atitude voltada para a promoção do bem-estar dos indivíduos por meio de condução comportamental. Assim apresentado, o paternalismo, por si só, não implica violação à liberdade individual. O que faz com que o ele seja coerente ou não com o libertarianismo é a forma como a condução comportamental é realizada: se a liberdade de escolha é preservada, o paternalismo é libertário; se a liberdade de escolha é cerceada, o paternalismo não pode ser considerado libertário.

Fora isso, o paternalismo libertário pode ser não apenas legítimo, mas também desejável para promover o desenvolvimento social, sem, contudo, lançar mão de métodos redistributivos, que são execrados pela teoria libertária. Ao fornecer melhores condições de escolhas para todas as pessoas, o Estado contribui para a diminuição da desigualdade, na medida em que diminui os efeitos negativos da disparidade informacional e cognitiva entre indivíduos:

Na verdade a noção de paternalismo libertário deve ser complementada pela de benevolência libertária, por meio da qual os *starting points*, *framing effects* e *default rules* são engajados no interesse de grupos vulneráveis (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 4, tradução nossa).¹⁵

¹⁵“In fact the notion of libertarian paternalism might be complemented by that of libertarian benevolence, by which starting points, framing effects, and default rules are enlisted in the interest of vulnerable third parties”.

4. A intervenção estatal no domínio econômico no contexto do Estado Democrático de Direito

A derrocada do laissez-faire proposto pelo liberalismo clássico, que se tornou patente após a Primeira Guerra Mundial, fez com que crescesse a demanda por soluções oriundas do Estado. Passou-se a exigir uma ação estatal sobre o mercado, no intuito de corrigir suas falhas e promover determinados objetivos de política econômica. Nesse momento, surge o que se entende por Direito Econômico: trata-se de um “conjunto de normas do sistema positivo que tem por objeto a judicialização da política econômica do Estado” (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008, p. 3). Nesse contexto, a intervenção estatal na economia deixa de ser vista com maus olhos, para ser encarada como uma solução para salvar o capitalismo¹⁶.

Atualmente, o Direito Econômico no Brasil é constitucionalizado, nos artigos 170 a 179 da CF, que trazem as diretrizes básicas para a atuação estatal no domínio econômico. Ela pode ocorrer por meio de uma ação normativa (intervenção indireta) ou de uma ação participativa (intervenção direta).

Agindo de forma participativa, o Estado intervém diretamente na economia, atuando como agente econômico ao lado do setor privado. Nesse caso, o Estado está inserido na atividade econômica, produzindo bens e prestando serviços. É o que se vê, por exemplo, com as instituições financeiras estatais, como a Caixa Econômica Federal.

Por outro lado, ao adotar uma ação normativa, o Estado intervém indiretamente no do-

mínio econômico, atuando de fora para dentro do mercado, mediante a criação de normas jurídicas que ordenam o processo produtivo.

Em face dos fins objetivados neste trabalho, tratar-se-á apenas da intervenção por ação normativa, isto é, indireta. A intenção é verificar as condições legais para o Estado agir como um “arquiteto de escolhas”¹⁷, capaz de promover o bem-estar das pessoas, sem lhes cercear a liberdade.

4.1. Formas de intervenção indireta no domínio econômico

A intervenção indireta no domínio econômico se caracteriza pela ação normativa do Estado com intuito de ordenar a atividade econômica segundo os ditames constitucionais (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008). Ela está prevista no art. 174 da CF, que atribui ao Estado o papel de agente normativo e fiscalizador da atividade econômica, mediante exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A fiscalização é feita por meio do poder de polícia do Estado, coibindo atos ilícitos. Essa função é exercida principalmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que cuida de assuntos relacionados ao exercício do poder econômico, e pelas agências reguladoras, que foram criadas para fiscalizar a prestação de serviços públicos concedidos ao setor privado.

O incentivo, por sua vez, pode ser entendido como uma “atividade administrativa de satisfação de necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que direta ou indi-

¹⁶ É interessante notar que a proposta de intervenção estatal veio da própria Economia, e não de uma imposição legal. Foi com John Maynard Keynes que a participação ativa do Estado na economia passou a ser vista como necessária para restabelecer a ordem e a prosperidade (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008).

¹⁷ “A choice architect has the responsibility for organizing the context in which people make decisions” (THALER; SUSTEIN, c2008, p. 3).

retamente as satisfaçam” (MONCADA apud VINHA, 2005, p. 13-14). Essa função pode ser exercida por meio de criação de incentivos fiscais e instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, dentre outros.

A função de planejamento consiste em instituir diretrizes e metas a serem observadas e alcançadas pela atividade econômica. De acordo com o art. 174 da CF, o planejamento é determinante para o setor público e apenas indicativo para o privado. Por esse motivo, os agentes econômicos privados não estão vinculados ao planejamento econômico estatal, cabendo-lhes decidir se preferem aderir ou não ao plano criado pelo poder público (SANTOS JÚNIOR, 2008).

É interessante a lição de Eros Grau (2012) sobre as formas de intervenção indireta no domínio econômico. Segundo ele, o Estado pode adotar uma postura intervenciva focada na direção ou na indução. A primeira é caracterizada pelo uso significativo do poder de polícia, adotando normas cogentes, que visam proibir ou estimular condutas por meio de sanções punitivas. É essa a postura normalmente adotada pelas agências regulatórias, que fiscalizam e aplicam penalidades às concessionárias de serviço público. Por outro lado, a intervenção por indução é realizada mediante normas desprovidas de cogênciia, que deixam aberta a possibilidade de não seguir o comando normativo. Essa postura voltada para a indução deixa clara a preferência pelo incentivo de boas condutas em vez de centrar-se apenas na punição das que são ilícitas.

No caso das normas de intervenção por indução, defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogênciia que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas; não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatá-

rios, mas – na dicção de Modesto Carvalhosa – no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcendente os limites do querer individual” (GRAU, 2012, p. 144).

A intervenção por indução apresentada por Eros Grau pertence ao universo do Direito promocional, nos moldes dos ensinamentos de Bobbio, para quem, recentemente, o Direito passou a ser definido mais pela sua função promotora que pela sua estrutura normativa clássica. Esse novo direito deve não apenas punir, mas agir especialmente mediante “sanções positivas, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘incentivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, [...] mas, sim, a ‘promover a realização de atos socialmente desejáveis’” (BOBBIO, 2007, p. XII).

4.2. Sobre a possibilidade do paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito

Parece evidente que nem sempre o Estado precisa lançar mão da coação para cumprir suas funções. Com efeito, a intervenção por indução, ilustrada por Eros Grau (2012), com base na CF, vai ao encontro do paternalismo libertário, na medida em que pretende alcançar os objetivos de política econômica e promover o desenvolvimento socioeconômico, implicados no bem-estar individual e social, sem impor restrições à liberdade das pessoas.

Não há incompatibilidade entre paternalismo libertário e intervenção por indução, pautada na ideia de Direito promocional. É verdade que Sunstein e Thaler não partem dos mesmos pressupostos que Eros Grau e Bobbio. Porém, se por um lado a ideia expressa pela palavra *nudge*, cuja tradução pode ser *incitar*, está ligada a conduções comportamentais não coercitivas, por outro, a intervenção por indu-

ção também inclui mecanismos de incitação, a fim de conduzir o comportamento das pessoas de forma não coercitiva. Isso fica claro quando Eros Grau se refere às normas de intervenção por indução:

Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como *comando*, é substituída pelo expediente do *convite* – ou, como averba Washington Peluzo Albino de Souza – de “*incitações, dos estímulos, dos incentivos de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado*” (GRAU, 2012, p. 144, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, ao tratar da diferença entre medidas diretas e indiretas adotadas pelo ordenamento jurídico para obter conformidade às normas, Bobbio afirma:

[Medidas indiretas] visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento (BOBBIO, 2007, p. 16).

A intervenção por indução pode ser implementada, por exemplo, pela adoção de normas-padrão acompanhadas de restrições procedimentais, pensadas para “garantir que todo desvio [das normas-padrão] seja plenamente voluntário e inteiramente racional” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 30, tradução nossa)¹⁸. As restrições procedimentais impõem obstáculos à conduta que, embora não seja em si mesma proibida, é desestimulada pela dificuldade criada pelos obstáculos. É preciso ter

em conta, porém, que essas restrições não são justificadas a partir da simples discordância do Estado com a escolha das pessoas; elas só serão legítimas se a peculiaridade da situação levar a crer que os indivíduos tendem a tomar decisões precipitadas, das quais se arrependem posteriormente. Esse instrumento intervencionista poderia ser útil para regular, entre outros casos, o regime de bens do casamento de pessoa maior de setenta anos. Em vez de impor coercitivamente a separação de bens, como faz atualmente o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, seria interessante estabelecer restrições procedimentais que, por um lado, dificultariam a adoção de outro regime que não o de separação universal e, por outro, manteriam a liberdade de escolha dos nubentes.

Valendo-se da tendência de manutenção das normas-padrão por parte dos indivíduos, o Estado pode, no campo fiscal, estabelecer por padrão regimes tributários que atendam aos objetivos de política econômica, deixando em aberto a possibilidade de preferir não segui-las, para escolher outros regimes.

É possível também equilibrar a assimetria informacional entre os agentes econômicos, promovendo a divulgação de informações relevantes sobre os bens que estão sendo oferecidos no mercado. Com mais informação à disposição dos agentes econômicos, o mercado funciona de forma mais transparente, garantindo melhores condições para os indivíduos escolherem bem. Exemplo de norma que visa ao equilíbrio da assimetria informacional é a Resolução nº 3.517, de 6/12/2007, do Banco Central do Brasil, que impõe às instituições financeiras e às sociedades de arrendamento mercantil o dever de informar o Custo Efetivo Total (CET) nas operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas, microempresas ou empresas de pequeno porte. Essa norma

¹⁸“Designed to ensure that any departure [from the default rules] is fully voluntary and entirely rational.”

não interfere diretamente na contratação; apenas exige que sejam prestadas informações precisas sobre o que está em jogo no negócio entre as partes.

A instituição de pontos de partida interpretativos mais favoráveis aos agentes econômicos mais vulneráveis tende a corrigir os abusos cometidos por aqueles que detêm maior poder no mercado. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, apresenta diversos pontos de partida interpretativos favoráveis ao consumidor, que é tido como hipossuficiente em relação ao fornecedor. Por serem apenas pontos de partida, a interpretação final de cada caso ainda não foi realizada, podendo ser tanto mais favorável ao consumidor quanto ao fornecedor.

5. Conclusão

A liberdade é o direito individual por excelência, que capacita o indivíduo para alcançar sua felicidade, que só é possível no contexto da busca pelos fins que cada um elege para si, de acordo com a concepção de “vida boa” que adota. A condição de igual liberdade de todos impõe restrições à utilização dos seres humanos como meros meios. Ninguém pode ser utilizado simplesmente como instrumento para atingir fins alheios a si mesmo, porque os indivíduos são invioláveis.

O paternalismo libertário apresenta-se como uma medida interventionista mínima, que visa à promoção do bem-estar das pessoas, sem impor restrições à liberdade, na medida em que poderão facilmente evitar a sugestão paternalista. Por esse motivo, ele é coerente com a liberdade individual, já que não trata os indivíduos simplesmente como objetos.

Na matriz do Estado Democrático de Direito, o poder público tem a obrigação de atuar no domínio econômico, no intuito de atender aos objetivos de política econômica, segundo os princípios previstos na Constituição de 1988. Entre as formas possíveis de atuação, o Estado pode lançar mão daquelas pautadas na ideia de indução, que têm o escopo de estimular ou inibir determinadas condutas, para promover o bem-estar das pessoas, sem, contudo, restringir injustamente a liberdade dos agentes econômicos. Nesse sentido, a ideia de paternalismo libertário está presente no ordenamento jurídico brasileiro, na matriz do Estado Democrático de Direito.

Intervindo mediante indução, o poder público estará em melhores condições para alcançar os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da CF, conciliando, na maior medida possível, a redução das desigualdades sociais com a liberdade individual.

Sobre os autores e financiamento

Bruno Anunciação Rocha é mestrado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa Núcleo Justiça e Democracia do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: bruno.a.rocha@gmail.com

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; é professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa CNPq Núcleo Justiça e Democracia; Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore, Baltimore, Maryland, Estados Unidos da América; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: marcelogaluppo@uol.com.br

Este artigo contou com financiamento do Programa Pesquisador Mineiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), não havendo qualquer conflito de interesse que envolva sua publicação.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁹

LIBERTARIAN PATERNALISM AND THE OF LAW

ABSTRACT: Although the Libertarian Theory provides a Justice conception in which the State can only act correctively, there is some difficulties to forward this theory in actual situations, since, according to behavioral economics analysis, the Law influences people behavior in such an unavoidable way, even without Law enforcement. The results presented by such researches criticize the notion of homo economicus itself, so important to Libertarianism. The trouble is however overruled when one takes in consideration the idea of Libertarian Paternalism, which lets the people behave in order to improve their welfare, according to their own standards, providing nevertheless their freedom to chose whatever they find to be the best for them. Thus, the Libertarian Paternalism doesn't seem to deviate from Libertarianism at all, since, on one hand, although it advances the people's welfare, on the other hand it doesn't restrict their free will. In Brazil, it seems to be possible that the State intervene in a paternalistic way according to libertarian economic standards if it nudges the citizens in such a way as suggested by Eros Grau in his work.

KEYWORDS: LIBERALISM. LIBERTARIANISM. PATERNALISM. PUBLIC POLICY. RULE OF LAW.

Referências

BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty. New York: Oxford University, 1969. 213 p.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. 285 p.

¹⁹ Sem revisão do editor.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; OLIVEIRA, Lourival José de. Intervenção do estado no domínio econômico: síntese econômica, filosófica e jurídica e perspectivas para a economia globalizada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 12, p. 9-22, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 10, n. 19, p. 105-117, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/1007424/Matrizes_do_pensamento_jur%C3%ADlico_um_exemplo_a_partir_da_literatura>. Acesso em: 9 jun. 2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica). 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 384 p.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1.471-1.550, maio 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Ed. 70, 2007.

NOZICK, Robert. Anarquia, estado e utopia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. 476 p.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 383 p.

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 349 p.

SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Best Seller, 1999. 646 p.

SANTOS JÚNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 3. n. 3, p. 244-264, set./dez. 2008.

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. 14 set. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92810,41046-STJ+busca+parametros+para+uniformizar+valores+de+danos+morais>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *University of Chicago Law Review*, n. 70, p. 1159-1202, 2003.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, c2008.

VINHA, Thiago Degelo. Estado e economia: o intervencionismo estatal no atual cenário jurídico-econômico brasileiro. *Hórus – Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas*, Ourinhos, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://portaladm.estacio.br/media/3708898/artigo-thiago.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

VITA, Álvaro de. Liberalismo contemporâneo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 55-65.

As atribuições do vereador nas políticas públicas de garantia dos direitos da criança e do adolescente em Porto Alegre

ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO

ELIZANDRO SILVA DE FREITAS SABINO

Resumo: O artigo analisa a competência do Poder Legislativo municipal na propositura de políticas públicas para a garantia de direitos de crianças e adolescentes. Com esse intuito, aborda a competência do Poder Legislativo de forma ampla, antes de aprofundar-se na organização e nas competências dos vereadores. Pretende, ao final, demonstrar o papel fundamental desempenhado pelo Legislativo municipal na promoção de políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes, evidenciando os instrumentos utilizados e as barreiras enfrentadas para a perfectibilização de suas competências.

Palavras-chave: Vereador. Políticas públicas. Criança. Adolescente.

Introdução

A proposta da presente análise é estudar, em uma perspectiva sociojurídica e transdisciplinar, a atuação do Legislativo – em específico, as atribuições do vereador – na promoção de políticas públicas de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a fim de verificar os meios e as dificuldades do Legislativo municipal na perfectibilização dessa função.

O objetivo primordial desta análise é, portanto, verificar a atuação dos vereadores nas políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente, bem como os impactos dela advindos.

Têm-se ainda os objetivos específicos de analisar o papel do Legislativo, *lato sensu*, na promoção de políticas públicas; as competências e

as atribuições dos vereadores; e o impacto da atuação das competências dos vereadores nas políticas públicas, em especial nas de garantia de direitos a crianças e adolescentes.

Visa-se a responder à problemática de como o Poder Legislativo municipal, via vereadores, atua para promover políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para a garantia de direitos de crianças e adolescentes.

Parte-se de duas hipóteses para dirimir a problemática proposta: o Legislativo tem competência para a promoção de políticas públicas, por meio de seus agentes, os vereadores, com a votação de projetos do Executivo e a criação de leis e emendas; ou, de forma oposta, evidencia-se a inexistência de condições para que os vereadores promovam políticas públicas de garantia de direitos de crianças e adolescentes, em razão da apatia política do Legislativo (visa-se apenas à manutenção do mandato eletivo), e em razão das limitações impostas pela lei, que restringe a atuação do Legislativo.

Considerando-se os objetivos pretendidos e a problemática presente na análise, o estudo justifica-se, pois se enfatiza a esfera municipal, aquela em que verdadeiramente se dá o contato entre o poder do Estado e os cidadãos e em que se captam as necessidades da sociedade, para sua posterior solução.

Opta-se também, entre os Poderes, pela análise do Poder Legislativo municipal e, consequentemente, dos seus agentes, os vereadores, pois são eles os mais próximos das demandas dos eleitores, os que melhor lidam com as necessidades básicas de cidadania. É nesse âmbito que se fomentam as discussões mais efetivas para a criação das normas e das bases das políticas públicas municipais.

Escolhido o Poder Legislativo municipal como vetor de análise, há de se adentrar no tema em questão: as políticas públicas para a defesa dos direitos das crianças e dos adoles-

centes, grupos que, pelas atuais transformações na legislação e no posicionamento governamental, vêm ganhando papel de destaque nas pautas legislativas em todo o país. Primeiramente, é necessário perceber quem são os vereadores, quais os requisitos para a candidatura, como se dá a escolha desses agentes políticos e qual a quantidade de membros por Casa Legislativa, bem como conhecer suas competências, ponto mais essencial para a presente análise. Esse conhecimento será imprescindível a fim de que se possa, *a posteriori*, vincular tais competências e atribuições às necessárias políticas públicas para crianças e adolescentes.

Para a concretização da análise, adota-se o método hipotético-dedutivo, pois se parte do problema, que surge em razão dos conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto, os quais não são suficientes para explicá-lo. Nesta metodologia, a teoria deve ser testada com base na experiência.

A pesquisa científica que adota o método hipotético-dedutivo tem início com um problema. A partir de então, buscam-se conhecimentos e instrumentos que possam contribuir para a sua resolução. Depois, procede-se à observação, testando-se aqueles conhecimentos e instrumentos antes identificados.

Utiliza-se também o método procedimental monográfico, caracterizado por considerar tanto o estudo de aspectos particulares quanto o conjunto complexo de atividades, grupos e cooperativas.

Os resultados obtidos referem-se a um Poder Legislativo com potencial destacado no que tange à promoção de políticas públicas. Na esfera municipal, os vereadores, pelo contato direto com os problemas da comunidade, detêm a melhor posição para a propositura e o direcionamento de políticas públicas, em especial daquelas voltadas para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Isso,

entretanto, só se faz possível quando, por iniciativa individual de cada agente legislativo municipal, rompe-se com a cultura de apatia política e de ênfase aos interesses próprios – em outras palavras, quando os legisladores se utilizam de suas atribuições, particularmente daquelas voltadas à apreciação do orçamento e à apresentação de emendas, para superar as limitações normativas, a fim de ver efetivada a competência do Poder Legislativo quanto à promoção de políticas públicas.

1. O papel do Poder Legislativo na fiscalização e no controle de políticas públicas

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, reconhece como entes da federação a União, os estados e os municípios, definindo o papel de governo como investidura temporária e com acesso pela via eleitoral. Reconhece ainda a autonomia das entidades territoriais, com competências exclusivas determinadas por lei. Assim, com fundamento na ideia de Estado Democrático de Direito, estabeleceu-se definitivamente a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário como um dos pilares que sustentam a República brasileira:

O princípio universalmente consagrado de independência e harmonia dos Poderes se acha afetado, nas modernas democracias, pelo princípio dos freios e contrapesos elaborado na doutrina e na prática governamental dos norte-americanos. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário, por conseguinte, muito embora conservem cada qual sua própria configuração institucional, coexistem e funcionam conjugadamente, mediante cooperação e controle recíprocos, e de tal sorte que nenhum se coloca superiormente aos demais (MELLO, 1984, p. 19).

A existência dessa separação é regida pela norma de autonomia e harmonia entre os os poderes, conforme disciplina o art. 2º da Constituição Federal, tanto na esfera federal quanto na estadual. Na esfera municipal, há somente os Poderes Legislativo e Executivo o Poder Judiciário estadual supre essa lacuna.

Uma das maiores atribuições do Poder Público é a promoção de políticas públicas, a fim de indicar rumos de atuação do Estado nas áreas essenciais da sociedade:

Políticas públicas são princípios norteadores da ação do Poder Público, e são diretrizes, procedimentos e regras que determinam as relações entre o Estado e os atores sociais a que se destinam as aplicações de recursos públicos e os benefícios sociais, concretizados em programas, financiamentos e leis que traduzem a natureza e as prioridades de determinado regime político (TORRENS, 2013, p. 1).

Da mesma forma, é por meio das políticas públicas que o Estado garante os direitos expressos na Constituição Federal:

O Estado é uma instância onipresente na vida de todos os cidadãos de um país e, em todas as suas diversas estruturas e poderes, torna-se responsável direto pelo estabelecimento e desenvolvimento das condições de vida de uma população. Direitos constitucionais básicos dos cidadãos, como o acesso à alimentação, educação e saúde, são por ele definidos e implementados. Seu instrumento de atuação são as políticas públicas por ele desenvolvidas, as quais deveriam estar orientadas para arbitrar de forma justa e equilibrada as tensões sociais, promovendo a igualdade entre os cidadãos e a melhora de sua qualidade de vida (COSTA, 2005, p. 1262).

Atualmente, a Constituição Federal articula as bases para um Poder Legislativo autônomo, atuante na criação das leis e na fiscalização

da administração pública e detentor de prioridade no processo decisório governamental:

As principais evidências disso, algumas simbólicas e outras de natureza objetiva, são: o artigo 2º da Constituição que inicia a enumeração dos Poderes da União (independentes e harmônicos entre si) pelo Legislativo; as amplas competências legislativas atribuídas ao Congresso Nacional pelos arts. 48 e 49 conjugadas com as proibições de delegação do art. 68; a prerrogativa de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo por meio de ações de quaisquer de suas Casas; as prerrogativas do Poder Legislativo na apreciação – com amplos e efetivos poderes de emenda – e aprovação dos instrumentos de planejamento (plano plurianual e demais planos e programas previstos na Constituição) e orçamento do setor público (leis de diretrizes orçamentárias, leis orçamentárias anuais e créditos adicionais); a amplitude das competências para a fiscalização das entidades da administração direta e indireta fixadas pelos arts. 70 a 72; as abrangentes competências das Comissões permanentes; e as responsabilidades que são atribuídas ao Parlamento na apreciação das contas da Administração (SANCHES, 2002, p. 6).

Na divisão dos Poderes da República brasileira, o Poder Legislativo é um destacado proponente de políticas públicas; todavia, acaba por ter essa função sobrepujada pela atuação de frente do Poder Executivo, que está em melhor posição para a condução e a implementação de políticas públicas, dotado de “um amplo conjunto de recursos de poder, tornando inequívoca sua predominância na iniciativa de propostas para a gestão estatal e condução de políticas públicas” (SILVA; ARAÚJO, 2010).

O que se pretende é apresentar o Poder Legislativo como ator constituinte da democracia representativa, consolidada na Constituição Federal de 1988, e o modo como ele se relaciona com o Poder Executivo na formulação, discussão e implementação de políticas públicas.

Quanto a isso, a atuação do Poder Legislativo, *prima facie*, é legislar, como parte integrante do poder político estatal, bem como fiscalizar as atividades do Poder Executivo:

tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções, que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer que a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, mas deve influir na realidade social. Isto é, não pode ser simplesmente lei de arbitragem, lei que arbitra, simplesmente, os conflitos interindividuais ou intersubjetivos, como ocorria no Estado liberal, apenas visando a manutenção da ordem. Há, também, que ser lei de transformação, lei destinada a interferir na direção da economia e realizar o desenvolvimento nacional. Ela é, por isso, reconhecida como o instrumento institucional de maior importância no controle social (SILVA, 2010).

Também é atuar, de forma decisiva, no desenvolvimento de políticas públicas, pois:

representa a legitimação, o controle político, a fiscalização e a vigilância sobre a atividade governamental e canal de comunicação entre os que detêm o poder político e os governados, tornando efetiva a participação do Parlamento na condição de política de governo (AMARAL JÚNIOR, 2005; SILVA, 2010).

O sistema jurídico, baseado nas formulações constitucionais, assegura ao Poder Legislativo, em todas as suas esferas, destacada e ampla participação na propositura de políticas públicas; contudo, legislar e fiscalizar são atribuições muito amplas, constituindo, em verdade, a competência para participar da elaboração do orçamento, a real ferramenta do Poder Legislativo para a implementação de políticas públicas.

Em suma, a participação do Poder Legislativo na promoção de políticas públicas se dá,

prioritariamente, quando da sua atuação na apreciação, na votação e na apresentação de emendas ao Plano Plurianual (PPA); à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e à Lei Orçamentária Anual (LOA), em cada uma das esferas legislativas, nacional, estadual e municipal.

A atuação nas alocações de recursos de forma concreta, via orçamento, é de suma importância. A participação do Poder Legislativo, sem essas previsões orçamentárias, seria basicamente uma participação ficcional, resultado de planos detalhados e abrangentes, o que acarretaria um grau elevado de generalidade e traria pouca ou nenhuma efetividade ao direcionamento orçamentário

O direcionamento de recursos tem ligação direta com a implementação de políticas públicas, servindo de base concreta para estabelecer decisões com o intento de prestar serviços e de atender as demandas de determinadas parcelas da sociedade, como é o caso de crianças e adolescentes.

Além da atuação do Poder Legislativo no planejamento orçamentário da União, dos estados e dos municípios, a Constituição prevê mais alguns instrumentos de atuação legislativa:

Além dessas, a Constituição de 1988 articula outras prerrogativas que ampliam a participação do Poder Legislativo nos processos de formulação e avaliação de políticas públicas, dentre as quais merecem realce: a) a de convocar autoridades, requisitar informações e realizar audiências públicas; b) a de realizar investigações sobre fatos determinados por meio de comissões parlamentares de inquérito; c) a de realizar o acompanhamento e a fiscalização de gastos públicos por meio de comissões permanentes; d) a de fiscalizar e controlar os atos do Executivo (podendo sustar os que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa); e) a de dispor sobre o sistema tributário e arrecadação; f) a de

exercer o controle sobre garantias a empréstimos externos e sobre os acordos internacionais (SANCHES, 2002, p. 8).

Entre todos os instrumentos por meio dos quais o Legislativo atua no campo das políticas públicas, os principais são os processos relativos ao Plano Plurianual (PPA), à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e à Lei Orçamentária Anual (LOA), em razão do caráter periódico, estruturado e objetivo dessas leis, assim como pela sua condição de meio para formalizar as decisões estratégicas e para realizar as alocações de recursos.

Com vistas ao direcionamento da presente análise, referente ao município de Porto Alegre, registre-se que a competência para o Legislativo municipal, ou seja, a Câmara de Vereadores, atuar sobre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual está prevista na Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, mais precisamente no art. 56, inciso II:

Art. 56 – Os assuntos de competência do Município sobre os quais cabe à Câmara Municipal dispor, com a sanção do Prefeito, são, especialmente:

[...]

II – matéria orçamentária: plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública; (PORTO ALEGRE, 1990).

Considerada a previsão legal da instrumentalização da atuação concreta do Legislativo municipal na promoção de políticas públicas, resta a derradeira ressalva quanto ao funcionamento de tais institutos.

De forma concreta, tanto o Plano Plurianual quanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias acabam por não ser o real instrumento de desenvolvimento de políticas públicas, não só no âmbito municipal, mas nas demais esferas

governamentais. Isso se deve ao fato de que eles indicam metas, objetos e diretrizes – para o período de uma legislatura (quatro anos), no caso do Plano Plurianual, e para o período de um ano, no caso da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Na prática, o instrumento para a promoção de políticas públicas é a Lei Orçamentária Anual (LOA), que, anualmente, de forma específica e concreta, direciona recursos para determinadas áreas. Ela não só é apreciada pelo Legislativo, uma vez que é formulada pelo Poder Executivo, mas também pode receber emendas de autoria dos parlamentares, a fim de contemplar necessidades não abarcadas no projeto original.

Percebe-se, portanto, que o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias até direcionam a distribuição de recursos e a implementação de políticas públicas, mas, de forma específica e concreta, é pela Lei Orçamentária Anual que a atuação do Poder Legislativo na promoção de políticas públicas se perfectibiliza. É a votação, com a respectiva aprovação ou reprovação de medidas específicas, ou são ainda as emendas feitas pelo vereadores que, de forma direta, alteram e direcionam recursos para determinadas áreas do município, o que fomenta as políticas públicas.

2. As competências e as atribuições do vereador

Os vereadores são agentes políticos, eleitos pela sociedade, que atuam no Legislativo municipal, criando e alterando leis, bem como fiscalizando, julgando e auxiliando o Poder Executivo municipal. Para a elegibilidade, há, além da exigência da idade mínima de dezoito anos, prevista no art. 14, § 3º, IV, “d”, da Constituição Federal, requisitos como: a) residir no muni-

cípio em que concorrerá; b) estar filiado a um partido político há pelo menos um ano antes da eleição; c) estar em dia com a Justiça Eleitoral; d) ser alfabetizado; e) ser brasileiro. A escolha se dá por voto obrigatório, sufrágio universal, mediante pleito direto e simultâneo, realizado em todo o país. O mandato é de quatro anos, não havendo limite para reeleições, conforme o inciso I do art. 29 da Constituição Federal. A Carta Magna também prevê, em seu art. 29, inciso IV e alíneas, a quantidade de vereadores por município, e, no art. 29-A, a remuneração, na forma de subsídio (BRASIL, 1988).

Quanto às competências e às atribuições, os vereadores têm quatro funções precípuas: legislativa, julgadora, fiscalizadora e de assessoramento ao Executivo:

Quer dizer, competência é um poder, ou modalidade de poder, que serve para realizar uma função. [...] a capacidade jurídica de agir de uma pessoa jurídica estatal de caráter político e de existência permanente, também de seus agentes. Mais, será fundamental para a definição de competência legislativa que pretendemos defender, qual seja aquela pela qual fica estabelecida a capacidade dessas pessoas jurídicas estatais e seus agentes, para editar normas jurídicas primárias, isto é: normas inovadoras, ou modificadoras do ordenamento jurídico vigente e na forma do processo legislativo constitucionalmente previsto (lei em sentido formal), via de regra mediante a edição de atos de conteúdo geral e abstrato (lei em sentido material) (RODRIGUES, 2010, p. 6).

A função legislativa consiste na elaboração de leis de competência do município. Inclui discutir e votar projetos de lei, apresentar emenda a eles, além de aprovar ou rejeitar os vetos do prefeito.

A função julgadora, por sua vez, diz respeito ao julgamento das contas públicas no

âmbito dos municípios, bem como à apreciação das infrações político-administrativas de vereadores e prefeitos.

Em linhas gerais, o poder julgador é exercido via convocação do prefeito e de seus secretários para esclarecimentos perante o plenário da Câmara e pela instauração de inquérito parlamentar para apuração de fato gravoso relacionado a alguma prática governamental ilícita:

É de natureza parajudicial e de caráter punitivo, por isto mesmo sujeito aos rigores formais e à garantia de ampla defesa, o processo e julgamento, pelos Vereadores, do Prefeito e dos próprios Vereadores por infração político-administrativa, cuja prática comprovada e inescusável poderá acarretar a cassação do mandato do agente político responsável (MELLO, 1984, p. 31).

A função fiscalizadora está associada ao poder-dever dos vereadores de fiscalizar a administração pública, ou seja, o Poder Executivo municipal, na aplicação dos recursos e no respeito ao orçamento, mediante pedido de informação. A fiscalização é feita por meio de controle duplo: primeiramente, controle externo dos vereadores; depois, controle interno do Executivo. O primeiro é exercido com a ajuda do Tribunal de Contas do Estado e consiste num parecer prévio sobre as contas que o prefeito presta anualmente. O parecer é fundamental para o julgamento das contas, conforme o art. 31 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Não se trata apenas de fiscalizar a lisura do Executivo na aplicação dos recursos públicos e de promover a responsabilização do Prefeito nos casos dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas. Consiste, também, em acompanhar de perto a ação do Prefeito e dos seus principais auxiliares, os Secretários Municipais, para verificar se eles estão agindo conforme o bem comum e o interesse público (MELLO, 1984, p. 31).

O vereador desempenha papel importante no apoio e na discussão das políticas públicas por intermédio dos debates e das propostas elaboradas em torno dos planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias municipais.

Há, além da previsão de competência municipal da Constituição Federal em seu artigo 30, competências e atribuições especificamente direcionadas aos vereadores em cada Município. Estas estão descritas nas Leis Orgânicas municipais e nos Regimentos Internos das Câmaras de Vereadores.

Para melhor visualização, separa-se o caso do município de Porto Alegre, onde o Regimento Interno da Câmara de Vereadores estabelece as competências e as atribuições dos membros daquela casa:

- Art. 215. Compete ao Vereador:
- I – participar das discussões e deliberações do Plenário;
 - II – votar na eleição:
 - a) da Mesa;
 - b) da Comissão Representativa;
 - c) das Comissões Permanentes;
 - III – usar da palavra em Plenário nos termos regimentais;
 - IV – apresentar proposição;
 - V – cooperar com a Mesa para a ordem e eficiência dos trabalhos;
 - VI – usar os recursos previstos neste Regimento;
 - VII – exercer as funções de fiscalização das atividades e dos negócios públicos municipais. (PORTO ALEGRE, 2013)

Como há a previsão de competências, há os deveres, também expressos nos Regimentos Internos das Câmaras Municipais, a exemplo da de Porto Alegre:

- Art. 216. São deveres do Vereador:
- I – residir no Município;
 - II – comparecer à hora regimental nos dias designados para abertura das sessões e reuniões de Comissão;
 - III – comparecer às sessões plenárias com traje passeio completo ou pilcha gaúcha;
 - IV – votar as proposições submetidas à deliberação da Câmara, salvo nos casos previstos no inciso III do art. 66 da Lei Orgânica do Município;
 - V – comunicar sua ausência, quando tiver motivo justo, para deixar de comparecer às sessões plenárias ou às reuniões das Comissões (PORTO ALEGRE, 1992).

É imperioso destacar que esses deveres podem sofrer alteração, a depender de cada Câ-

mara Municipal; todavia, seguem alguns princípios comuns a todos os Regimentos, como assiduidade, moralidade e participação.

Vistas essas noções gerais sobre as competências e as atribuições da vereança, podem-se enumerar algumas funções impostas aos agentes políticos do Legislativo municipal:

- a) estar presente nas sessões;
- b) participar dos trabalhos na Câmara, em geral;
- c) debater assuntos da ordem do dia;
- d) discutir assuntos de interesse do Município;
- e) assumir a tribuna da Câmara para discutir sobre o tema que lhe aprouver, na forma regimental;
- f) assistir às reuniões das comissões da Câmara;
- g) apresentar projetos de lei, desde que não versem sobre matéria de iniciativa exclusiva do Prefeito, sob pena de constitucionalidade;
- h) sugerir emendas a projetos de lei em tramitação na Câmara;
- i) fiscalizar as atividades do executivo, da Mesa e da Secretaria da Câmara;
- j) denunciar o Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores por infrações penais ou político-administrativas, acusando-os durante o processo perante a Câmara, neste último caso;
- k) solicitar informações ao Prefeito sobre assuntos de natureza administrativa e outros, na forma regimental, referentes a matéria legislativa ou sujeito a fiscalização da Câmara;
- l) apresentar requerimentos convocando o Prefeito, propondo homenagem, votos de louvor ou de pesar, inserção de discursos nos anais da Câmara, convocando sessões extraordinárias;
- m) fazer indicações, que é o meio pelo qual o Vereador sugere algo à administração, geralmente o Prefeito, visando a que este reali-

ze algo que é de sua competência exclusiva, como, por exemplo, o asfaltamento de uma via pública, ou a remessa de um projeto de lei à Câmara sobre matéria de iniciativa do Prefeito;

n) apresentar moção, que é o nome dado à propositura com que se apoia, se congratula ou se protesta (MELLO, 1984, p. 82-83).

Nota-se, portanto, que são indiscutíveis a função destacada que os vereadores assumem nos municípios, bem como a necessidade da participação ativa desses agentes políticos para que se possam criar e desenvolver políticas públicas no âmbito municipal.

humana, o poder emanado do povo, conforme consta em seu art. 1º. Definiu também objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação, o que está no art. 3º. Antecipou-se à normativa internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, e inaugurou uma nova fase de proteção sociojurídica à criança e ao adolescente, compreendendo-os como sujeitos de direitos – de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana – e credores de proteção integral e especial:

3. O vereador a as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente

Assim como ocorreu com a organização federativa e com a separação dos poderes, a promulgação da Constituição Federal de 1988 também foi marco da reestruturação do sistema protetivo dos direitos das crianças e dos adolescentes (CUSTÓDIO, 2009). Em seu art. 227, a Constituição Federal evidencia fortemente o novo pensamento do ordenamento jurídico brasileiro com relação a crianças e adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal trouxe fundamentos como a cidadania, a dignidade da pessoa

A despeito disso, não há dúvida de que foi somente com a Convenção que esta Doutrina (Proteção Integral) assumiu a condição de eixo-fundamental do Direito da Criança e do Adolescente em construção, erigindo-se num dos mais importantes instrumentos jurídicos à disposição dos movimentos sociais e políticos que fazem da luta em favor de crianças e adolescentes a sua *ratio essendi* (LIMA, 2001, p. 174).

Com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, consolida-se a efetiva proteção integral aos direitos das crianças e dos adolescentes. Evidencia-se assim que toda criança e todo adolescente são sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, portadores de prioridade absoluta, que devem receber proteção integral e especial, determinada pela Lei.

A adoção no ordenamento jurídico nacional da teoria da proteção integral traz reflexos muito claros não somente no que se refere aos conceitos e limites jurídicos sobre crianças e adolescentes, mas também no âmbito social, ético, moral, com o pleno reconhecimento de que seus direitos

básicos devem ser garantidos e que isto é dever do Estado, através de políticas públicas (sociais, econômicas, administrativas, judiciárias), da sociedade (atuação para que os direitos sejam concretizados) e da própria família (*locus privilegiado* do desenvolvimento da personalidade da criança e de onde advêm os valores que levará por toda a vida), atuando assim, como gestores da implementação de condições ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes pelo sistema integrado de garantia de direitos (COPATTI, 2011, p. 69).

O art. 204 da Carta Magna brasileira, como já mencionado, também é responsável pelo fortalecimento dos municípios, que ganham o status de entes federativos, autônomos e que “assumem a responsabilidade pela coordenação em nível local e a execução direta das políticas e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, em parceria com o Estado e as entidades não governamentais” (BRASIL, 1988).

É com base nessas constatações que surgem os questionamentos a respeito da existência de práticas que embasem tal responsabilidade dos municípios, bem como, verificada a existência de atividades com esse escopo, a respeito de sua efetividade.

Primeiramente, cabe destacar que a responsabilidade pela execução de políticas públicas relativas à criança e ao adolescente é do ente federativo comum, não apenas do Poder Executivo municipal, cuja atuação, como já destacado, depende do apoio e da fiscalização do Poder Legislativo municipal.

É nesse sentido que se faz presente a primeira circunstância negativa, pois, como bem se percebe no dia a dia de grande parte dos municípios brasileiros, há uma lacuna entre o teórico e o prático, neste caso devido aos interesses individuais de membros da Casa Legislativa e do Poder Executivo. O que prospera, e isto não é segredo, é o jogo de influências, o

interesse do particular em detrimento do coletivo, assim como a apatia política, fruto da preocupação exclusiva com a manutenção de mandatos eletivos, e não com as mazelas da sociedade.

Cabe ressaltar que o projeto de esfera pública não tem chance de prosperar enquanto a cidade do conflito estiver submersa em um mar de consensos fáceis ou pré-estabelecidos, enquanto imperar a apatia política e enquanto o discurso do possível impedir que se sonhe com futuros alternativos. Sua efetivação exige que a política, condição para a realização democrática, seja vista como possibilidade transformadora de significações e instituições ou como criação histórica (BARCELLOS, 2012, p. 59).

Há, sim, uma forte cultura de parlamentares que buscam orientar as políticas públicas para o atendimento de interesses particulares e também de interesses de seu nicho eleitoral. Por isso, acabam por negociar com o Poder Executivo o apoio necessário para tanto:

o sistema político brasileiro não gera condições motivacionais, e nem mesmo as institucionais, para que políticos baseiem suas carreiras políticas exclusivamente em vínculos pessoais e apartidários com os eleitores e com o Executivo. Não se pode assumir que, do ponto de vista dos retornos eleitorais buscados, parlamentares tenham preferências homogêneas quanto ao tipo de política pública a ser privilegiada. Os políticos têm a seu dispor várias estratégias para obter mandatos representativos e o Parlamento é constituído por políticos que perseguem objetivos diversos (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 305).

É evidente que, sendo o orçamento o meio pelo qual o Poder Legislativo exerce maior contato e, consequentemente, desenvolve políticas públicas, é ele também o meio que mui-

tos membros da Casa Legislativa utilizam para a manutenção de seus mandatos eletivos:

partindo da premissa de que o parlamentar legisla para sinalizar aos seus eleitores, a evidência dá conta de como realmente funcionam os incentivos eleitorais no Brasil: a lógica da interação entre candidato e eleitor em um distrito que é o estado federativo deve levar em consideração os maiores estímulos para o envolvimento direto em políticas distributivas de impacto amplo (RICCI, 2003).

Há, por sua vez, aqueles vereadores que tendem a sair da inércia política e buscam meios para dar efetividade às suas competências e atribuições; todavia, outra problemática se faz presente: os empecilhos normativos, que acabam por limitar os vereadores em sua atuação legislativa, deixando-a restrita às proposições de menor importância para a sociedade.

Neste caso, como se busca analisar grandes problemas municipais, como a ausência ou a falta de efetividade de políticas públicas, acaba-se, muitas vezes, por sair das competências e atribuições dos Vereadores.

São essas amarras constitucionais que cerceiam muitas das iniciativas do parlamentar e confirmam que um dos obstáculos do legislador está relacionado aos limites legislativos impostos pela Lei Orgânica, a Constituição Estadual e a Federal, transformando o parlamentar em mero espectador das iniciativas apresentadas pelo Executivo, homologador das decisões do governo ou, ainda, reduzindo sua atuação legislativa às proposições menores para a cidade, como nome de rua ou título de cidadão da cidade (FIORILO, 2008, p. 165-166).

A presente análise visa a superar os óbvios entraves na atuação dos vereadores quanto à promoção de políticas públicas referentes à criança e ao adolescente. Diante disso, é necessária a análise das funções legislativa, fiscalizadora e de apoio ao Poder Executivo, a fim de visualizar o caminho mais efetivo para o objetivo pretendido.

A função legislativa é a determinante em uma Casa Legislativa municipal e concretiza-se por meio de seus atores, os vereadores, que devem encarregar-se de criar e editar leis cujo objeto seja a proteção aos direitos de crianças e adolescentes.

A função legislativa dos vereadores torna-se efetiva quando esses agentes políticos conseguem desenvolver as prerrogativas expressas na Constituição Federal.

Entretanto, não é apenas com a criação de leis que os Vereadores podem contribuir; a contribuição também pode dar-se com os vetos a projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e com emendas à legis-

lação. Exemplos disso são o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), cuja iniciativa é do Poder Executivo. Eles, contudo, são emendados pelos vereadores a fim de que áreas como políticas públicas para crianças e adolescentes sejam contempladas e tenham um orçamento direcionado especificamente para seu desenvolvimento nos municípios.

Novamente, no caso de Porto Alegre, criança e adolescente se encaixam, dentro da Lei Orçamentária Anual, no Eixo Social – Programa Estratégico: Infância e Juventude Protegidas. Dentro desse programa, o vereador poderá incluir um projeto, atividades ou operação especial.

O Eixo Social tem como base as pessoas, a alma de nosso município. Estão contemplados programas para quem mais precisa e também que tratam de assuntos fundamentais para melhorar a qualidade de vida das pessoas: Infância e Juventude Protegidas, Porto Alegre Mais Saudável, Porto da Inclusão, Porto da Igualdade, Porto Viver e Segurança Integrada (PORTO ALEGRE, 2015).

São exemplos de atividades/projetos apresentados: “a) atendimento nas escolas infantis, via aquisição de área; b) auxílio financeiro às entidades, como creches; e c) aporte financeiro para comunidade terapêutica” (PORTO ALEGRE, 2015).

O Eixo Social, no qual as políticas públicas na área da criança e do adolescente se encaixam, compreende os programas voltados à promoção do desenvolvimento social, especialmente para os porto-alegrenses que mais precisam da ação governamental integrada. Busca prover aos cidadãos acesso à educação, à saúde, à cultura, ao lazer e à segurança. Dá também especial atenção às crianças, aos adolescentes e aos jovens, por meio de uma rede de proteção social que assegure seu desenvolvimento.

Quanto ao subeixo – no caso, o Programa Estratégico: Infância e Juventude Protegidas –, a finalidade é implantar políticas e promover ações para o integral cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que diz respeito:

à educação, saúde, segurança, assistência, ao esporte, à cultura e ao lazer. Tem como justificativa, garantir às crianças, adolescentes e jovens o acesso à educação, à saúde, à atenção social e às práticas esportivas, culturais e de lazer, com vistas a prevenir situações de vulnerabilidade e de risco social, a violência, a gravidez precoce e o uso de substâncias psicoativas, com o fortalecimento de vínculos afetivos com a família e a sociedade (PORTO ALEGRE, 2015).

Devem, pois, os vereadores propor emendas às Leis Orçamentárias Anuais e aos Planos Plurianuais, visando à reserva de recursos municipais para o fim específico de promoção de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, a exemplo dos recursos alocados para a construção de creches e para a ampliação do horário de funcionamento dessas instituições.

Do mesmo modo, as funções fiscalizadora e julgadora dos vereadores se fazem sentir na fiscalização dos recursos previamente reservados para políticas públicas na área da criança e do adolescente, bem como no julgamento de prefeitos quando eles e seus auxiliares não aplicam de forma adequada tais recursos, deixando problemas onde deveria haver soluções.

Para que a inércia e a apatia política não se disseminem; para que a atuação parlamentar não se deixe influenciar pelos entraves legislativos; para que se altere a cultura do interesse, cabe aos vereadores interferir nas questões orçamentárias mediante o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Esses instrumentos garantem efetividade a uma das competências mais des-

tacadas do Poder Legislativo, qual seja, o desenvolvimento de políticas públicas, em especial relacionadas à criança e ao adolescente.

Considerações finais

Na primeira seção deste artigo, tratou-se da competência do Poder Legislativo na propositura de políticas públicas, a fim de verificar seu papel complementar ou antagônico ao Poder Executivo nessa tarefa. A análise foi direcionada à esfera municipal, espaço de contato direto entre governo e cidadãos.

Na segunda seção, abordou-se a organização da Câmara de Vereadores, bem como as competências de seus membros, no intuito de compreender a possibilidade de atuação desses atores no desenvolvimento de políticas públicas.

Por derradeiro, na terceira seção, adentrou-se nos objetos principais da análise: a função dos vereadores na propositura de políticas públicas para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, os instrumentos utilizados e os problemas enfrentados.

O estudo constatou que os vereadores podem promover políticas públicas que visem à garantia dos direitos de crianças e adolescentes quando atuam: a) na criação e na edição de leis voltadas especificamente para essa parcela da sociedade; b) na função de assessoramento ao Executivo, quando das emendas na Lei Orçamentária do município, destinando recursos para áreas específicas; c) na fiscalização dos recursos destinados a crianças e adolescentes; e d) no julgamento dos prefeitos, caso esses recursos, comprovadamente, não sejam aplicados ou sejam desviados para fim alheio ao proposto.

Esse conjunto de funções da vereança pode e deve servir de base para o desenvolvimento de políticas públicas que tenham como finalidade garantir direitos a crianças e adolescentes. Tal objetivo, todavia, esbarra, muitas vezes, nos interesses de um indivíduo ou de um grupo de pessoas, ou ainda na apatia política, motivada pela preocupação exclusiva dos parlamentares com a renovação do mandato eletivo.

O que nos resta, como sociedade, é votar conscientemente, para que possamos eleger agentes políticos municipais que utilizem suas competências e atribuições de forma cidadã e com respeito pela sociedade, em especial pelas crianças e pelos adolescentes. A presente análise demonstrou que se deve colocar em questão o papel desempenhado pelo Legislativo na condução de determinadas políticas públicas. Trata-se de papel decisivo, pois representa a legitimação, o controle político, a fiscalização e a vigilância sobre a atividade governamental. Representa ainda

um canal de comunicação entre os que detêm o poder político e os governados, tornando efetiva a participação do parlamento na condução política do governo.

Devem-se retirar as amarras normativas do Poder Legislativo, uma vez que sua atuação forte na promoção de políticas públicas serve de sistema de “freios e contrapesos” para a atuação do Poder Executivo e acaba por trazer desenvolvimento ao Poder Público de forma geral.

Sobre os autores

André Viana Custódio é pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Sevilha, Espanha; doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil; e professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

E-mail: andrecustodio@unisc.br

Elizandro Silva de Freitas Sabino é mestrando no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

E-mail: elizandersabino@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE DUTIES OF THE COUNCILLOR IN PUBLIC POLICY TO GUARANTEE THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN PORTO ALEGRE

ABSTRACT: The article analyzes the competence of the legislature, highlighted the municipal level, through the City Council, on the proposal of public policies to guarantee the rights of children and adolescents. To this end, breaks the powers of the legislature broadly; after, it entered the organization and powers of the City Council, aiming, ultimately, demonstrate the key role played by the municipal legislature in promoting public policies for children and adolescents, viewing the instruments used and the barriers faced to perfect of their skills.

KEYWORDS: ALDERMAN. PUBLIC POLICY. CHILD. TEENAGER.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do. O poder legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 168, p. 7-17, out./dez. 2005.

¹ Sem revisão do editor.

BARCELLOS, Jorge Alberto Soares. *Educação e o poder legislativo: a contribuição da câmara municipal na formulação de políticas públicas de educação no município de Porto Alegre*. 2012. 540 f. Tese (Doutorado em Educação)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1998.

COPATTI, Lívia Copelli. *O Conselho de direitos da criança e do adolescente e os instrumentos de participação social para garantia de direitos no município de Sananduva*. 2011. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas Públicas e Violência Estrutural. In: DIREITOS sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos, tomo 5. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados*, v. 45, n. 2, p. 303-344, 2002.

FIORILO, Paulo Roberto. *A relação entre executivo e legislativo no governo petista de Marta Suplicy 2001-2004*. 2008. 184 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

LIMA, Miguel M. Alves. *O direito da criança e do adolescente: fundamentos para a abordagem princiológica*. 2001. 491 f. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MELLO, Diogo Lordello. *O papel do vereador e a câmara municipal*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, IBAM, 1984.

PORTO ALEGRE. Lei orgânica do município de Porto Alegre (atualizada até a Emenda nº 35, de 18 de junho de 2012). *Diário Oficial do estado do Rio Grande do Sul*, 4 abr. 1990. Disponível em: <<https://legislacao.camarapoa.rs.gov.br/lei-organica/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PORTO ALEGRE. *Regimento*. Porto Alegre: Câmara Municipal de Porto Alegre, Diretoria Legislativa, 2013. Disponível em: <<https://legislacao.camarapoa.rs.gov.br/regimento/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PORTO ALEGRE. *Lei Orçamentária Anual*: 2016. 14 out. 2015. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smpeo/usu_doc/loa_2016_completa.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados*, v. 46, n. 4, p. 699-734, 2003.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Folha explica: políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *O papel do poder legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário*. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamento-brasil/estudos/artigos/antes-de-2005/Artigo230.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do poder legislativo. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 187, p. 137-154, jul./set. 2010.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Apropriação da agenda do legislativo: como aferir este fenômeno?. *Textos para discussão*, n. 76, set. 2010. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de->>

[estudos/textos-para-discussao/td-76-apropriacao-da-agenda-do-legislativo-como-aferir-esse-fenomeno>](#). Acesso em: 16 maio 2016.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 197, p. 189-204, jan./mar. 2013.

Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica?

Em busca da identidade social do Poder Judiciário

DIOGO BACHA E SILVA

Resumo: O artigo aborda uma relação que deve existir entre a própria identidade social do Poder Judiciário e sua atuação. A constituição histórica do Poder Judiciário no Brasil representa mais que uma curiosidade do passado. A historicidade pode fornecer-nos muitas respostas sobre problemas do presente. Nessa medida, a captura do Judiciário pelas elites representa uma constituição de sentido de sua atuação. Analisamos, então, se o Poder Judiciário pode ser considerado um poder ativista ou se atua contrarrevolucionariamente. As conclusões podem vir por meio da filosofia hermenêutica de Heidegger.

Palavras-chave: Ativismo. Contrarrevolução jurídica. Identidade social do Poder Judiciário.

Introdução

Com certo sarcasmo, Niklas Luhmann (2004, p. 33), em seu “A restituição do décimo segundo camelo”, diz que é comum os juristas discutirem questões complexas e difíceis a partir de casos concretos. Com efeito, começaremos nossa análise com base em um caso concreto.

Uma construtora ajuíza demanda de reintegração de posse, sob a alegação de ser proprietária e possuidora de terreno com área extensa na capital de certo Estado, em face de indivíduos carentes que ocupam o imóvel por curto período de tempo. Nossa legislação processual oferece um roteiro seguro para que seja garantida a proteção possessória. Nos termos do art. 927 do CPC (Lei nº 5.869/1973), basta ao autor comprovar: a) a posse anterior; b) o esbulho praticado pelo réu; c) a data do esbulho; d) a perda da posse. Comprovados tais requisitos, o juiz

concede a proteção possessória. No caso mencionado, não foi diferente: a construtora teve direito à proteção possessória, mesmo sabendo que é ocioso o imóvel urbano de sua propriedade.

O caso refere-se à comunidade Jaqueline na cidade de Belo Horizonte (MG) e chegou ao Superior Tribunal de Justiça mediante o Recurso Especial tombado sob o número 154.906/MG. Nessa oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu do Recurso Especial interposto pelos esbulhadores que pretendiam reformar a decisão de segunda instância que determinou a reintegração de posse na área definida na inicial, utilizada para moradia de milhares de famílias carentes.

Um dos aspectos centrais do acórdão do STJ consta na ementa: “Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias” (BRASIL, 2004).

Veja-se, pois, que, ao determinar a reintegração de posse de imóvel urbano ocioso em detrimento da moradia de milhares de famílias carentes, tal como reconhece o acórdão, simplesmente se desconsideram duas importantes conquistas democráticas: o direito fundamental à moradia e o dever de função social da propriedade, ambos previstos na Constituição Federal (CF).

O que faz com que o Poder Judiciário julgue desconsiderando importantes conquistas civilizatórias? Por que em alguns casos a lei vale mais do que a CF? Qual o efeito de uma decisão desse porte em nossas práticas jurídicas?

Muitos são os aspectos que envolvem a atuação do Poder Judiciário no Estado democrático. Nossa investigação pretende desvelar um aspecto específico. O ativismo é fruto da nossa identidade social. Ou seja, pretendemos abordar o lado sociológico do ativismo judicial. Já tivemos a oportunidade de teorizar sobre esse fenômeno, inclusive abordando aspectos históricos¹, mas é chegado o momento de ampliarmos a visão acerca do ativismo como prática judicial oriunda da gramática das relações sociais.

1. A captura do Judiciário pelas elites

Recentemente, noticiou-se que a filha de um ministro do Supremo Tribunal Federal e de uma desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios fora nomeada desembargadora federal do Tribunal Regional Federal da 2^a Região (que abrange os Estados do Rio

¹ Ver Silva, 2013.

de Janeiro e Espírito Santo), com apenas 37 anos de idade e tendo atuado em cinco processos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro². A questão levantada aqui não é sobre a capacidade de a juíza recém-empossada exercer a contento suas funções. A questão é que, no fundo, a sua nomeação tenta mascarar, sob o signo da meritocracia individual, que o próprio Direito e, principalmente, o sistema judiciário detêm procedimentos de sujeição e dominação que há séculos presidem as práticas jurídicas (FOUCAULT, 2010, p. 24).

Tal notícia põe a descoberto a lógica imanente do campo jurídico: a de que há uma espécie de ligação entre a identidade social do Poder Judiciário e as nossas próprias relações sociais. Como se sabe, as instituições políticas foram formadas no seio de um Estado patrimonial. As origens teóricas desse tipo de Estado deve-se a Max Weber (2004), que exemplifica a modalidade de dominação como uma espécie doméstica – vinculada, sobretudo, pela tradição. Sua principal característica consiste, segundo o sociólogo, na administração que não reconhece distinção entre a esfera pública e a privada³. O exercício do poder público não

é senão “um direito senhorial pessoal do funcionário” (WEBER, 2004, p. 263), donde não haver pré-disposição para o dever objetivo.

No Brasil, as relações familiares embrenham-se de tal forma na condução da política, que Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 145-146) diz ter imperado, desde sempre, o tipo primitivo da família patriarcal e terem os desequilíbrios sociais por ele provocados marcado nossa identidade social. Assim, os detentores de cargos públicos, por serem forjados em tal tradição, não conseguem distinguir as esferas pública e privada. A escolha das pessoas que exercerão as funções públicas é feita de acordo com a confiança pessoal e não segundo as capacidades próprias. A análise sociológica de Raymundo Faoro de que vivemos num Estado patrimonial aplica-se, principalmente, às nossas instituições políticas, em específico ao Poder Judiciário. Em vez de a dominação ser exercida por um “senhor”, temos um estamento em que “poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos” (FAORO, 2008, p. 107). A dominação da minoria não é feita em nome da nação, mas em nome próprio de quem controla, dirige e, mesmo, sufoca o povo.

Sempre de caráter patrício, como diz Raymundo Faoro (2008, p. 112), nossa sociedade estamental é oriunda de

uma longa herança – herança social e política – [que] concentrou o poder minoritário numa camada institucionalizada. Forma-se, desta sorte, uma aristocracia, um estamento de caráter aristocrático, do qual se projeta, sem autonomia, uma elite, um escol dirigente, uma classe política.

Essa elite política brasileira procurou – e procura – o emprego público como fonte de rendimentos estáveis (CARVALHO, 2011, p. 56).

² Ver Brasil, 2014.

³ “Ao cargo patrimonial falta sobretudo a distinção burocrática entre a esfera ‘privada’ e a ‘oficial’. Pois também a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal, aproveitável em forma de tributos e emolumentos. A forma em que ele exerce o poder é, portanto, objeto de seu livre-arbitrio, desde que a santidade da tradição, que interfere por toda parte, não lhe impõnha limites mais ou menos firmes ou elásticos. [...]” (WEBER, 2004, p. 253). Também: “Todas as ordens de serviço que segundo nossos conceitos são ‘regulamentos’ constituem, portanto, bem como toda a ordem pública dos Estados patrimonialmente governados em geral, em última instância um sistema de direitos e privilégios puramente subjetivos de determinadas pessoas, os quais se originam na concessão e na graça do senhor. Falta a ordem objetiva e a objetividade encaminhada a fins impessoais da vida estatal burocrática. O cargo e o exercício do poder público estão a serviço da pessoa do senhor, por um lado, e do funcionário agraciado com o cargo, por outro, e não de tarefas ‘objetivas’” (WEBER, 2004, p. 255).

A educação jurídica, obtida sobretudo na Faculdade de Coimbra, bem como o exercício da magistratura deram à elite política uma homogeneidade ideológica e um ponto comum para os interesses que a cercavam (CARVALHO, 2011). O bacharelismo, portanto, é a nota característica que une nossa elite política, desde os idos coloniais. A formação ideológica de um bacharelismo liberal permite a proteção dos interesses das elites agrário-econômicas. No dizer de Antonio Carlos Wolkmer (2010, p. 128), acerca do papel e do próprio perfil dos bacharéis,

ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavrado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.

Inicialmente, em virtude da própria formação jurídica obtida em universidades estrangeiras, principalmente a de Coimbra, a elite política e social com seu cabedal de apoio teórico-liberal permite o afloramento de suas idiossincrasias. Sua formação baseada em realidades alienígenas, bem como a tradição em uma atividade retórica, despida de qualquer conteúdo, tornaram possível a vinculação entre um patrimonialismo sócio-político-autoritário com uma cultura jurídica liberal-burguesa (WOLKMER, 2010, p. 131). Tal postura possibilitou um comportamento conservador que atendia aos interesses da própria elite política, que visava apenas à defesa dos interesses

da legalidade dissociada da dinamicidade da sociedade concreta, das lutas cotidianas e dos movimentos sociais que surgiam a cada dia. Houve, assim, um alheamento propositado da elite política em relação aos interesses e necessidades reais da população brasileira.

A própria formação da administração da justiça no Brasil parece corroborar esse fato. No período das capitâncias hereditárias, os senhores donatários, possuidores da soberania da terra, exerciam as funções de chefe militar, juiz e administrador. O exercício da jurisdição civil e criminal era obra de exercício direto pelo donatário que poderia, por isso mesmo, nomear escrivães, meirinhos e ouvidores (WOLKMER, 2010). A centralização da administração da justiça só veio com a implantação do governo-geral de Tomé de Sousa de 1549, quando foram nomeados ouvidores-gerais.

A Metrópole, de um modelo simples de ouvidoria-geral, passou a organizar o Judiciário com base em vários cargos. Uma primeira instância foi constituída de juízes ordinários, ouvidores e juízes especiais; os primeiros eram juízes leigos eleitos pelo povo ou pela Câmara Municipal; os últimos eram juízes de fora. A segunda instância compunha-se de Tribunais de Relação, sendo seus membros denominados desembargadores. A terceira e última instância era composta de um Tribunal de Justiça Superior, com sede na Metrópole, representado pela Casa de Suplicação (WOLKMER, 2010, p. 76-77).

A Coroa tinha a intenção de que os juízes mantivessem absoluta fidelidade aos interesses portugueses. Tradições e costumes locais não poderiam concorrer com as leis do Reino. Por isso, por exemplo, normas como a proibição de casar sem licença pessoal, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer o comércio permitiam que os magistrados se mantivessem equidistantes e leais aos interesses da Coroa.

Os magistrados não eram indivíduos oriundos da casta nobre da sociedade portuguesa. Eram, sobretudo, indivíduos da classe média que ascendiam socialmente por meio do ingresso na carreira jurídica mediante processos seletivos baseados na origem social. Havia, por isso, uma restrição aos filhos de comerciantes ou negociantes, bem como aos impuros de sangue, tais como mestiços, mulatos, judeus e outros (WOLKMER, 2010, p. 82-83).

Os indivíduos que aqui vinham para exercer a magistratura estavam muito mais em busca do enriquecimento. Eram do tipo aventureiro de que nos fala Sérgio Buarque de Holanda⁴. Portanto, ao aqui aportar, os magistrados, oriundos da classe média, logo estabeleciam relações de afinidade e relações matrimoniais com a elite agrária local (CRUZ, 2004).

A lógica, portanto, estabelecida era a de que os magistrados deviam obediência às regras jurídicas impostas pela Coroa, mas, ao mesmo tempo, firmavam-se em terras brasileiras obtendo o apoio da elite agrária local. Por isso, as decisões judiciais refletiam o estado da arte das relações sociais. Eram decisões contrárias às pretensões de negros, índios e pobres, e satisfaziam aos interesses da Coroa ou aos interesses da elite agrária. Dessa forma, a perversidade da lógica pode ser constatada no fato de que entravam em território nacional com a exclusividade de defender os interesses diretos da Coroa; ao aportarem na colônia, no entanto, além de defender os interesses da Metrópole, defendiam também os interesses da elite agrária local.

A proclamação da Independência não alterou muito a lógica do Poder Judiciário. Mesmo com o advento dos ideais republicanos, a atuação do Poder Judiciário ficou designadamente aferrada aos interesses agrários e aos da elite política local. Substituiu-se a Coroa pelo Poder Executivo e a elite agrária estava toda representada no Poder Legislativo⁵. Pode-se, por exemplo, visualizar na atuação da maior corte do País, o Supremo Tribunal Federal (STF), a leniência do Poder Judiciário com os interesses políticos do Poder Executivo. Emília Viotti da Costa (2011) lembra que o presidente Floriano Peixoto chegou a ameaçar os membros do STF, caso concedessem ordem de *habeas corpus* para diversos jornalistas, senadores, deputados, que foram deportados após a renúncia do velho Marechal, pois desejavam eleições diretas. Também vale

⁴Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 44) discorre sobre dois princípios que orientam a vida dos seres humanos. Para ele, o tipo aventureiro e o tipo trabalhador são dois princípios que sempre tiveram influência desde priscas eras da humanidade. Para o aventureiro, “o objeto final, a mira de todo o esforço, o ponto de chegada, assume relevância tão capital, que chega a dispensar, por secundários, quase supérfluos, todos os processos intermediários”.

⁵Sobre a relação da elite agrária e a representação política, ver Leal (2012).

mencionar que, conforme Leda Boechat Rodrigues (1996b, p. 50), os *habeas corpus* de números 520, 523, 524, 525 e 529, de 1894, não foram cumpridos pelo presidente da República.

O ideário republicano de uma separação e independência dos poderes parece ter sido apenas uma exortação política contida na Constituição e nas leis em geral. Os conflitos de interesses que, de alguma forma, eram submetidos ao crivo do Poder Judiciário, tinham uma bem definida posição decisória: atender aos interesses da elite política e agrária. Assim, o Poder Judiciário não era a caixa de ressonância dos interesses políticos minoritários⁶.

2. A crise do pensamento e do ensino jurídico nacional como fator determinante de desigualdade

Por óbvio, apenas a constatação histórica da origem elitista do Poder Judiciário seria um argumento frágil para conseguirmos responder à indagação original do presente trabalho. A definição de um Poder Judiciário elitista demanda a profundidade de uma análise que perquirá o desvelamento das faces ocultas de um julgado.

A captura do Judiciário pela elite social não é um processo que ocorreu durante o Império e o início da República; e daí se extraem suas consequências. Mais do que isso, a captura do Poder Judiciário somente é possível com a utilização de um poder simbólico, no sentido de Pierre Bourdieu (2011, p. 8). Assim, só foi e é possível essa captura graças ao exercício de um poder invisível, que só pode ser exercido com a complacência daqueles que o exercem e daqueles que a ele se submetem.

Nessa medida, importa o pensamento jurídico nacional e também o próprio ensino jurídico, os quais são ao mesmo tempo produções de dominação, já que estruturam o campo jurídico – que, ao fim, estrutura o próprio mundo – e acabam por constituir um sistema simbólico de poder de construção de uma realidade (BOURDIEU, 2011).

A realidade produzida pela dominação acaba por ser introjetada como algo natural, e nela as coisas são assim porque é natural que assim sejam. Para que isso ocorra, é necessária a utilização de um capital simbólico. A própria existência das classes sociais é demarcada pelas objetividades e não subjetividades dos indivíduos. Antes mesmo da própria objetividade científica, as classes sociais distinguem-se, primeiro,

⁶Basta lembrar, por exemplo, a doutrina das questões políticas que marcaram de forma negativa a atuação do STF, que simplesmente deixava de apreciar determinada questão por entendê-la submetida apenas ao crivo dos poderes políticos. Um bom inventário pode ser lido em Sampaio (2002, p. 319).

pelas distribuições das propriedades materiais e, segundo, pela própria representação que fazem os agentes dessas distribuições. Ora, a representação que os agentes fazem de sua própria condição social é produto do *habitus*, retraduzida simbolicamente no estilo de vida por meio das distribuições de materiais e do capital simbólico (BOURDIEU, 2013, p. 111).

São os agentes que fazem e formam, desse modo, as distinções que, por mais que não se admita, se inscrevem nas propriedades materiais e nos lucros diferenciais que elas trazem e, por isso mesmo, acabam por se tornar diferenças reconhecidas. O reconhecimento dessas diferenças, segundo Bourdieu (2013, p. 111), funciona como um capital simbólico que obtém lucro com essa distinção – são as propriedades distintivas, tais como corpo correto, língua, postura etc. Essas distinções de propriedades mantêm uma estreita relação com indivíduos ou grupos que se dispõem a reconhecê-los e obter, assim, formas de lucro e de poder.

Tais diferenças conjugam-se com os princípios de sua perpetuação e fazem com que a sociedade não seja um espaço de conflito, mas uma ordem social a ser mantida, já que natural. Ao lado do reconhecimento dos grupos, vem o desconhecimento do capital simbólico, explicado por Pierre Bourdieu como uma espécie de autoridade que, mesmo sem ser construída por meio de ordens imperativas dirigidas aos indivíduos, funciona como uma naturalização das relações de poder, com a sedimentação e naturalização da linguagem, das atitudes, dos estilos de vida que não são apreendidos pelo objetivismo – o qual, sob a má-fé coletiva e a percepção encantada, transforma as relações em dominação legítima.⁷

⁷Nas palavras de Bourdieu (2013, p. 113): “Todo reconhecimento é desconhecimento: toda espécie de au-

Em países de capitalismo tardio ou modernidade periférica, a noção de *habitus* serve para consolidar a efetiva desigualdade, produzindo um valor diferencial entre os seres humanos de forma sub-reptícia. São, pois, os *habitus* internalizados, naturalizados e compartilhados que dão a tônica da dignidade, da noção de pertencimento a uma classe. A operacionalização do *habitus* permite também o reconhecimento social que permite a construção da igualdade como cidadania (SOUZA, 2012, p. 167).

Para que a desigualdade não surja a olho nu como fato injusto e violento, é preciso a construção de um pano de fundo consensual que diferenciará os seres humanos. Nessa medida, a ideologia do desempenho ganha significativa importância para ocultar e legitimar a dominação violenta e a perpetuação da desigualdade.

A ideologia do desempenho está exposta na tríade meritocrática da qualificação, posição e salário, com especial destaque para a posição, uma vez que o conhecimento joga importante papel no capitalismo e, desse modo, condiciona os outros dois. Na esteira de Jessé de Souza (2012, p.170)

toridade, e não apenas aquela que se impõe por meio de ordens, mas aquela exercida sem nos darmos conta, aquela que dizemos natural e que está sedimentada numa linguagem, numa atitude, nas maneiras, num estilo de vida, ou mesmo nas coisas (cetros e coroas, arminho e toga noutro tempo, quadros e móveis antigos, carros ou escritórios de luxo hoje), repousa sobre uma forma de crença originária, mais profunda e mais desenraizável do que o nome sugere. Um mundo social é um universo de pressuposições: os jogos e os objetivos que ele propõe, as hierarquias e as preferências que impõe, o conjunto das condições tácitas de pertencimento, isso que parece óbvio para quem está dentro e que é investido de valor aos olhos dos que querem entrar, tudo isso está definitivamente assentado sobre o acordo imediato entre as estruturas do mundo social e as categorias de percepção que constituem a doxa, ou, como dizia Husserl, a protodoxa, percepção automática do mundo social como mundo natural. O objetivismo, que reduz as relações sociais à sua verdade objetiva de relações de força, esquece que essa verdade pode ser recalculada por um efeito da má-fé coletiva e da percepção encantada que as transfigura em relações de dominação legítima, autoridade ou prestígio”.

“a ideologia do desempenho é uma ideologia na medida em que ela não apenas estimula e premia a capacidade de desempenho objetiva, mas legitima o acesso diferencial permanente a chances de vida e apropriação de bens escassos”.

Se no passado, como visto, as relações de poder eram explícitas e a violência se exercia de forma escancarada, com a modernidade o poder precisa ser mascarado. O ocultamento das relações de poder, no entanto, não permite concluir que não existam privilégios ainda hoje.

Como já se mencionou, o mero pertencimento a uma família ou a certa classe social permitia a continuidade dos privilégios, tal como demonstrado pela ligação de casamento que os membros do Poder Judiciário mantinham com a elite agrária local. Agora, seria considerada injusta a existência de privilégios apenas como pertencimento a uma família ou classe social, numa terra de liberdade e igualdade entre os indivíduos.

Para legitimar a existência de privilégios, é necessário que eles não apareçam como algo oriundo da sorte, mas como produto do talento, do mérito do indivíduo. Seriam, pois, desigualdades justas, porque fruto do esforço. Assim, a meritocracia consiste na ilusão de que os privilégios modernos são justos e aceitáveis (SOUZA, 2011). Há para todos os indivíduos as mesmas condições de alcançarem o que almejam. Basta, assim, o esforço pessoal. Aquele que alcança o “sucesso” é considerado um sujeito vencedor e tem, pois, toda a legitimidade de usufruir desse sucesso com a consciência tranquila.

A ideologia do mérito constitui um grande amortecimento que faz com que toda a sociedade não se insurja contra o capitalismo, que legitime a prática da desigualdade econômica, sem a qual o capitalismo não consegue manter-se como sistema de produção econômica dominante. É o que, efetivamente, alivia a consciência dos indivíduos de suas responsabilidades. No entanto, a ideologia do mérito esconde a dominação moderna que se produz não pelo mérito, mas pelas precondições sociais que permitem o mérito⁸.

⁸Nas palavras de Jessé de Souza, a grande injustiça provocada não é a do mérito em si, mas sim das precondições sociais que ocultam uma desigualdade na distribuição do próprio conhecimento e do acesso ao trabalho útil e produtivo: “O que é escondido pela ideologia do mérito é, portanto, o grande segredo da dominação social moderna em todas as suas manifestações e dimensões, que é o caráter de classe não do mérito, mas das precondições sociais que permitem o mérito. Desde que se demonstre que o acesso ao conhecimento útil e, portanto, à dignidade do trabalho útil e produtivo – que é também a base da noção de sujeito racional e livre – exige pressupostos desigualmente distribuídos por pertencimento de classe, ou seja, por privilégios de nascimento e de sangue – como em qualquer sociedade moderna –, e não decorrentes de mérito ou talento individual, então podemos criticar toda a desigualdade social produzida nessas condições como injusta e ilegítima” (SOUZA, 2011, p. 121).

A cultura e o conhecimento representam o capital simbólico apto a gerar o *habitus* principal no sentido do pertencimento de um indivíduo a uma determinada classe social e depois produz o *habitus* secundário, ao permitir a desigualdade na distribuição dos fatores determinantes para alcançar o “mérito”.

Nesse ponto, o Poder Judiciário é dominado pela elite social. A esmagadora maioria dos membros do Poder Judiciário – sejam os ocupantes dos primeiros níveis da carreira judiciária, como juízes, sejam os ocupantes dos níveis intermediários, como os desembargadores, sejam, ainda, os ministros dos tribunais superiores – são indivíduos oriundos das mais tradicionais e mais antigas faculdades de Direito. Não sem razão, a maioria estudou em colégios e instituições de ensino tradicionais em seu ensino médio⁹. Por óbvio, poderíamos estender tais críticas às demais carreiras jurídicas de Estado.

As formas de ingresso, mediante concurso público ou nomeação de pessoas com “notório saber jurídico”, escancara o *habitus* e a distribuição de capital simbólico que faz com o Poder Judiciário seja cooptado pelas elites sociais.

O atual cenário do ensino e do pensamento jurídico nacionais agrava a desigualdade. Entendemos, pois, que a crise do ensino jurídico não se dá sem a crise do pensamento jurídico e a crise do pensamento jurídico não se dá sem a do ensino. Há uma simbiose necessária que produz e reproduz o cenário jurídico atual (STRECK, 2014, p. 32).

Nas faculdades de Direito, o ensino é produzido apenas sob o aspecto instrumental. Vale dizer, não há qualquer reflexão crítica sobre os pressupostos e fundamentos do que é

ensinado. Interessa apenas o conhecer a letra fria da lei e o entendimento jurisprudencial. A teorização do Direito fica em segundo plano, obra para poucos alunos que se interessam por discussões mais profundas sobre ele. Esse modelo de ensino é o que moldará o profissional da área.

O modelo de concurso público e o de exame da OAB favorecem o ensino instrumental do Direito. Os concursos públicos – e não obviamente a carreira jurídica – constituem a opção da esmagadora maioria dos bacharelando em Direito. Para tanto, eles optam por fazer um “cursinho” em vez do estágio jurídico como forma de aprendizado (FONTAINHA et al., 2014).

Os concursos públicos, por sua vez, como disserta Lenio Streck (2014, p. 33),

repetem o que se diz nos cursinhos, um conjunto de professores produz obras que são indicadas/utilizadas nos cursos preparatórios, que por sua vez servem de guia para elaborar as questões que são feitas por aqueles que são responsáveis pela feitura das provas (terceirizados – indústria que movimenta bilhões e os próprios órgãos da administração pública).

Para os que pretendem ingressar numa carreira no Estado, principalmente as carreiras jurídicas, só resta uma opção: ser “concurseiro”.

De acordo com a pesquisa feita por Fernando de Castro Fontainha no Projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça junto com a Fundação Getúlio Vargas e a Universidade Federal Fluminense, “concurseiros” são aqueles indivíduos que “só se interessam por decorar ‘a letra da lei’, ter por jurisprudência dominante a do tribunal que está recrutando, concordar com a corrente doutrinária a que pertencem os membros da banca” (FONTAINHA et al., 2014, p. 33). Adicionamos ainda uma carac-

⁹Tendo em conta os limites do presente trabalho, deixamos de oferecer dados ao leitor. No entanto, recomendamos a leitura da obra de Almeida (2010).

terística evidente dos chamados “concurseiros”: trata-se de indivíduos que têm condições financeiras suficientes para cobrir as despesas com materiais didáticos e frequência em cursinhos, bem como podem dar-se o luxo de se dedicarem *full time* aos estudos instrumentais, sem que isso lhes acarrete qualquer prejuízo.

Por óbvio, os concursos públicos pretendem a escolha do indivíduo mais bem preparado para assumir suas funções. Como dizer, entretanto, que os concursos para os cargos do Poder Judiciário escolherão juízes com capacidade de julgar conflitos aplicando o Direito adequadamente, se conhecem apenas a lei e a jurisprudência dominante? Como dizer que o mais preparado para exercer as funções jurisdicionais não consegue refletir sobre o Direito, nem conhece suas funções sociais?

Em verdade, os concursos públicos funcionam como uma ideologia de propagação da meritocracia, que esconde a desigualdade social imperante, a qual só permite o ingresso da elite nas carreiras jurídicas de Estado. Portanto, aqueles que descansam suas consciências sobre o ópio da meritocracia não conseguem enxergar os nefastos efeitos sociais que tal circunstância carrega.

3. Ativismo e contrarrevolução jurídica: o “como hermenêutico” e o Poder Judiciário

Na perspectiva social formadora da identidade do Poder Judiciário anteriormente analisada, a indagação principal é acerca da sua atuação sobre a realidade sociocultural. Para tanto, retomamos aqui o debate acerca da atitude ativista do Poder Judiciário em terras brasileiras¹⁰. Contrapondo tal perspectiva, temos a atitude contrarrevolucionária que, muitas vezes, o Poder Judiciário adota.

De um lado, podemos visualizar um Poder Judiciário comprometido com o projeto constituinte democrático inaugurado pela CF em 1988, consciente de que a proteção da ordem jurídica leva em conta a efetivação de todos os direitos individuais, coletivos e sociais prometidos e deve incluir o maior número de indivíduos nos projetos jurídicos, sociais e econômicos. Deve-se manter a coerência com a perspectiva democrática iniciada naquele ano. A manutenção da democracia jamais pode significar a tirania da maioria; de qualquer forma, o constitucionalismo oferece proteção contra essa tirania. Uma série de normas constitucionais limitadoras oferece a proteção necessária contra os excessos

¹⁰ Nossa intuito no presente trabalho não é apresentar uma definição de ativismo ou uma teoria sobre ele. Para isso, ver Silva (2013).

da maioria (DWORKIN, 1995). Há uma relação necessária e cooriginária entre democracia e constitucionalismo.

Assim, os direitos fundamentais servem como trunfos contra a maioria, nos termos propostos por Ronald Dworkin (2002). Ou seja, servem como proteção, como anteparo às pretensões excessivas da maioria. Servem como possibilidade de ação contra a vontade da maioria, se esta viola o *status* da igualdade. Nas palavras do *justice* Robert Jackson: “The very purpose of the Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts” (UNITED STATES, 1943).

Assumimos, então, o conceito de ativismo no sentido originalmente formulado pelos conservadores que caracterizaram a Corte de Warren¹¹. No sentido que dá William Marshall (2002, p. 104), nossa expressão de ativismo judicial deve significar a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, muito bem caracterizada no período de Earl Warren (RODRIGUES, 1991a).

O contraponto do conceito que assumimos de ativismo é o conceito de contrarrevolução jurídica, tal como formulado por Boaventura de Sousa Santos. É um movimento inverso ao ativismo judicial. Segundo entende o autor, trata-se de “uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muitos dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas constituições” (SANTOS,

2011, p. 110-111). Por menos que se possa dizer que a contrarrevolução dominou o sistema judicial, também não chega a ser mera conspiração especulativa do teórico.

Na explicação do autor, é um entendimento tácito das elites sobre decisões concretas que levam a uma posição de conservadorismo nas conquistas democráticas (SANTOS, 2011), com temas como conflitos coletivos sobre a distribuição de recursos, concepções de democracia e do próprio país. Portanto, decisões desfavoráveis a movimentos do MST, ao direito originário das comunidades indígenas e quilombolas, nada mais representam do que a emergência de uma contrarrevolução jurídica.

O próprio STF, no julgamento da ADPF 153 – em que se discutia a constitucionalidade da Lei de Anistia para que esta não fosse estendida aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os militantes políticos durante o regime militar –, deu exemplo do cenário que domina nosso Poder Judiciário, mostra concreta de sua atuação contrarrevolucionária.¹²

Nesse sentido, veja-se que a formação da identidade social do Poder Judiciário pode dizer algo sobre os sentidos de sua atuação. As decisões, as soluções dos conflitos de interesses, estão sempre recobertas com uma ideologia marcante – ideologia cínica no sentido de Slavoj Zizek, em que “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas o fazem assim mesmo” (ZIZEK, 1996, p. 14).

O mundo da vida (*Lebenswelt*) husserliano compreende uma imersão na dimensão histórico-cultural, um espaço pré-científico de relações intersubjetivas e valores que configuram a cotidianidade e suas vivências com costumes, usos, saberes e valores. O mundo da vida configura um saber objetivo que configura e an-

¹¹ De qualquer modo, não se desconhece que o termo ativismo judicial pouco ou quase nada significa. Ver Kmiec (2004, p. 1.446).

¹² Para uma ampla discussão, ver Meyer (2012).

tecede o conhecimento científico (HUSSERL, 2002).

Também Habermas (2010, p. 84) afirma que o mundo da vida constitui o horizonte de sentido antepredicativo e pré-constituinte das operações interpretativas de que fazemos uso inconsciente sob o fundamento da certeza. Na esteira das tradições, das relações sociais inter-subjetivas abraçadas, somos dependentes dessa constituição de sentido.

Nesse pano de fundo sociocultural em que o Poder Judiciário é formado, como dizer que ele se mostra preocupado e comprometido com a garantia de direitos das minorias? Como dizer que atuará na defesa dos socialmente excluídos?

A resposta parece residir na própria análise da filosofia hermenêutica, na própria constituição do ser. A nossa existência deve ser compreendida como uma possibilidade, uma abertura imanente ao próprio existir. Nas palavras de Gianni Vattimo (1998, p. 25),

“dizer que o homem existe não pode, pois, significar que o homem seja algo dado, porque aquilo que o homem tem de específico e que o distingue das coisas é justamente o facto de estar referido à possibilidade e, portanto, de não existir como realidade simplesmente-presente”.

A compreensão de algo no mundo – e aqui colocamos a compreensão e a interpretação das diversas questões jurídicas submetidas ao Poder Judiciário – depende sempre da própria abertura do ente para o mundo (HEIDEGGER, 2012, p. 87). Isso implica que somos projetados, isto é, somos lançados no projeto de nossa própria existência. O sentido das coisas já não está instrumentalizado e à nossa própria mão. Não vemos as coisas como objetos.

A compreensão não é simples presença. Somos constituídos pela própria pré-com-

preensão que já sempre temos do mundo. A compreensão é apenas a articulação de coisas que já estão desveladas. Não há uma subjetividade assujeitadora do objeto a conhecer. É uma relação constitutiva e originária que o “ser-ai” mantém com o mundo e o faz existir (VATTIMO, 1998, p. 36).

Por isso, a interpretação depende do círculo hermenêutico, tal como definido por Heidegger (2012): uma estrutura prévia existential que exprime o conhecimento mais originário dado pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia de algo no mundo. Nessa medida, a questão não é livrar-se do círculo, já que as pré-compreensões determinam o horizonte de sentido, mas sim entender que nossa interpretação depende sempre da nossa possibilidade de existência, já que somos projetados para a existência.

Assim, como dizer que poderá o Poder Judiciário realizar um ativismo na acepção mais lúcida da palavra, com a defesa de interesses e dos direitos das minorias alijadas do processo político-constitucional, se, por evidente, seus membros são recrutados e pertencentes à própria elite política e econômica? Será possível que tais membros saibam separar suas próprias pré-compreensões no momento da aplicação do Direito, sem se projetar para a interpretação jurídica?

É factível, assim, que tenhamos várias decisões judiciais contrarrevolucionárias, impedindo o acesso das minorias ao projeto democrático, pela simples razão de que o Poder Judiciário é formado pela própria elite e projeta sua existência em sua atividade jurisdicional.

Considerações finais

Abordamos uma intricada relação entre os julgamentos do Poder Judiciário, sua própria

identidade social e a questão hermenêutica que vincula seus julgamentos. Por ora, este ensaio pretendeu sinteticamente desvelar questões que são muitas vezes ocultadas de forma até mesmo cínica nas próprias decisões jurisdicionais.

A própria forma como se deu a constituição do Poder Judiciário no Brasil é indicativa de sua posição hegemônica na sociedade. A situação da sua constituição histórica é presença marcante na sua atuação. Sua estreita ligação com a elite não foi abandonada.

Aliás, mesmo com a abertura democrática promovida pela CF em 1988, demonstramos que nosso Poder Judiciário ainda é um reduto para os membros da elite. A própria forma de seleção ainda é problemática se considerarmos que seus membros se produzem e reproduzem por meio da transmissão do conhecimento jurídico e da forma de ingresso que privilegia os indivíduos que compartilham do mesmo *habitus*.

Isso se reflete na forma como o Poder Judiciário atua. De um poder menos perigoso, transforma-se, ao menos no Brasil, em um poder estatal que determina exclusões do processo democrático. Mesmo que queiramos interpretar de modo mais brando, é impossível que a compreensão de algo no mundo saia de seu mundo da vida, da possibilidade de sua própria existência.

A problematização dessas questões não tem o poder de deslegitimar por completo as decisões judiciais: apenas reflete sobre condições estruturais e busca desvelar a ideologia por trás delas.

Sobre o autor

Diogo Bacha e Silva é mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, MG, Brasil; professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, São Lourenço, MG, Brasil; advogado.

E-mail: diogobacha@ig.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹³

JUDICIAL ACTIVISM OR LEGAL COUNTERREVOLUTION? IN SEARCH OF SOCIAL IDENTITY OF THE JUDICIARY

¹³ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The article discusses a necessary relationship that must exist between the social identity of the Judiciary and its operations. The historical constitution of the judiciary in Brazil is more than a curiosity of the past. The historicity can give us many answers about this problem itself. As such, the capture of the judiciary by elites is a constitution of its own actuation direction. Analyzed, then the judiciary can be had as an activist power or acts counterrevolutionary. The answers can be completed through the hermeneutic philosophy of Heidegger.

KEYWORDS: ACTIVISM. LEGAL COUNTERREVOLUTION. SOCIAL IDENTITY OF THE JUDICIARY.

Referências

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. 329 p. Dissertação (Doutorado em Ciência Política)–Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Prefácio. In: SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- _____. Capital simbólico e classes sociais. *Novos Estudos-CEBRAP*, n. 96, jul. 2013.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.154906/MG. Relator: Min. Barros Monteiro. DJ, 4 maio 2004. *Diário da Justiça*, 2 ago. 2004.
- _____. Tribunal Regional Federal. Decreto de 18 de março de 2014. [Resolve nomear Letícia de Santis Mendes de Farias Mello, para exercer o cargo de Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região]. *Diário Oficial da União*, 19 mar. 2014.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.
- COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 2-11, abr. 1995.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boerio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- FONTAINHA, Fernando Castro et al. *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Direito Rio, 2014. (Novas ideias em direito). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11929/Processos%20seletivos%20para%20a%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20de%20servidores%20p%C3%BAblicos%20-%20Brasil,%20%20pa%C3%ADs%20dos%20concursos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 ago. 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France, 1975-1976. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Campinas, SP/Petrópolis, RJ: Ed. UNICAMP/Vozes, 2012.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220 p.

HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1476, out. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: NIKLAS Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, set. 2002.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren: (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a. 2. v. t.1

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegitima apropriação do discurso de justificação pelo STF*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

_____. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UNITED STATES. West Virginia State Board of Education v. Barnette. *United States Supreme Court*, n. 591, 14 jun. 1943. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/319/624.html>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo/Brasília: Imprensa Oficial/Editora UnB, 2004. v. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 5. ed. rev. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZIZEK, S. O espectro da ideologia. In: UM MAPA da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

Forum shopping, fenômeno jurídico do cenário pós-Guerra Fria

MATEUS FERNANDEZ XAVIER

Resumo: O presente artigo tem o propósito de demonstrar como a ordem internacional pós-Guerra Fria promoveu o fenômeno jurídico denominado *forum shopping*. Analisando as principais alterações ocorridas no contexto internacional desde 1990, é possível averiguar a incapacidade das organizações e das instituições multilaterais tradicionais em solucionar as demandas apresentadas por novas potências mundiais e por outros atores internacionais. Desse modo, diversas coalizões *ad hoc* e novos órgãos jurisdicionais surgiram em resposta à crescente insegurança política e jurídica do contexto internacional. Com um maior número de atores estatais e não estatais acessando uma quantidade crescente de tribunais e cortes internacionais, estratégias de *forum shopping* emergiram no âmbito global.

Palavras-chave: *Forum shopping*. Contexto pós-Guerra Fria. Direito Internacional. Meios de solução pacífica de controvérsias. Tribunais internacionais.

1. Introdução

Nas ciências exatas e em algumas ciências sociais, existem áreas de conhecimento que têm uma ou duas teorias hegemônicas capazes de explicar de modo satisfatório a maior parte das dinâmicas que ocorrem em seus âmbitos. Esse não é o caso das Relações Internacionais, principalmente após o fim da Guerra Fria. Na atualidade, pode-se afirmar que a Teoria de Relações Internacionais é plural e não apresenta uma abordagem explicativa que seja hegemônica em relação às demais.

Com o fim da União Soviética, foi perdida a hegemonia desfrutada pelas teorias neorrealistas e neoliberais. A maneira como o império so-

viético acabou não foi prevista por nenhum teórico de RI¹ e não pôde ser explicada de modo satisfatório pelas abordagens teóricas do campo. A realidade não se adequou aos parâmetros teóricos estabelecidos pelos estudiosos da área e isso contribuiu, em grande parte, para o fortalecimento de outras perspectivas até então marginalizadas, como o Construtivismo, a Teoria Crítica, o Sistema Mundo, as abordagens pós-modernas e as perspectivas feministas, por exemplo.

Na atualidade, o campo teórico das Relações Internacionais tem apresentado um arrefecimento de seus principais debates. Os artigos publicados nos periódicos da disciplina demonstram como os pesquisadores têm privilegiado trabalhos que empregam e testam determinadas teorias em relação a um objeto, em detrimento de estudos mais abstratos voltados à crítica e/ou à defesa de abordagens teóricas². Independentemente de avaliações a respeito de sua configuração, o contexto pós-Guerra Fria é muito mais complexo que o vigente até 1989. O declínio relativo de temas relacionados à segurança somado à ascensão de novos atores políticos (estatais e não estatais) e a migração para o centro da agenda internacional de problemas envolvendo cooperação econômica, meio ambiente, desenvolvimento, combate à miséria, entre outros, contribuíram para alterar a configuração de poder mundial. A consequência natural desse fenômeno foi o surgimento de diferentes tipos de análises sobre a organização da dinâmica interacional da atualidade.

¹ Ressalte-se o trabalho de J. B. Duroselle (2000) como única exceção que, embora não tenha explicitamente mencionado a URSS, contribuiu com explicações cujos parâmetros conseguem, em alguma medida, explicar o fim do império soviético.

² Como bem demonstrado por Dunne; Hansen; Wright (2013). Nesse mesmo sentido, ver também Mearsheimer; Walt (2013).

Apesar de não haver consenso sobre a atual polaridade do sistema internacional, diversos estudos realizados após a década de 1990 já apresentam certa concordância a respeito de aspectos da configuração mundial. Nesse contexto, o presente artigo pretende realizar um breve esboço sobre o fenômeno jurídico denominado *forum shopping*³. Para tanto, as principais características do sistema internacional contemporâneo serão apresentadas, destacando-se as dificuldades enfrentadas pelas grandes instituições multilaterais em normatizar os principais temas da agenda internacional. Como se verá, o consequente surgimento de concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores é uma resposta a essas dificuldades institucionais.

No âmbito do Direito Internacional⁴, a ascensão das incertezas e das controvérsias entre os atores contribuiu para o surgimento de diferentes tribunais e cortes internacionais com distintas jurisdições para o tratamento e a solução de controvérsias. Como será demonstrado, a proliferação de fóruns e órgãos de apelação, fenômeno típico da atualidade, gerou sobreposição de competências em algumas matérias e temas, criando jurisprudências diversas e, em algumas situações, conflitantes. Esse aspecto, somado à dificuldade de se estabelecer um conjunto de normas claras e universais, no âmbito do sistema internacional, gera incentivos à adoção de estratégias de *forum shopping*.

³ De forma resumida, pode-se definir *forum shopping* como a seleção estratégica de um tribunal para julgamento de um caso concreto, e/ou a decisão de se proceder com litigação paralela em diferentes cortes internacionais, e/ou a decisão de levar adiante a litigação seriada em diferentes tribunais. Cada uma dessas estratégias será mais bem explicada mais adiante.

⁴ Para fins do presente trabalho, o termo Direito Internacional refere-se ao Direito Internacional Público ou Direito das Gentes, não devendo ser confundido com o Direito Internacional Privado em que os principais sujeitos são os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, situadas em jurisdições diferentes.

Ao final do artigo, uma breve exposição crítica será realizada e serão apontadas as principais tendências e propostas surgidas na literatura para tentar mitigar esse problema.

2. O Sistema Internacional no pós-Guerra Fria

Com o final da Guerra Fria, a distribuição mundial de poder tem-se alterado de forma significativa. Atores localizados nas regiões a leste e a sul dos tradicionais centros compostos por EUA e Europa passaram a ganhar mais destaque, na medida em que obtiveram maior lastro econômico e financeiro para atuar no mundo. No presente contexto, no entanto, não há ameaças à hegemonia da ordem liberal liderada por Washington, que permanece plenamente ativa e com perspectivas de perdurar por muito tempo. Como a emergência de outras potências tem ocorrido por meio de adesões a essa ordem, as tensões ideológicas causadas pelo comunismo deixaram de ser uma ameaça à paz mundial. Mesmo países com regimes políticos autoritários, como a China, atuam no sistema internacional procurando adequar suas ações à maior parte das regras e dos procedimentos estabelecidos pela ordem em questão.

Instituições e organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas (ONU) desempenham importantes funções dentro da atual dinâmica liberal e não têm sua existência questionada pelos principais atores emergentes. Países como Brasil, Rússia e China defendem reformas nessas instituições de modo a torná-las mais condizentes com a nova configuração mundial de poder, já que a defasagem em suas estruturas decorreria do fato de tais organismos terem

sido desenhados ao final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, as alterações propostas buscariam espelhar a atual correlação de forças entre os países e dar às novas potências maior participação nas decisões dessas instituições.

Em outras palavras, percebe-se que os atores emergentes não desejam alterar ou substituir as regras e os princípios básicos que regulam o funcionamento da ordem liberal vigente, mas sim exercer maior protagonismo dentro dessa ordem (IKENBERRY, 2011). Para além das efetivas ações diplomáticas, a busca desse objetivo é evidenciada por meio das diversas declarações públicas dos representantes das potências em ascensão:

Os chefes de Estado e Governo expressaram a visão de que a legitimidade do FMI depende de uma reforma fundamental de quotas e voz que seja mais representativa dos países em desenvolvimento. A reforma deve efetivamente reduzir o grave desequilíbrio entre a ampla maioria de poder de voto ora detida pelas economias avançadas e a participação insatisfatória dos países em desenvolvimento⁵.

As muitas críticas às ações dos EUA no cenário internacional não devem ser interpretadas como contestações à ordem liberal mundial. Tais objeções devem ser compreendidas como desaprovações a ações norte-americanas que não têm legitimidade no arcabouço de regras e diretrizes impostas pela ordem vigente. Destaca-se nesse sentido, por exemplo, o fato de o governo de Washington ter discurso favorável à promoção dos Direitos Humanos, mas permanecer refratário à Convenção Ameri-

⁵ Declaração conjunta da I Cúpula do Fórum de Diálogo Índia-Brasil-África do Sul (IBAS). Brasília, 13 de setembro de 2006. (BRASIL, 2007, p. 231). Nesse mesmo sentido, ver também: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/04/100415_brics_final_fa_np.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2015.

cana de Direitos Humanos celebrada em San José, na Costa Rica, em 1969, além de manter em funcionamento sua prisão militar em Guantánamo. Assim, no âmbito da proteção e promoção internacional dos Direitos Humanos, falta legitimidade aos Estados Unidos para condenar abusos e violações de outros países. O aspecto da legitimidade é importante para as relações internacionais do atual contexto e têm ganhado significativa relevância após 1990⁶.

Ao reconhecer e adotar as instituições internacionais do Sistema Bretton Woods, as potências emergentes auferem ganhos, advindos do funcionamento da ordem liberal vigente e, também, legitimidade às suas ações. Como exemplo de ganho significativo, pode-se citar o estabelecimento de confiança mútua entre as diferentes potências, decorrente da previsibilidade de ação proporcionada pelas regras e pelas normas estabelecidas pelas instituições internacionais. A emergência da China desperta temor nos países de seu entorno, proporcionando um contexto regional caracterizado por incertezas. Para convencer seus vizinhos de que sua ascensão econômica e política constitui um processo pacífico, Pequim busca integrar-se à ordem liberal internacional de forma inequívoca, o que tem feito com algum grau de sucesso⁷.

⁶ A legitimidade como questão internacional relevante foi bem abordada pelo embaixador Gelson Fonseca Júnior (1998). Após 1990, houve ascensão da importância da legitimidade como base para a atuação no cenário internacional, em comparação às ações baseadas unicamente na força. Nesse sentido, o *referendum* e o princípio da autodeterminação dos povos são exemplos de ações e de ideias usadas nos discursos da diplomacia russa para tentar dar legitimidade à anexação da Crimeia. Apesar de o simples uso de ideias e argumentos não gerar automaticamente legitimidade, ainda mais nesse caso, o exemplo mencionado é importante por demonstrar que, mesmo impondo sua vontade por meio da força, a chancelaria russa preocupou-se em tentar dotar de legitimidade suas ações.

⁷ Caso contrário, grande parcela dos Estados do Sudeste asiático e do mar da China demandará uma presença

Segundo Ikenberry (2011), num mundo de crescente interdependência nas áreas econômica e de segurança, o custo de permanecer alheio às normas e aos princípios liberais, deixando de conceber e/ou participar de redes de cooperação, eleva-se de forma considerável. As estratégias adotadas para a criação de redes e vínculos com outros parceiros internacionais são variadas entre os atores globais. A despeito da existência de diversas maneiras e abordagens para a consecução desse objetivo, duas opções têm-se destacado nas últimas décadas: o fortalecimento dos grandes sistemas de regulação multilateral e a consolidação de diferentes esferas de atuação com suas respectivas coalizões específicas. Em ambas as linhas de ação, o principal interesse subjacente à participação dos países nessas redes⁸ é angariar recursos políticos e econômicos com vistas a influenciar o desenvolvimento da governança global⁹, tornando a ordem internacional mais condizente com interesses nacionais específicos. Novamente, vale destacar que tentar influenciar o desenvolvimento da governança global e tornar a ordem internacional mais favorável às aspirações nacionais não significa contestar os fundamentos desse ordenamento. As potências emergentes buscam alterar algumas características da ordem liberal, mas sem modificar sua estrutura básica.

Apesar das significativas expectativas geradas pelas grandes conferências que dominaram a década de 1990¹⁰, o fortalecimento

maior dos Estados Unidos na região, prejudicando os interesses chineses ao restringir a área de influência sínica.

⁸ Tanto as potências desenvolvidas quanto as emergentes.

⁹ Utilizar-se-á no presente trabalho a definição de “governança global” de Stewart Patrick, que a entende como “o esforço coletivo feito por Estados, Organizações Internacionais e outros atores no sentido de estabelecer desafios comuns e buscar oportunidades que vão além das fronteiras nacionais”. (PATRICK, 2014).

¹⁰ Como bem explorado por Alves (2001).

dos grandes sistemas de regulação multilateral tem perdido espaço para concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores. Muitos organismos internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), têm perdido influência em decorrência da falta de acordo entre seus membros sobre determinadas matérias; a falta de previsão para a conclusão da Rodada Doha é sintomática a esse respeito. Nos últimos dez anos, o surgimento e o fortalecimento de grupos e de iniciativas compostos por diferentes nações tornaram-se evidentes. O G-7/G-8, o G-20 comercial, o G-20 financeiro, os BRICS, o IBAS, o BASIC, além dos blocos de concertação regional, têm oferecido respostas multilaterais efetivas para muitos problemas que não podem ser resolvidos por meio das instituições de caráter global:

effective multilateral responses are increasingly occurring outside formal institutions, as frustrated actors turn to more convenient, *ad hoc* venues. The relative importance of legal treaties and universal bodies such as the UN is declining, as the United States and other states rely more on regional organizations, “minilateral” cooperation among relevant states, codes of conduct, and partnerships with nongovernmental actors (PATRICK, 2014).

Nesse contexto de pluralidade de instituições e de espaços de concertação, os Estados têm estabelecido arranjos mais flexíveis que lhes possibilitem enfrentar desafios e problemas complexos de forma eficaz. Como resultado, alguns itens da agenda internacional são selecionados e tratados pelos atores mais relevantes daquele tópico, dando ensejo ao que Patrick (2014) denominou “governança global em pedaços”. Como exemplo, esse autor menciona os regimes do clima, de saúde, do comércio internacional e duas iniciativas lançadas pelo governo de Barack Obama, a Parceria Transpacífica e a Parceria Transatlântica de comércio e de investimento (PATRICK, 2014).

No contexto da atual ordem liberal e de forma complementar às visões de Ikenberry (2011) e de Patrick (2014), Robert Keohane (2012) apresenta três grandes tendências que vêm ganhando força desde 1990: o aumento na legalização das ações e dos procedimentos internacionais; o aumento do legalismo e do moralismo de lideranças da sociedade civil; e as alterações na coerência interna em alguns regimes internacionais.

O processo de aumento da legalização estaria diretamente vinculado às instituições. As regras estabelecidas pelas organizações internacionais são claras e vinculantes, provendo arranjos necessários para a adjudicação da solução de eventuais litígios a uma terceira parte e reduzindo a possibilidade de eventuais conflitos armados entre os lados em disputa. Como consequência, para o autor, haveria uma redução das

incertezas a respeito das regras válidas e um maior conhecimento sobre suas aplicações nos casos concretos (KEOHANE, 2012)¹¹. Evidência desse processo de legalização, nas últimas duas décadas, é o aumento significativo da utilização dos aparatos institucionais destinados à resolução de controvérsias entre diferentes atores internacionais.

A segunda tendência apresentada por Keohane (2012) está vinculada à percepção de mundo que a sociedade civil vem desenvolvendo nos últimos anos. Assim, o aumento do legalismo e do moralismo das lideranças da sociedade civil pode ser resultado do aumento de importância, ao redor do mundo, de dois valores normativos: a crença de que progressos morais e políticos podem ser obtidos por meio da aplicação do Direito; e a crença de que princípios morais fornecem valiosos guias para a atuação política de líderes, Estados e organizações, além de fornecerem balizas para o posterior julgamento de suas ações¹². Para Keohane (2012), os principais benefícios advindos dessa tendência seriam: o fornecimento de parâmetros adequados e necessários à legitimação da influência exercida pelos atores hegemônicos; e o estabelecimento de uma base moral capaz de guiar as pressões de movimentos sociais locais que buscam promover valores liberais e democráticos.

A terceira tendência relaciona-se tanto à questão da coerência quanto às instituições internacionais. Segundo Keohane (2012), uma

¹¹ Como se notará mais adiante, o fato de haver mais tribunais internacionais não significa, muitas vezes, maior clareza a respeito das regras aplicáveis.

¹² Nesse ponto, é importante destacar que Keohane (2012) diferencia “legalismo” de “moralismo” por entender que um aumento no primeiro pode ser uma tentativa de esconder o exercício de poder por parte de um ator determinado. Em sua visão, o Direito e a sua eficácia sempre se sustentam em estruturas de poder; logo, a aplicação de regras e normas pode tornar-se muito desigual em contextos em que as partes em oposição são muito distintas em termos de poder. Para maiores informações sobre esse aspecto, ver Keohane (2012).

instituição ou um conjunto de instituições demonstram coerência quando têm estruturas hierárquicas suficientemente claras para não deixar dúvidas sobre que regras e/ou normas devem ser aplicadas num caso específico ou, ao menos, quando apresentam estruturas capazes de deixar evidente que instituições têm adjudicação para determinar as regras aplicáveis ao caso concreto. Para Keohane (2012), considerar uma instituição ou um conjunto de instituições como um “regime internacional” é o mesmo que reconhecer a existência de um alto grau de coerência interna em sua estrutura. Nesse ponto, a visão desse autor, além de complementar, aproxima-se muito das concepções de Ikenberry (2011) e de Patrick (2014):

As I suggested, I see signs that the coherence of international regimes is declining. In several domains regimes or attempted regimes are becoming “regime complexes”: loosely coupled arrangements of rules, norms and institutions marked both by connections between several specifics functionally related institutions and by the absence of an overall architecture or hierarchy that structures the whole set. (KEOHANE, 2012, p. 129).

Desse modo, tanto para Keohane (2012) quanto para Ikenberry (2011) e Patrick (2014), o desenvolvimento das concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores ocorre, na atualidade, como consequência da perda de capacidade das grandes organizações multilaterais em regular eficaz, rápida e adequadamente os principais regimes internacionais e seus respectivos temas e agendas.

Como tentativa de sintetizar as principais ideias até aqui apresentadas, pode-se afirmar que a ordem liberal passou a ter escala global, depois da Guerra Fria, em decorrência do fim do bloco comunista e da ascensão de novos

atores econômicos e políticos, como os países emergentes. Apesar de um início promissor, o esforço realizado pelas grandes instituições multilaterais para regular os principais temas da agenda da ordem liberal não tem apresentado o resultado desejado. Com isso, houve um aumento do grau de incertezas entre os atores internacionais, um incremento no número de divergências sobre diferentes matérias e um maior número de desacordos e controvérsias pontuais sobre tópicos específicos. Para enfrentar esses problemas, os Estados têm recorrido à formação de coalizões *ad hoc* para tratar temas relevantes da agenda internacional e, com mais frequência, têm recorrido aos meios jurisdicionais de solução de controvérsia¹³. Esse segundo aspecto foi o responsável pela proliferação de tribunais, cortes internacionais e órgãos de apelação, o que, por um lado, tem sanado de forma pacífica expressivo número de conflitos, mas, por outro lado, tem levado à sobreposição de competências em algumas matérias, criando jurisprudências diversas e conflitantes, em algumas situações.

A próxima seção apresentará uma breve descrição dos principais meios de solução pacífica de controvérsias para, em seguida, expor o principal problema resultante do desenvolvimento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias nos últimos anos: o *forum shopping*.

3. Os principais meios de solução pacífica de controvérsias

A solução pacífica de controvérsias é uma das matérias mais importantes do Direito Internacional e sua evolução decorre da crescente restrição do direito ao uso da força por parte dos Estados. As convenções da Haia de 1899 e 1907 regularam a solução de litígios entre os Estados em vários de seus artigos, dando início a uma nova fase do Direito das Gentes cuja principal característica foi a crescente institucionalização dos meios de resolução de disputas. Em 1921, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) foi instituída no âmbito da Liga das Nações e constituiu importante passo para judicializar as controvérsias entre os países. O Pacto de Paris, também conhecido como Tratado Briand-Kellog, de 1928, restringiu quase completamente o uso da força por

¹³ A tendência que Keohane (2012) denominou “legalização” pode também ser entendida como uma propensão crescente de judicialização das controvérsias internacionais. Ao não ter uma interpretação comum sobre a aplicação das regras e normas que regem um determinado regime internacional, ou um tema específico, as partes em conflito buscam órgãos, tribunais e cortes internacionais para resolver suas controvérsias. Tais organismos são responsáveis por dizer às partes o direito aplicável – o *jus dicere*, que deu origem à palavra *jurisdição*. Ao adjudicarem a um terceiro a responsabilidade de pôr fim a uma controvérsia, as partes em litígio submetem-se à jurisdição daquele órgão naquele único caso ou em todos os demais que surgião a depender da vontade de cada Estado.

parte dos Estados¹⁴. Após a Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas também vedou o uso da força pelos Estados¹⁵, considerando tal medida defensável em duas possibilidades: quando empregada como instrumento de legítima defesa, desde que a força utilizada seja proporcional à agressão sofrida, e quando devidamente autorizada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. A Carta da ONU também criou a Corte Internacional de Justiça (CIJ), cujo estatuto derivou daquele utilizado por sua antecessora, a CPJI.

Segundo Alberto do Amaral Júnior (2008), o interesse pelos meios pacíficos de solução de controvérsia aumentou significativamente após o conflito mundial de 1939-1945. Junto com a crescente sofisticação das formas diplomáticas de composição dos conflitos, verificou-se o aperfeiçoamento da arbitragem e o aumento significativo do número de cortes judiciárias, em escala regional e universal. Tais tendências inserem-se no processo abrangente de normatização da política mundial que tem ocorrido nas últimas décadas. “A expansão das regras de julgamento constitui apenas uma das facetas desse processo, que contou ainda com o notável alargamento do campo regulatório do direito internacional” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 238).

Para melhor compreensão dos tipos de meios pacíficos de solução de controvérsias, é importante definir o último termo. Pode-se afirmar que uma controvérsia surge quando há desinteligência entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público sobre questões de fato e/ou de direito. O desacordo ocorre, por exemplo, quando um Estado, ao interpretar um fato e/ou norma, formula uma pretensão explícita ou implícita a respeito de um objeto, afetando de forma direta ou indireta as pretensões e os interesses de outro Estado. Caso este conteste a interpretação dada por aquele, apresentando entendimento diferente a respeito do mesmo objeto, uma controvérsia estará configurada (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 238). As partes em desacordo poderão entender-se por meio de negociações diretas ou poderão submeter o litígio a um terceiro ator, que ficará responsável pela aplicação do direito necessário à resolução da controvérsia.

A Carta das Nações Unidas, em seu artigo 33, prevê que, antes de tomar qualquer ação, as partes envolvidas em uma controvérsia que possa ameaçar a paz e a segurança internacionais buscarão encontrar

¹⁴ Interessante exceção à restrição ao uso da força foi feita em relação aos territórios coloniais.

¹⁵ O art. 2, IV, da Carta das Nações Unidas (1945) tem o seguinte texto “todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

uma solução para sua disputa por meio da negociação, do inquérito, da mediação, da conciliação, da arbitragem, da solução judicial, do recurso a entidades ou a acordos regionais, ou por meio de qualquer outro recurso pacífico.

De acordo com a literatura, os dois principais canais de solução pacífica de controvérsias são os diplomáticos (negociações diretas, bons ofícios, mediação e conciliação) e os jurisdicionais (arbitragem e decisões de cortes e tribunais internacionais). Esses canais, com seus respectivos meios de solução de litígio, são válidos no âmbito do Direito Internacional e podem ocorrer de forma paralela em algumas situações.

As negociações diretas costumam ocorrer pelas vias diplomáticas de que dispõem as partes em desacordo. Esse meio de solução de controvérsias geralmente precede os demais; no entanto, nada impede que, a qualquer tempo, diálogos entre as autoridades e os diplomatas de cada Estado aconteçam de forma paralela ou posterior à evolução de outro procedimento eventualmente já adotado no caso concreto. Quando as negociações, por qualquer razão, deixam de evoluir ou passam a enfrentar dificuldades consideráveis, as partes poderão solicitar a atuação de terceiros que, por meio de seus bons ofícios, propiciam meios para facilitar o diálogo entre os litigantes. Os bons ofícios podem ser ofertados por Estados, organizações internacionais ou indivíduos, mas seu uso está condicionado à aquiescência das partes em conflito (SHAW, 2003, p. 918-923).

A mediação é forma de solução de controvérsias na qual um terceiro sujeito age de forma a sugerir medidas, ações e meios capazes de pôr fim à disputa, a convite das partes em litígio. As diferenças em relação aos bons ofícios nem sempre são claras; mas, no caso da mediação, pode-se perceber uma atuação mais substancial do facilitador, no sentido de pro-

por soluções que sejam aceitáveis para ambos os lados em disputa, tentando influenciá-los em suas decisões¹⁶.

Quando há desinteligências a respeito de questões de fato, o meio mais empregado costuma ser a instituição de uma comissão de inquérito, composta por especialistas técnicos renomados. Prevista pela primeira vez na Convenção da Haia de 1899, esse meio surgiu como alternativa à arbitragem. Na atualidade, o inquérito tem sido usado como etapa preliminar à conciliação e à arbitragem, uma vez que sua capacidade para elucidar os fatos relacionados a uma controvérsia produz bons subsídios aos meios mais complexos de solução de controvérsias. A composição da comissão de inquérito não precisa ser neutra. Os técnicos escolhidos poderão, ou não, ser nacionais dos países em disputa (SHAW, 2003, p. 923-925).

A conciliação foi muito praticada no período do Entreguerras, apresentando significativo desenvolvimento na segunda metade do século passado. É meio de solução de controvérsias mais elaborado em relação aos mencionados, já que envolve uma investigação levada a cabo por uma terceira parte e a submissão da disputa a uma comissão de conciliadores. Ao contrário da arbitragem, a decisão final proferida pela comissão não é vinculante: tem apenas caráter propositivo para as partes envolvidas.

As decisões dos organismos internacionais podem ser jurisdicionais ou podem ser políticas. As determinações dessas instituições se-

¹⁶ Exemplo recente de dificuldade na classificação e diferenciação entre bons ofícios e mediação encontra-se na atuação do Papa Francisco no sentido de aproximar Washington e Havana – em que pese não existir, formalmente, uma controvérsia específica a opor Estados Unidos e Cuba, sendo a situação atual mais decorrente de uma oposição ideológica e de anos de hostilidade entre os dois Estados. Como não se conhecem bem os limites da atuação do Pontífice para facilitar o diálogo entre os dois países, o caso pode ser enquadrado tanto numa quanto noutra modalidade.

rão políticas nas situações em que o organismo não conta com órgão específico para a solução de controvérsias ou, caso o tenha, profere determinada decisão sem consultá-lo.

Apresentados os principais meios diplomáticos, é necessário abordar os meios jurisdicionais. O elemento básico para a constituição de uma decisão jurisdicional é a presença de um ator que, não envolvido na controvérsia, atue de forma imparcial e independente e cujas atribuições sejam compostas da responsabilidade de proferir decisões de caráter obrigatório às partes em disputa¹⁷.

A arbitragem é um meio de resolução pacífica de conflitos que atende a esse requisito. Essa modalidade pressupõe a escolha, por parte dos litigantes, de um ou mais árbitros, que deverão proferir sentença de acordo com o Direito Internacional Público e dentro dos limites de seus mandatos. No final do século XIX e ao longo do século XX, a arbitragem foi empregada em diversas ocasiões para encerrar disputas internacionais de modo amigável. No caso do Brasil, esse instrumento foi importante para a delimitação pacífica de parcela expressiva das fronteiras nacionais¹⁸.

Na atualidade, diversos tratados internacionais, bilaterais ou multilaterais, estabelecem o recurso à arbitragem como forma de dirimir eventuais conflitos surgidos em seus âmbitos. No entanto, existindo uma controvérsia, os sujeitos de Direito Internacional podem fazer uso desse meio, independentemente da existência da referida previsão, bastando, para tanto, celebrar tratado específico para esse fim. Do referido instrumento deverá constar a “qualificação das partes; o nome dos árbitros e dos respectivos substitutos; o objeto do litígio, com descrição minuciosa dos fatos controversos; bem como as regras que regerão a instalação e funcionamento do tribunal arbitral [...].” Além disso, é necessário “explicitar as normas processuais e materiais que orientarão os árbitros” e o Direito aplicável (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 248). O laudo arbitral é o documento que põe fim ao processo de arbitragem, com uma deci-

¹⁷ Apesar do caráter vinculante, as decisões obtidas pelos meios jurisdicionais de solução de conflitos não têm como ser executadas automaticamente, como ocorre no âmbito doméstico, por exemplo. Como os Estados soberanos podem ou não cumprir as decisões contra eles proferidas, a Carta das Nações Unidas estabeleceu, em seu artigo 94, IV, a possibilidade de um Estado recorrer ao Conselho de Segurança da ONU, caso sua contraparte litigante deixe de cumprir as determinações advindas de uma decisão da Corte Internacional de Justiça. Para garantir a execução das sentenças da CIJ, o Conselho de Segurança poderá fazer recomendações à parte inadimplente ou decidir que medidas deverão ser tomadas no caso concreto.

¹⁸ No caso do Brasil, vale ressaltar a arbitragem realizada por Cleveland, presidente norte-americano, na Questão de Palmas, que opôs o Brasil à Argentina; a realizada por Vitor Emanuel II, rei da Itália, na Questão do Pirara, que opôs o Brasil ao Reino Unido; e a realizada por Walter Hause, Presidente da Confederação Suíça, na Questão do Amapá, que opôs o Brasil à França.

são devidamente fundamentada a respeito do litígio. Seus termos são obrigatórios e definitivos, devendo as partes acatá-los e executá-los de boa-fé (SHAW, 2003, p. 955-956).

Por fim, o meio de solução de controvérsias que apresentou grande evolução nas últimas décadas foi a litigação sob amparo de cortes, tribunais e órgãos de solução de controvérsias¹⁹. As decisões dessas instituições têm caráter vinculante, devendo ser observadas pelos Estados que eventualmente venham a adjudicar determinado litígio a esses órgãos. Ademais, na medida em que as decisões proferidas por essas instituições passam a fazer parte da jurisprudência do Direito das Gentes, que, conforme previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, configura uma das fontes do Direito Internacional Público²⁰, os princípios emanados dos julgamentos desses órgãos devem ser observados pelos demais sujeitos de Direito Internacional.

A dificuldade de se ater à jurisprudência internacional intensifica-se quando há uma proliferação de tribunais, cortes e órgãos de apelação com jurisdições sobrepostas e que passam a proferir sentenças e decisões por vezes conflitantes sobre um mesmo tema ou questão. Esse será o ponto a partir do qual haverá a configuração do *forum shopping*.

4. Os principais fatores que ensejaram o surgimento do *forum shopping*

Até a década de 1990, podiam-se enumerar, sem grande dificuldade, todas as cortes e os tribunais internacionais então existentes²¹. No entanto, após o fim da Guerra Fria, o número de órgãos jurisdicionais aumentou de forma exponencial, o que acarretou a sobreposição de jurisdições e da concorrência entre os diferentes fóruns. O aumento do número de tribunais internacionais, a emergência da jurisdição “automática”²² e

¹⁹ Vale destacar que adjudicação de controvérsias a determinada jurisdição, no Direito Internacional, significa que o Estado tem o poder de definir o direito e as normas a serem aplicadas para a resolução da questão, assim como delimitar os termos da própria adjudicação em si. Algo muito similar ao que foi apresentado a respeito do mandado arbitral.

²⁰ O artigo 38 prevê as seguintes fontes para o Direito Internacional: os tratados internacionais; os costumes internacionais; os princípios gerais de Direito; a jurisprudência formada pelas decisões judiciais e pelas doutrinas de grandes juristas de diferentes países. Além disso, a equidade poderá ser utilizada, desde que as partes estejam de acordo.

²¹ Havia a Corte Internacional de Justiça, as Cortes Europeias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte de Benelux e a Corte de Justiça da Comunidade Andina.

²² Importante influência prática e doutrinária no Direito Internacional dos últimos anos, a jurisdição automática tem ganhado destaque nos principais acordos e tratados de comércio e de investimentos. A introdução de cláusulas que normatizam as condições para a solução de eventuais conflitos tem-se tornado muito comum e permitido às partes que se sintam lesadas no acesso automático às cortes e/ou aos tribunais previamente determinados pelos tratados assinados.

o crescente acesso aos meios jurisdicionais de solução de controvérsias pelos atores privados transnacionais propiciaram o contexto ideal para a proliferação das estratégias de *forum shopping* (SALLES, 2014, p. 18).

Forum shopping is a dirty word: but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favorably presented; this should be a matter neither for surprise nor for indignation (LORD SIMON, 1973 apud SALLES, 2014, p. 29).

De fato, como afirma Lord Simon, as estratégias de *forum shopping* são utilizadas pelos litigantes como instrumento para tentar garantir o atendimento de seus interesses próprios, o que, a princípio, não deveria causar surpresa ou indignação, não fossem as consequências negativas dessas ações para o Direito Internacional como um todo.

O aspecto negativo vinculado ao termo *forum shopping* decorre da rotineira má-fé vinculada ao uso das estratégias de escolher um fórum em particular, de litigar de forma paralela e de litigar de forma seriada. O primeiro caso ocorre quando, diante da possibilidade de ingressar com litígios em mais de um tribunal, uma das partes adjudica a controvérsia a um órgão que considera mais benéfico aos seus interesses, seja em razão da jurisprudência da corte, seja em decorrência do corpo de juízes que compõem o fórum.

A litigação paralela ocorre quando uma das partes adjudica simultaneamente o litígio a mais de um tribunal internacional em busca de sentenças favoráveis, independentemente de outras já proferidas ou em vias de serem concluídas. Como exemplo, pode-se citar a controvérsia que envolveu o Chile e a União Europeia a respeito da exploração do

peixe-espada no sudeste do Pacífico. As partes acionaram, ao mesmo tempo, a OMC e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, tendo sido suspensos os procedimentos de análise do caso, em ambas as cortes, somente após os dois litigantes entrarem em acordo direto, em 2001.

A litigação seriada consiste em criar múltiplas representações contra uma parte, num mesmo tribunal ou em diferentes fóruns. O litigante que lança mão dessa estratégia costuma apresentar de forma reiterada um conjunto de teorias e argumentos em diferentes tribunais, além de, em algumas situações, poder valer-se de várias pessoas jurídicas diferentes para figurarem como polo ativo das diversas ações propostas. Por meio da litigação seriada, um Estado, por exemplo, poderia acionar outro país em diversas cortes e tribunais utilizando, para tanto, as ações de empresas transnacionais, indivíduos, organizações internacionais e até mesmo outros Estados²³.

Com frequência, a parte que recorre a essas ações já sabe que será condenada, mas tenta valer-se da falta de coordenação entre as diferentes cortes internacionais para evitar indenizar a contraparte que sofreu um dano. Como consequência, há o acionamento de número grande de profissionais altamente especializados, de diferentes órgãos, para analisar uma mesma controvérsia ou para avaliar uma infinidade de recursos sobre uma controvérsia já apreciada pelo tribunal. A solução das controvérsias deixa de ser o objetivo final e dá lugar à tentativa de atrasar, obstar ou dificultar ao máximo os trabalhos dos órgãos jurisdicionais acionados. Outra importante consequência negativa ocorre quando os tribunais emitem pareceres diferentes a respeito de um mesmo tema, dificul-

²³ A apresentação de recorrentes recursos às decisões de um tribunal também pode ser denominada como litigação seriada.

tando assim a formação de uma jurisprudência coerente sobre a matéria e dando margem para estender as discussões a respeito da controvérsia em benefício da parte infratora.

Para se compreender como surgiu um “mercado” para os adeptos das estratégias de *forum shopping*, é necessário expor, ainda que de forma resumida, os três fatores que lhe deram causa: o aumento significativo das cortes e dos tribunais internacionais; o aumento da influência da litigação compulsória; e o maior recurso aos meios jurisdicionais de solução de conflitos por parte de Estados e de outros atores transnacionais.

Como exemplo da primeira vertente, podem-se mencionar as diversas cortes e tribunais que surgiram nos últimos anos e que, além de complementarem a atuação das mais antigas, passaram a concorrer com elas em diferentes matérias. Apenas a título de exemplo, mencionem-se algumas das principais cortes e tribunais que atuam no atual contexto internacional e cujas jurisdições podem sobrepor-se e dar ensejo às práticas de *forum shopping*.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Integrante da estrutura da ONU, a CIJ demonstra profunda continuidade em relação aos trabalhos desenvolvidos pela CPJI, na medida em que tem estatuto baseado no de sua predecessora e profere decisões que frequentemente remetem aos julgados da CPJI.

A competência da CIJ abrange qualquer controvérsia entre Estados relativa à interpretação e/ou à aplicação de quaisquer normas ou princípios de Direito Internacional. Apesar de crescentes críticas, as organizações internacionais e os indivíduos não figuram como partes em processos na CIJ, somente os Estados que se submetam à sua jurisdição. Essa aceitação pode ser para um caso concreto específico ou para todas as controvérsias envolvendo ou-

tro Estado que também tenha manifestado concordância em se submeter à jurisdição da CIJ. Idealizada pelo diplomata brasileiro Raul Fernandes, a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória foi criada na década de 1920 e sujeita os países que a subscrevem a aceitar a jurisdição da CIJ, em condições de reciprocidade, em eventuais controvérsias que envolvam alegadas violações do Direito Internacional (SHAW, 2003, p. 978-982)²⁴.

É ponto pacífico na doutrina a necessidade de consentimento pelos litigantes para a atuação da Corte, sendo necessária a submissão espontânea dos Estados em conflito à sua jurisdição. No entanto, caso um país acione a CIJ contra uma nação que não reconhece a jurisdição daquela Corte, as decisões proferidas pelo Tribunal só não serão válidas na hipótese dessa mesma nação contestar o foro no qual o litígio se encontra, ou seja, contestar a competência da CIJ para proferir decisão que a vincule. Por outro lado, caso a nação acionada conteste o mérito da controvérsia, isso será suficiente para firmar a competência da CIJ, por ser considerada uma submissão tácita à jurisdição desse Tribunal (SHAW, 2003, p. 973-978)²⁵.

²⁴ O principal objetivo da referida cláusula foi fortalecer a CIJ ao mesmo tempo em que mantinha o direito de os Estados se submeterem à jurisdição daquela Corte pelo período desejado e nas matérias escolhidas, podendo os países excluir litígios que envolvessem temas considerados por eles como sensíveis ou prejudiciais a seus interesses nacionais.

²⁵ A doutrina denomina tal princípio *forum prorrogatum*. Sua aplicação no caso concreto encontra-se bem exemplificada no Caso do Estreito de Corfur que opôs o Reino Unido à Albânia. De forma muito resumida: em 22/10/1946, dois navios de guerra britânicos colidiram com minas nas águas territoriais albanesas; o Reino Unido ingressou na CIJ com uma petição de reparação dos danos sofridos, alegando que a Albânia era responsável pelas condições de suas águas territoriais; este país, porém, em vez de apresentar contestação preliminar arguindo a incompetência da CIJ para julgar o litígio, escreveu àquela Corte afirmando que a petição do Reino Unido não era o instrumento adequado para acionar aquele Tribunal, reconhecendo, assim, tacitamente, a jurisdição da CIJ para aquele caso específico.

As sentenças da CIJ são obrigatórias e vinculam as partes por terem força de coisa julgada e por não darem direito a recurso. Além disso, como já foi mencionado, suas decisões passam a fazer parte da jurisprudência internacional, constituindo precedentes a serem observados por todos os países e demais sujeitos de Direito Internacional. Para além de sua competência para dirimir litígios e controvérsias, a CIJ tem competência consultiva ao ser acionada pela Assembleia Geral, pelo Conselho de Segurança ou pelas organizações internacionais integrantes da ONU – e pode elaborar pareceres de grande valor doutrinário (SHAW, 2003, p. 1.000-1.004).

Outro fórum cuja atuação tem grande importância é o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), criado pela Convenção de Montego Bay, de 1982. Em 1996, após reunir número suficiente de ratificações, esse órgão passou a funcionar, com sede em Hamburgo, com o objetivo de julgar litígios derivados do referido tratado. Composto por 21 juízes, independentes e eleitos entre juristas com alta reputação, seus membros devem representar os principais sistemas jurídicos do mundo, além de ter uma distribuição geográfica equitativa.

Diferentemente da CIJ, o TIDM é aberto a diferentes sujeitos de Direito Internacional além dos Estados: a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos; as organizações internacionais cuja maioria dos membros seja parte da Convenção; as empresas estatais; e as pessoas físicas e jurídicas. A competência da Corte abrange controvérsias relacionadas à interpretação e/ou aplicação da Convenção de Montego Bay e de outros acordos que se relacionem com os objetivos desse Tratado e que atribuem ao Tribunal a referida competência. Assim como a CIJ, o TIDM também tem competência consultiva, podendo emitir pareceres quando provocado (SHAW, 2003, p. 1.005-1.006).

Com o início do funcionamento do TIDM, a CIJ passou a concorrer com essa Corte na resolução de conflitos referentes ao direito do mar. A Convenção de Montego Bay permite que as partes escolham entre a CIJ, o TIDM e a arbitragem para resolver eventuais disputas. Como bem lembrado por Amaral Júnior (2008), em matérias que envolvam atividades econômicas marítimas, há ainda a possibilidade de concorrência desses dois tribunais com o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC²⁶.

Outro campo em que a multiplicidade de tribunais também ocorreu diz respeito aos direitos humanos. No início da década de 1990, a extin-

²⁶ Novamente, serve como exemplo o caso da pesca do peixe-espada no sudeste do Pacífico, que opôs o Chile à Comunidade Europeia e acabou sendo resolvido por meio de um acordo entre as duas partes, o que deu ensejo à suspensão dos procedimentos para a solução de controvérsias iniciadas na OMC e no TIDM.

ta Iugoslávia entrou em guerra civil e diversos crimes de guerra ocorreram em seu território. Pouco tempo depois, o Conselho de Segurança decidiu criar um Tribunal Internacional para julgar os responsáveis pelas violações ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1991. A Resolução 827, de 1993, aprovou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, proporcionando as condições adequadas ao seu funcionamento e vinculando essa Corte ao Conselho de Segurança da ONU. Como órgão subsidiário desse Conselho, esse Tribunal obteve competência para julgar os acusados de ilícitos internacionais de caráter humanitário²⁷.

Pouco tempo depois da criação do Tribunal para a antiga Iugoslávia, procedimento parecido foi tomado para os conflitos ocorridos em Ruanda. Em 1994, confrontos entre as etnias hutu e tutsi vitimaram mais de 500 mil pessoas em Ruanda, além de gerarem número expressivo de refugiados. Diante desse grave quadro, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por meio da Resolução 955, de 1994. Com sede em Arusha, na Tanzânia, essa Corte tem competência para apreciar as violações de direitos humanos, como o genocídio, a escravidão, a tortura, as perseguições religiosas, entre outros delitos, ocorridos entre 1º de janeiro e 31

de dezembro de 1994, no território de Ruanda e nos países vizinhos.

Também no âmbito dos Direitos Humanos, o Estatuto de Roma, aprovado em 1998 e em vigor desde 2002, criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Influenciado pelos resultados jurisprudenciais dos Tribunais de Nurembergue e de Tóquio, essa Corte Penal consolidou o entendimento de que a configuração de um ilícito internacional não depende dos termos da legislação doméstica dos países, mas tão somente da configuração de um crime definido e previsto no Direito Internacional. Nesse sentido, o TPI não reconheceu imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito das Gentes e não aceitou o argumento do cumprimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade para eventual delito cometido (PORTELA, 2010, p. 423-432).

O TPI atua como Corte universal independente e de caráter complementar às jurisdições domésticas. Suas ações são esporádicas e excepcionais, devendo cobrir as lacunas deixadas pela incapacidade ou falta de disposição dos Estados em processar e julgar eventuais responsáveis por delitos internacionais. Desse forma, essa Corte só aceita a propositura de uma ação contra um indivíduo caso esteja configurada uma inação do Judiciário estatal em relação ao caso concreto em análise.

A competência do TPI abrange os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, conforme previsto pelo Estatuto de Roma. Qualquer Estado parte desse tratado, além do Conselho de Segurança da ONU, pode formular denúncia à promotoria do tribunal, com vistas a dar início às investigações para apurar a responsabilidade por eventuais delitos. A jurisdição do TPI depende da adesão dos Estados ao Estatuto de Roma, não havendo a possibilidade de reservas à ratificação do referido instru-

²⁷ É assunto controverso o paralelo entre os Tribunais de Nurembergue, de Tóquio, para a Iugoslávia e para Ruanda com tribunais de exceção, nos quais o princípio do juiz natural não é respeitado. Não haveria dúvida de que essas quatro cortes se enquadrariam nessa nomenclatura caso tivessem sido instauradas no âmbito doméstico de um Estado Democrático de Direito. No entanto, na esfera internacional, tal entendimento passa a ser mais problemático. Como não há uma “norma fundamental”, no sentido de Hans Kelsen (2001), no contexto internacional, a necessidade de previsibilidade para o atendimento do princípio do juiz natural não pode ser plenamente atendida. Em que medida a Carta da ONU e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça podem ser considerados como as fontes primárias necessárias para garantir que tribunais de exceção não ocorram na esfera internacional é aspecto que foge ao objeto do presente artigo. Para maiores detalhes a esse respeito, ver Kelsen (2001) e Moraes (2004).

mento, dada a natureza jurídica dos dispositivos que o integram. As sentenças proferidas pela Corte aplicam-se a quaisquer indivíduos, independentemente de suas funções públicas ou privadas, não havendo, assim, imunidade para Chefes de Governo ou de Estado (PORTELA, 2010, p. 428-432).

Vale ainda mencionar a existência e a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que integram, respectivamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Com competência para analisar e julgar eventuais violações de direitos humanos, a jurisdição desses tribunais concorre com a atuação da CIJ e pode sobrepor-se, também, à do TPI, dependendo de cada caso.

Poder-se-iam apresentar e enumerar vários outros órgãos jurisdicionais criados entre 1990 e a presente data, mas os exemplos mencionados são suficientes para demonstrar o primeiro aspecto que contribuiu para a formação de um “mercado” propício à prática de estratégias de *forum shopping*: a proliferação de diversas cortes e tribunais internacionais. Segundo Amaral Júnior (2008, p. 262-263):

Não houve, até agora, a necessária preocupação em coordenar, segundo uma diretriz comum, as várias jurisdições criadas. [...] O método descentralizado de atribuir a órgãos distintos competência para a solução de disputas enseja a probabilidade de conflitos e sobreposições ao se considerar que a mesma controvérsia pode recair no âmbito de instâncias jurisdicionais diferentes. [...] as tensões resultantes do conflito de jurisdição afetam a previsibilidade, a eficácia e a credibilidade do Direito Internacional.

O surgimento de um número maior de tribunais no contexto internacional pode trazer benefícios como atender a demandas reprimidas e salientar todos os aspectos técnicos de um litígio multifacetado. Também pode acontecer um aumento na qualidade dos trabalhos e das decisões proferidas pelos órgãos, na medida em que se intensifica uma maior concorrência entre os diferentes fóruns. No entanto, quando esse aumento no número de cortes e tribunais é acompanhado pelo surgimento do princípio da jurisdição “automática” ou litigação compulsória – segunda vertente que tem contribuído para o aumento do uso das estratégias de *forum shopping* –, ganha força o problema de como coordenar a sobreposição jurisdicional (SALLES, 2014, p. 20-21).

Nos últimos anos, mudança significativa ocorreu em relação à prática internacional de adjudicação dos litígios. Como já demonstrado e de acordo com a doutrina tradicional, um consentimento específico e expresso de ambas as partes em conflito é requisito necessário para a submissão de qualquer controvérsia à jurisdição de um determinado órgão. No entanto, uma nova prática tem atribuído caráter compulsório à submissão das partes à jurisdição de cortes e tribunais internacionais²⁸, ao mesmo tempo em que vem apresentando influência doutrinária crescente nos últimos anos. Essa vertente tem como característica o entendimento de que o consentimento prévio dos litigantes é redundante e/ou desnecessário para o julgamento de uma controvérsia. Seus

²⁸ Existem também algumas normas e princípios que, por sua própria natureza, são tidas como universais e, por isso, aplicáveis a todas as pessoas de Direito Internacional Público: a literatura denomina-as *jus cogens*. As normas do Direito das Gentes são obrigatorias, mas somente as do tipo *jus cogens* têm caráter imperativo. Elas têm origem nos tratados e nos costumes. Do primeiro tipo são as regras que proíbem o emprego e a ameaça de emprego da força, as normas que proíbem a pirataria, o genocídio e os crimes contra a humanidade. Do costume derivam as normas que exigem assistência às pessoas, aos navios e aos aviões que se encontram em situação de perigo. Para maiores informações sobre *jus cogens*, ver Nieto-Navia, (2003).

defensores afirmam que a ratificação dos tratados que criam os órgãos jurisdicionais já constitui uma aquiescência em relação à jurisdição prevista para a respectiva Corte internacional. Outros defendem, simplesmente, a possibilidade de se levar adiante, de forma unilateral, o processo de litigação, independente da vontade da parte acionada, caso o tratado ou contrato que vincula as partes tenha cláusula arbitral ou cláusula que especifique o foro ou os procedimentos para eventual solução de conflitos.

Naturalmente, o paradigma de jurisdição compulsória ainda enfrenta a resistência de diferentes pessoas jurídicas de Direito Internacional, principalmente por parte dos Estados quando na situação de acionados. No entanto, há âmbitos em que sua aplicação tem sido bem difundida, podendo ser considerada regra, por exemplo, nos casos de violações de direitos humanos nos âmbitos interamericano e europeu. As partes lesadas²⁹ podem acessar as Cortes de Direitos Humanos de ambos os sistemas, à revelia dos Estados infratores, desde que cumpram determinados requisitos para tanto.

Outro exemplo é a jurisdição do TPI, cujos princípios subjacentes são os mesmos verificados nos casos da CEDH e da CIDH, embora busquem punir os indivíduos que deram causa a eventuais ilícitos internacionais. Outro âmbito em que a jurisdição automática tem sido recorrente são os acordos regionais de comércio e investimentos e os acordos internacionais no âmbito da OMC. Em ambos os casos, os Estados lesados podem acionar os órgãos de solução de controvérsia eventualmente existentes no âmbito regional ou o OSC da OMC, sem necessitar da anuência do Estado infrator. Ademais, nos últimos anos, tornou-se muito comum, nos acordos internacionais de comércio e de investimentos firmados, a formulação de cláusulas arbitrais com previsão de acionamento automático para solução de controvérsias (SALLES, 2014, p. 22). O efeito mais importante desse fenômeno, entretanto, é o incentivo que ele causa ao surgimento de estratégias de *forum shopping*, já que a parte interessada passa a ter a capacidade de acionar um Tribunal escolhido, independentemente da vontade da outra(s) parte(s) envolvida(s) na controvérsia (SALLES, 2014, p. 22).

O terceiro fator que tem estimulado práticas de *forum shopping* é a emergência de atores não estatais como partes litigantes e o consequente aumento do número de processos e casos tratados pelos tribunais e pelas cortes internacionais. Como as empresas e as organizações internacionais se preocupam menos com retaliações de Estados ou com problemas de cunho diplomático, esses atores desfrutam de maior liberdade para

²⁹ Em sua grande maioria, indivíduos.

figurar no polo ativo de processos contra qualquer parte que lhes provoque prejuízos. O protagonismo desses agentes junto às Cortes e aos Tribunais internacionais ocorre também por outra via. Por vezes, Estados recorrem a órgãos jurisdicionais por sofrerem pressões domésticas de empresas, organizações transnacionais e indivíduos que querem fazer valer seus interesses particulares. Dessa maneira, num contexto de maior oferta de fóruns jurisdicionais, diferentes grupos domésticos de interesse têm conseguido aumentar sua capacidade de influenciar a litigação interestatal ao pressionar politicamente seus governos nacionais (KEOHANE; MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000).

A esse panorama de difícil distinção entre os interesses públicos e privados soma-se a crescente dependência econômica entre os países e o aumento dos laços transnacionais estabelecidos por entidades privadas, o que torna mais difícil a tarefa de produzir uma distinção adequada entre os âmbitos doméstico e internacional para a aplicação do Direito Internacional (SALLES, 2014, p. 25). Além disso, o problema é ainda composto pela falta de uma divisão e coordenação de trabalho abrangente entre os tribunais e a corte internacionais, cujos trabalhos têm apresentado crescente especialização em determinados temas e regimes, muitas vezes comuns a dois ou mais órgãos jurisdicionais.

Estudos recentes inovaram ao propor soluções procedimentais ao problema do *forum shopping*, distanciando-se das abordagens normativas, até então comuns a essa questão. Como os Estados são soberanos e somente se subordinam às jurisdições de cortes e tribunais internacionais caso manifestem prévia aquiescência, as normas procedimentais que regulam a adjudicação dos conflitos e a sua respectiva resolução teriam capacidade de evitar as estratégias de *forum shopping*.

Segundo Luiz Eduardo Salles (2014), as normas procedimentais podem contribuir para evitar a proliferação de estratégias de *forum shopping*, na medida em que são capazes de estabelecer regras e normas que regulamentarão o relacionamento entre as partes litigantes, o relacionamento entre o tribunal escolhido e cada uma das partes e o relacionamento entre os diferentes tribunais internacionais. Para tanto, Salles afirma que essas normas devem buscar: delimitar o âmbito de atuação da corte que julgará a controvérsia, de modo a garantir o exercício de sua autoridade; garantir o acesso das partes de um tratado e/ou acordo ao judiciário, caso seja necessário; garantir que as partes disporão dos mesmos recursos para suas defesas, ou seja, a equidade de instrumentos aos litigantes, garantindo justiça e equilíbrio de meios de defesa às partes; estabelecer o mínimo de coordenação entre os diferentes fóruns internacionais, de modo a produzir uma efetiva divisão de trabalho entre esses órgãos (SALLES, 2014, p. 30-31).

Seja como for, o problema ainda está longe de ser solucionado no curto ou no médio prazo e, ao que tudo indica, as estratégias de *forum shopping* continuarão a ocorrer nos próximos anos, gerando dificuldades para o Direito Internacional. Das três tendências que estão na base desse fenômeno, somente a proliferação de tribunais e cortes parece ter arrefecido nos últimos anos; no entanto, nada garante que essa tendência se consolide no cenário internacional. Certo é que a criação de métodos, regras e normas com vistas a regular o relacionamento entre os diferentes fóruns é uma necessidade crescente do atual contexto, que deve ser suprida o quanto antes, por meios procedimentais ou por meios normativos, sob pena de obstar o desenvolvimento do Direito das Gentes e ameaçar a efetividade das sentenças e das decisões proferidas pelas diversas cortes internacionais.

5. Conclusões

O presente artigo buscou demonstrar como o contexto pós-Guerra Fria propiciou o surgimento do fenômeno jurídico denominado *forum shopping*. As significativas mudanças na configuração mundial de poder têm causado dificuldades às instituições multilaterais, na medida em que suas estruturas não demonstram capacidade para resolver diversos problemas da atualidade. Diante de um maior grau de incertezas gerado pela paralisação dos principais órgãos multilaterais e de um maior número de divergências sobre diferentes matérias e tópicos específicos, os Estados têm recorrido à formação de coalizões *ad hoc* para tratar temas relevantes da agenda internacional e recorrido, com mais frequência, aos meios jurisdicionais de solução de controvérsia.

A proliferação de tribunais, cortes internacionais e órgãos de apelação que buscam resolver de forma pacífica expressivo número de conflitos é consequência direta de uma ordem internacional em transição. Somado a esse crescente número de órgãos jurisdicionais – e à consequente sobreposição de competências em algumas matérias –, o surgimento da ideia de jurisdição automática e o acesso de maior número de atores não estatais aos tribunais e às cortes internacionais propiciou a ocorrência de estratégias de *forum shopping* no âmbito global. Assim, a seleção estratégica de tribunais, a litigação paralela e a litigação seriada têm gerado efeitos prejudiciais à efetivação das sentenças e das determinações exaradas pelas cortes internacionais, na medida em que prolongam os debates em torno de uma determinada controvérsia, beneficiando eventuais infratores e gerando prejuízos à parte lesada. Ademais, essas estratégias criam dificuldades para a sistematização de

jurisprudências coesas e coerentes no Direito Internacional.

Apesar dessas dificuldades, tem-se delineado recentemente um importante aspecto positivo. Estudiosos desse campo têm compreendido a importância de se criar uma efetiva sistematização para o relacionamento entre os diversos tribunais e cortes internacionais e têm formulado estudos com sugestões e recomendações perspicazes. Há uma superação dos discursos normativos que se limitavam a julgar de forma subjetiva as estratégias de *forum shopping*. Na medida em que autores talentosos passam a indicar soluções procedimentais com capacidade de eliminar os efeitos negativos do *forum shopping* e de gerar maior coesão entre os órgãos jurisdicionais internacionais, cria-se contexto doutrinário promissor e favorável à sistematização do Judiciário global e à solução de conflitos e controvérsias entre os diversos atores.

Como o equilíbrio e a distribuição de poder entre os grandes atores internacionais continuam a se alterar de forma significativa, a ordem internacional atual ainda não tem todas as suas características bem definidas. No entanto, o surgimento de um Judiciário internacional mais coerente e coeso só tem a contribuir para as relações entre diferentes Estados, atores transnacionais e pessoas jurídicas e físicas. Ao promover maior previsibilidade e garantir respeito às regras internacionais, o Direito das Gentes contribui diretamente para facilitar os fluxos econômicos, políticos, financeiros e de conhecimento estabelecidos entre os diversos atores internacionais. Mesmo ainda não podendo determinar muitas das características políticas da emergente ordem global, pode-se inferir que ela apresentará um sistema jurídico internacional muito mais integrado e efetivo que o vigente durante a Guerra Fria.

Sobre o autor

Mateus Fernandez Xavier é doutorando e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, DF, Brasil; mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco (IRB), Brasília, DF, Brasil; e diplomata de carreira no Ministério das Relações Exteriores. E-mail: mateus.xavier@itamaraty.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁰

FORUM SHOPPING, A JURIDICAL PHENOMENON OF THE POST-COLD WAR CONTEXT

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the Post-Cold War international order triggered the juridical phenomenon called forum shopping. By analyzing the main transformations occurred in the international context since 1990, it was possible to notice how traditional multilateral organizations and institutions were unable to offer appropriate solutions to the demands posed by new world powers and new international actors. Thus, in the international context, diverse *ad hoc* coalitions and different jurisdictional courts and tribunals arise as an answer to the increasingly political and juridical uncertainness. With more States and non-states actors having access to different sorts of international tribunals and courts, forum shopping strategies emerged in the global scope.

KEYWORDS: FORUM SHOPPING. POST-COLD WAR CONTEXT. INTERNATIONAL LAW. THE SETTLEMENT OF DISPUTES BY PEACEFUL MEANS. INTERNATIONAL COURTS.

Referências

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon de. A ONU e a nova ordem mundial. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, 1995.
- ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio (Org.). *Relações internacionais do Brasil: Temas e agendas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Repertório de política externa: posições do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- DUNNE, Tim; HANSEN, Lene; WIGHT, Colin. The end of International Relations theory?. *European Journal of International Relations*, v. 19, n. 3, p. 405-425, 2013.
- DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Tudo império perecerá*. Brasília/São Paulo: Editora da UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2000.

³⁰Sem revisão do editor.

FONSECA JÚNIOR, Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HELPFER, Laurence R. Forum shopping for human rights. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 148, n. 2, p. 285-400, dec. 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3348&context=penn_law_review>. Acesso em: 3 fev. 2016.

IKENBERRY, John. The future of the liberal world order: internacionalism after America. *Foreign Affairs*, may-june 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KEOHANE, Robert O. Twenty years of institutional liberalism. *International Relations*, v. 26, n. 2. 2012. Disponível em: <<http://ire.sagepub.com/content/26/2/125.full.pdf+html>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized dispute resolution: interstate and transnational*. 2000. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/IOdispute.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

MAIA, Mariele. *O Tribunal Penal Internacional na grande estratégia Norte-Americana*. (1990-2008). Brasília: FUNAG, 2012.

MEARSHEIMER, John; WALT, Stephen. Leaving theory behind: Why simplistic hypothesis testing is bad for International Relations. *European Journal of International Relations*, v. 19, n. 3, p. 427–457, sept. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das nações unidas e estatuto da corte internacional de justiça*. 1945.

NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian Law. In: VORHAH, Lal Chand et al. *Man's Inhumanity to Man Essay of International Law in Honor of Antonion Cassese*, 2003. Disponível em: <<http://www.iccnow.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

PATRICK, Stewart. The unruly world: the case for good enough global governance. *Foreign Affairs*, jan./feb., 2014. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2013-12-06/unruly-world>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: Juspodim, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional público*: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALLES, Luiz Eduardo. *Forum shopping in international adjudication: the role of preliminary objections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SABOIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. 2000. Disponível em: <http://www.iccnow.org/documents/Vergne_Saboia.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2016.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Teoria democrática e a ação coletiva de pequenos grupos

THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA

Resumo: O presente artigo tem como campo de análise a interface da teoria democrática e suas particularidades na tentativa de ampliar os meios de participação e deliberação representativa. O objeto do artigo envolve uma abordagem comparada entre as críticas de Schumpeter à teoria democrática clássica e sua equivocada percepção de representação, bem como a inserção de elementos fundantes da concepção de Mancur Olson em torno dos grupos de interesse pequenos para se atingir um ponto ótimo de participação democrática. Ao longo do trabalho foram empregados os métodos de análise comparada e estruturalista, de maneira a se confrontarem as contribuições de Schumpeter e Olson e, em seguida, alçar o tema a um nível abstrato por meio da reconstrução dogmática.

Palavras-chave: Teoria democrática. Participação. Representação. Deliberação. Grupos de interesse.

1. Uma visão inicial do tema: a teoria democrática de Schumpeter

O presente trabalho tem por objetivo analisar um dos sete fatores utilizados por Schumpeter para refutar a teoria democrática clássica. Para tanto, além de tal fator, adotar-se-á como paradigma de abordagem a teoria da lógica da ação coletiva de grupos pequenos, desenvolvida por Mancur Olson.

Mediante a contextualização da noção de representação proporcional e de vontade da maioria, buscar-se-á situar a ideia de organização de indivíduos em pequenos grupos para satisfazer seus interesses coletivos e individuais (FOX, 2007). A concepção de que uma democracia não pode ser efetivada sem que o poder de comando seja entregue a um gru-

po que tenha amplo apoio político será contrastada com a ideia de que o funcionamento da democracia se sedimenta em seu princípio básico e, ainda, se este tem correspondência na representação proporcional (PITKIN, 1967).

A atuação dos grupos pequenos e a lógica de sua organização, tal como preconizadas por Olson, serão oportunamente utilizadas como parâmetros de análise para a otimização e a adequação de uma teoria democrática, nos moldes da crítica elaborada por Schumpeter, segundo o qual era essencial que a um grupo fosse entregue o controle de uma democracia. Assim, será abordada a conceção de que a divisão da sociedade, em razão dos benefícios coletivos que cada grupo almeja, fatalmente implicará a consecução dos ideais basilares de uma teoria democrática (MANSBRIDGE, 1983, p. 36).

Por fim, serão apresentadas as considerações finais acerca do modelo de análise adotado, mediante o qual será possível constatar que a organização da sociedade em pequenos grupos de atuação e mobilização, em vez de hierarquizar e estratificar o cenário político, permitirá o desenvolvimento de uma democracia mais coesa, robusta e heterônoma (AVRITZER, 2007, p. 444).

2. A crítica de Schumpeter a uma concepção de democracia sedimentada na vontade da maioria e na representação proporcional

Uma das ideias prevalentes em torno da teoria democrática clássica ampara-se no pressuposto de que a vontade do povo é soberana e que, somente por intermédio de sua prevalência, serão observados os preceitos de uma efetiva democracia (REHFELD, 2009, p. 225). Com o intuito de refutar essa tese, Schumpeter

aponta dois aspectos que evidenciariam que a vontade do povo não necessariamente conduziria à consecução de uma efetiva democracia.

Para o autor, não se pode negar que, mesmo que essa vontade fosse inegavelmente real e definida, nem sempre a decisão por maioria se ateria aos anseios democráticos de uma sociedade (SCHUMPETER, 1961, p. 331). À evidência, a decisão de simplesmente submeter um indivíduo à guilhotina, ainda que majoritária, não gozaria dos atributos tampouco do viés ou de uma estirpe democrática; afinal, “a vontade da maioria é apenas a vontade da maioria e não a vontade do povo” (SCHUMPETER, 1961, p. 331).

Desse modo, mesmo que as opiniões e os desejos dos cidadãos isolados fossem uma condição totalmente independente e definida – ainda que agissem com racionalidade e rapidez ideais –, não seria possível concluir que as decisões políticas tomadas pelo suposto processo democrático, baseado nas vontades individuais, representasse a vontade do povo (PATEMAN, 1992, p. 12).

Na análise de Schumpeter (1961, p. 320), a representação proporcional, por sua vez, não parece ser a melhor forma de solucionar tal controvérsia, uma vez que geraria uma série de idiossincrasias e, fatalmente, geraria a ineficiência política do governo em tempos de crise. Com efeito, conceber uma teoria democrática como uma efetiva fusão de vontades individuais, unidas ao redor de um centro de gravidade supostamente racional, significa acreditar que todos os indivíduos têm o mesmo grau de interesse político ou o mesmo nível de informações para tomar qualquer tipo de decisão politicamente relevante (PITKIN, 2006, p. 19).

Saliente-se que, quanto mais débil for o elemento lógico nos processos de mentalidade coletiva e mais completa a ausência de crítica racional, maiores serão as oportunidades de

alguns grupos desejarem explorar essas circunstâncias para conquistar o controle do governo.

Ainda que de forma meio enviesada, Schumpeter prefere associar a representação proporcional à noção de que o voto popular congrega em si a aceitação da liderança de um grupo determinado. Para o autor, o princípio basilar de uma teoria democrática revisitada e racional encontra fundamento na inequívoca delegação do controle do governo democrático a um grupo de indivíduos que tenha respaldo entre seus pares (PITKIN, 1967, p. 54).

Com efeito, não paira incongruência alguma na teoria de Schumpeter quanto a esse aspecto, porquanto também concebe como democrática a delegação do poder de governo a um grupo determinado de indivíduos, o qual detém maior legitimidade frente a grupos correntes.

No entanto, o ponto de visto do autor poderia ser mais bem compreendido se a unidade básica de análise, de crítica e de organização social fosse deslocada dos indivíduos, de forma isolada, para os pequenos grupos, associados em razão de seus interesses comuns, tal como fez Jonathan A. Fox (2007). Em verdade, quando Schumpeter agrupa elementos para reformular o conceito de uma teoria democrática, não considera que os indivíduos, além de agirem isoladamente, também podem fazê-lo de forma conjunta, mediante associações de pequenos grupos de interesse (MANSBRIDGE, 1983).

Nesse aspecto, a contribuição de Mancur Olson merece especial destaque, porquanto, sempre que os indivíduos se reunirem em pequenos grupos de interesse – com maior poder de barganha, pressão e possibilidade de consecução de interesses –, inevitavelmente a premissa da teoria democrática robusta, coesa e heterônoma terá melhores condições de ser validamente comprovada.

A malha social ou rede de interesses formada por pequenos grupos certamente terá maiores chances de obter uma efetiva atuação democrática na sociedade. Se os indivíduos forem capazes de se associarem com o escopo de obter a satisfação de seus interesses comuns – ou até divergentes (MANSBRIDGE, 1983) –, certamente as organizações exerçerão um relevante papel na consolidação de um modelo democrático reformulado.

3. As pequenas organizações e sua contribuição para um novo paradigma democrático

As organizações podem desempenhar importantes funções sociais quando existem interesses comuns ou grupais a serem defendidos e, embora eventualmente também possa haver um cenário de interesses individuais e pessoais, sua grande atribuição é promover a satisfação de benefícios coletivos (OLSON, 1999, p. 19, 31).

À semelhança da teoria da vontade da maioria de Schumpeter, os membros de uma organização são impulsionados, em princípio, pela satisfação de seus próprios interesses (MANSBRIDGE, 1983, p. 45), o que não afasta a possibilidade da existência de sentimentos altruístas. Inicialmente, o próprio ingresso de um indivíduo em dada organização deve-se essencialmente à busca ou à identidade em relação aos interesses defendidos por aquele grupo de indivíduo (OLSON, 1999, p. 20).

A rigor, o “simples fato de uma meta ou propósito ser comum a um grupo significa que ninguém no grupo ficará excluído do proveito ou satisfação proporcionada por sua consecução” (OLSON, 1999, p. 27). Dessa forma, o ingresso de um indivíduo numa organização assegurar-lhe-á, via de regra, a comunhão e a

divisão dos benefícios angariados por aquele agrupamento, embora Jane Mansbridge (1983, p. 43) sustente que a complexidade e igualdade de proteção dos interesses divergentes contribua para a representação democrática. Ora, se numa organização a união em torno de um ideal ou interesse é possível graças à auto-identificação de cada um dos membros, estes esperam que os benefícios coletivos obtidos possam ser distribuídos indistintamente, sem qualquer espécie de privilégio.

Como, para toda e qualquer organização, o custo inicial de mobilização implica um alto valor de aquisição da primeira unidade do benefício coletivo, os indivíduos podem, eventualmente, chegar à conclusão de que o custo seja comparativamente desproporcional em relação ao benefício, o que certamente fará com que prefiram realizar seus interesses individualmente (OLSON, 1999, p. 34 e 39)¹.

A consolidação de uma teoria democrática encontra maiores possibilidades de êxito se fundada numa teoria da ação coletiva de pequenos grupos, visto que nesse campo as possibilidades de alcance igualitário dos interesses de seus membros são maiores, mesmo que não ocorram em quantidades ótimas (OLSON, 1999, p. 40). Em outras palavras, não seria suficiente identificar se um grupo pequeno teria ou não condições de prover um benefício coletivo, tal como se verifica no estudo de Fox (2007, p. 33) sobre a situação rural no México.

A eficiência dos grupos menores na consecução de seus objetivos e a busca de uma distribuição ótima dos benefícios coletivos podem ser elencadas como os principais elementos de uma teoria democrática baseada na ação coletiva de grupos pequenos, em especial se se tiver em conta a distinção entre representação, participação e deliberação (PITKIN, 1967, p. 75). E, para tanto, Olson observa que:

O custo marginal de unidades adicionais do benefício coletivo deve ser partilhado exatamente na mesma proporção que os ganhos adicionais. Somente se isso ocorrer, cada membro achará que seus custos e ganhos individuais marginais se igualam, ao mesmo tempo em que o custo marginal total iguala o ganho marginal total. Se os custos marginais forem partilhados de qualquer outra forma, a taxa de provimento do benefício coletivo será subótima. Pode parecer à primeira vista que, se certos tipos de partilha de custos conduzem a níveis subótimos de provimento de um benefício coletivo, então outros tipos de partilha conduziriam a um nível de obtenção superótimo desse benefício coletivo (OLSON, 1999, p. 43).

Dentro da concepção de democracia preconizada por Schumpeter, a principal análise a ser feita refere-se exatamente à viabilidade da consolidação de um modelo democrático por intermédio da associação de pequenas organizações, em vez da atuação isolada da vontade da maioria em torno de um eixo de gravidade supostamente racional².

¹ Para Olson, “se uma determinada quantidade de um benefício coletivo puder ser obtida a um custo suficientemente baixo com relação às vantagens que trará, a ponto de uma pessoa sozinha do grupo em questão sair ganhando, mesmo que tenha de arcar sozinha com esse custo, então há uma boa probabilidade de que o benefício coletivo seja proporcionado. Isso significaria que o ganho total seria tão grande com relação ao custo total que a fração de um único indivíduo na partilha do benefício coletivo já superaria o custo total de sua obtenção” (1998, p. 35). Na verdade, é importante que para a obtenção do benefício coletivo seja observado o critério do ótimo de Pareto.

² Olson elucida que “tal situação existirá apenas quando o ganho para o grupo com a obtenção do benefício coletivo exceder o custo total por uma margem maior do que excede o ganho individual de um ou mais membros do grupo. Assim, em um grupo muito pequeno, onde cada indivíduo fica com uma porção substancial do ganho total simplesmente porque há poucos membros no grupo, um benefício coletivo frequentemente pode ser provido através da ação voluntária, centrada nos próprios interesses dos membros do grupo” (OLSON, 1999, p. 46).

Cumpre salientar, ainda, que o provimento ótimo de benefícios coletivos depende, sobretudo, de arranjos institucionais específicos que assegurarão aos indivíduos um incentivo para alcançar um benefício coletivo em um nível que satisfaria aos interesses do grupo como um todo.

Assim, quanto maior for o grupo de indivíduos, mais difícil será o provimento ótimo do benefício coletivo e, por conseguinte, a satisfação dos preceitos básicos da teoria democrática (OLSON, 1999, p. 47). Em síntese, quanto maior for o grupo, menos ele promoverá os interesses comuns e, em decorrência, mais afastado estará de um efetivo modelo democrático. No entanto, para que não se reconheça tão somente no tamanho do grupo o cerne da otimização da teoria democrática, é essencial considerar que

não é, contudo, rigorosamente acurado dizer que depende só do número de indivíduos do grupo. A relação entre o tamanho do grupo e a importância de um membro tomado individualmente não pode ser definida com tanta simplicidade. Um grupo cujos membros têm graus muito desiguais de interesse por um benefício coletivo e que visa a um benefício que é (em algum nível de provimento) extremamente compensador com relação ao seu custo terá mais condições de prover-se do benefício coletivo do que outros grupos com o mesmo número de membros, mas sem essas características (OLSON, 1999, p. 59).

Ante tais considerações, resta apenas lembrar que, além do número de indivíduos que compõem uma organização, a consolidação de uma teoria democrática também depende da manifestação do anseio e do interesse pelo benefício coletivo por parte de cada membro. Somente quando cada membro tiver plena consciência da amplitude e natureza de seu interesse por um benefício coletivo, a ação coletiva poderá verdadeiramente contribuir para que a teoria democrática revisitada de Schumpeter possa ser implementada.

4. O papel dos atores no processo político

Delimitada a construção do marco em torno da teoria democrática de Schumpeter com os contornos fornecidos por Mancur Olson, convém compreender como se comportam os atores do processo político.

Mancur Olson (1999) destacou em sua análise o papel dos grupos em contraposição ao dos atores individuais. De fato, ambos podem ser referidos como partes de um subsistema político e ainda participar do processo político de deliberação. No entanto, a identificação mais específica do perfil desses atores no processo político e a natureza dos seus

papéis é uma questão empírica que dificilmente pode ser definida de forma conclusiva e *a priori*.

Os eleitores, como atores individuais, participam de formas menos decisivas no processo político, embora votar represente o mais básico dos sentidos da participação política nos Estados democráticos. Ainda que a representação oriunda do sufrágio não expresse apenas a escolha de um governo, mas também o capacite para realizar uma legítima pressão deliberativa, a ideia em torno do preceito *one man, one vote* nem sempre é capaz de fornecer todos os vieses da teoria democrática. E uma das principais razões para tanto decorre do fato de que a participação política não pode ser constantemente verificada em alguns modelos políticos em termos de *accountability* – não ao menos de forma imediata, o que contribui para reforçar a relevância dos questionamentos de Mancur Olson.

Em democracias modernas, a representação democrática é feita em grande parte por representantes dos eleitores, que, uma vez eleitos, não costumam preocupar-se com a avaliação política de sua *accountability* – ou “responsividade”, como preferem os cientistas políticos (MANSBRIDGE, 2003, p. 20).

Outro fator que merece especial consideração é a pequena participação dos legisladores no processo político, o que resulta numa dominação do cenário por especialistas setoriais não eleitos. Os candidatos e partidos políticos geralmente não participam de eleições com base apenas em suas plataformas políticas e, ainda que o façam, invariavelmente os eleitores não votam baseados em uma única proposta política (MANSBRIDGE, JANE, 2003, p. 15).

Esses especialistas geralmente atuam em conjunto com grupos de interesse e têm algo que os diferencia e muito: o acesso a informações relevantes. O poder de informação e o seu grau de detalhamento são de suma importância para a tomada de decisões no processo político e, desde que as decisões políticas passaram a depender em demasia desses dados, a influência de tais grupos tem crescido.

Os políticos e a burocracia interessam-se especialmente pelos dados desses grupos, mas também por aquilo que diz respeito ao financiamento das campanhas políticas e recursos de natureza organizacional. Embora os dados sejam disputados pelos políticos, é preciso deixar claro que somente aqueles que dispõem de recursos organizacionais variados, tamanho e institucionalização consideráveis, apresentam bom grau de influência (AVRITZER, 2007). Na atual conjuntura política, as informações privilegiadas e a força de seus recursos fazem com que sejam membros de um subsistema político fundamental, ainda que não tenham muitas garantias de que seus interesses serão bem conduzidos.

5. Conclusão

Com o presente trabalho, foi possível concluir que não goza de irrefutabilidade a adoção da vontade da maioria ou da vontade do povo como unidade básica de análise para a crítica da teoria democrática clássica.

Por intermédio da teoria da lógica da ação coletiva, mormente a dos grupos pequenos, buscou-se evidenciar que pequenos grupos podem melhor caracterizar um modelo democrático robusto e coeso. A capacidade de satisfação dos interesses de seus membros confere a cada um desses grupos o caráter de um modelo ótimo de democracia.

Não obstante, a análise da teoria democrática revisitada não pode ignorar outro aspecto fundamental da representação e participação política: os atores que compõem os subsistemas. Nesse cenário, buscou-se apresentar o impacto dos eleitores considerados individualmente no processo político, assim como a falta de mecanismos capazes de aferir de forma constante a responsividade (*accountability*) dos representantes e partidos.

Finalmente, em contraposição ao arranjo proposto por Mancur Olson em torno de pequenos grupos, observou-se que há no cenário político um decisivo papel desempenhado por grupos de interesse maiores, detentores de informações específicas e poder econômico expressivo em campanhas eleitorais, capazes de desequilibrar ainda mais a ideia de *one man, one vote*.

Sobre o autor

Thiago Luís Santos Sombra é doutorando em Direito Privado na Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Privado na Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; advogado em Brasília, DF, Brasil.
E-mail: thiagoluisombra@gmail.com.

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

DEMOCRATIC THEORY AND THE COLLECTIVE ACTION OF SMALL GROUPS

ABSTRACT: This article is based on an analysis of democratic theory and its characteristics to increase the instruments of participation and representative deliberation. The object

³ Sem revisão do editor.

involves a comparative approach of Schumpeter's criticism of classical democratic theory and their insufficient view of representation, as well as the founding elements of Mancur Olson's accomplishment of small interest groups to achieve the optimum circumstances of democratic participation. To obtain a good perspective of those author's views, the comparative and structuralism methods of analysis were used to distinguish Schumpeter and Olson's contribution and, after, to promote an abstract reconstruction of our theoretical theme.

KEYWORDS: DEMOCRATIC THEORY. PARTICIPATION. REPRESENTATION. DELIBERATION. STAKEHOLDERS.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados*, v. 50, n. 3, p. 443–464, 2007.
- FOX, Jonathan A. *Accountability politics*: power and voice in rural Mexico. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MANSBRIDGE, Jane J. *Beyond adversary democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.
- _____. Rethinking Representation. *American Political Science Association*, v. 97, n. 4, p. 515–528, nov. 2003.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: EdUSP, 1999.
- PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.
- _____. *Representação*: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova*, n. 67, p. 15-47, 2006.
- REHFELD, Andrew. Representation rethought: on trustees, delegates, and gyroscopes in the study of political representation and democracy. *American Political Science Review*, v. 103, n. 2, p. 214–230, jun. 2009.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

Intervenção pública e proibição do *insider trading*

Eficiência e *ultima ratio* na responsive regulation

FILLIPE AZEVEDO RODRIGUES

Resumo: O artigo parte da análise da assimetria de informação presente no mercado de capitais e de como tal falha é capaz de gerar insegurança e desequilíbrio nas relações negociais, afastando investidores. Define os conceitos de *insider trading*, *corporate insiders*, *temporary insiders*, *tippees* ou *outsiders*, importantes para o estudo a respeito do *insider trading* como prática danosa ao sistema financeiro. Menciona as diversas posições doutrinárias norte-americanas relativamente à proibição, prevenção e repressão do *insider trading*, sobretudo no âmbito da investigação das ciências econômicas. Adentra nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português com o objetivo de identificar o fundamento constitucional para a proibição do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. Detalha a análise das consequências jurídicas da conduta no contexto luso-brasileiro, destacando suas semelhanças e diferenças. Conclui pela aplicação de uma *responsive regulation*, tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, orientada pelo princípio da eficiência em *ultima ratio*.

Palavras-chave: *Insider trading*. Princípio da subsidiariedade. Regulação econômica responsável.

1. Introdução

O acesso assimétrico a informações no mercado é algo inevitável e cada vez mais presente em uma economia tão complexa e dinâmica como a do mundo globalizado, podendo ensejar danos consideráveis no equilíbrio das relações negociais.

Particularmente no mercado de valores mobiliários, a informação tem um valor ainda mais relevante, pois a oscilação do preço das ações

Recebido em 8/9/15

Aprovado em 29/9/15

de uma dada sociedade de capital aberto depende de um conjunto de dados disponíveis sobre suas atividades, o êxito em suas operações, a reputação de estabilidade e crescimento etc. Muitas vezes, meras informações especulativas podem fazer com que uma empresa, antes considerada rentável e atraente para investimentos, vá à falência.

A crise de 2007-2008 mostrou o poder e a velocidade com que informações de grandes prejuízos no mercado imobiliário norte-americano geraram desvalorização de ações das instituições financeiras envolvidas e um efeito, quase imediato, de avalanche na economia global.

Qualquer investidor que, no dia anterior, tivesse conhecimento privilegiado da informação de insolvência dos papéis *subprime* nos Estados Unidos rapidamente negociaria suas ações no mercado de capitais, obtendo um preço bastante elevado, comparado com o que conseguiria após o mesmo fato relevante passar a ser de conhecimento geral. Outro comportamento não podia ser esperado; afinal, os agentes econômicos costumam reagir a incentivos (informação da crise), conforme a maximização de seus interesses.

De fato, os operadores das financeiras norte-americanas tiveram acesso privilegiado à informação que culminou na crise econômica, de modo que puderam se desfazer de seus investimentos no mercado de ações antes que houvesse maior desvalorização, enquanto outros investidores mais distantes não puderam fazer o mesmo para evitar o enorme prejuízo.

De igual modo, a informação de que determinada empresa vai realizar uma fusão com uma concorrente chega primeiro ao conhecimento de seus executivos, além de outras pessoas que têm acesso ao ambiente de tomada de decisões da sociedade. Assim, esses indivíduos privilegiados podem comprar ações de ambas

as empresas com preço mais baixo, antes da divulgação da informação para todo o mercado de capitais, o que lhes renderá considerável lucro com a valorização dos papéis.

A confiança no mercado de valores mobiliários depende, portanto, de meios garantidores de justa e livre concorrência, o que, *a priori*, importa na prevenção e repressão à conduta de abuso de informação privilegiada, mais conhecida como *insider trading*. Afinal, não resta dúvida de que a estabilidade e o desenvolvimento do mercado passam pela redução de assimetrias informacionais entre os agentes econômicos.

Todavia, a escolha pública de tais meios garantidores é muito relevante para a obtenção do resultado almejado sem uma intervenção estatal desproporcional no domínio econômico. Até que ponto o Estado Regulador, quanto à proibição do *insider trading*, vem sendo compreendido de uma perspectiva crítica de graus de intervenção eficientes e em *ultima ratio*?

Definida a problemática em análise, o presente trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica na legislação, bem como em obras acadêmicas consagradas e de vanguarda. No tocante aos objetivos, propõe-se a analisar o impacto de assimetrias de informação no mercado de capitais, com ênfase no surgimento do debate *juseconômico* a respeito do *insider trading*, em particular quanto à evolução do conceito e dos modos de prevenção e repressão; discutir o papel do Estado Regulador na realização do Direito brasileiro e do Direito português, bem como a sua importância no que tange à proteção constitucional do sistema financeiro; e, por fim, sustentar a importância de uma *responsive regulation*, em suas mais diversas manifestações, da perspectiva de eficiência em *ultima ratio*, sobretudo quanto à análise crítica da intervenção penal

clássica no combate ao uso indevido de informação privilegiada no âmbito do mercado de valores mobiliários.

Para tanto, a pesquisa parte da contextualização do tema, com destaque para a referência às noções de *fallas de mercado* e *assimetrias informacionais*, relevantes nas ciências econômicas. A seguir, apresenta alguns dados importantes sobre o conceito e a evolução histórica da repressão ao *insider trading*.

Em um momento posterior, o trabalho passa a abordar a proteção constitucional do sistema financeiro nas ordens constitucionais brasileira e portuguesa para, em seguida, proceder a uma breve introdução ao Estado Regulador, culminando no estudo detalhado da regulação econômica em ambos os países relativamente à proibição do *insider trading*.

Por fim, sob o enfoque doutrinário jurídico e econômico pertinente, será discutido como empreender uma *responsive regulation* na proibição do *insider trading*, reduzindo o grau de intervenção penal clássica em prol de meios mais eficientes em *ultima ratio*, tanto no caso brasileiro como no português.

2. Considerações econômicas preliminares e mercado financeiro

2.1. Conceitos elementares

Antes de proceder à investigação pormenorizada a respeito do *insider trading*,¹ cumpre abordar algumas premissas e conceitos econômicos relevantes para a contextualização do tema para além da esfera jurídica em sentido estrito, a começar pelo conceito de *escolha racional*.

Os modelos econômicos, desenvolvidos nos parâmetros ideais de *mercado*, assim como as leis da Física, operam com margens de variância, pois o comportamento previsível do indivíduo maximizador está suscetível ao fluxo de diversos outros aspectos sociais e culturais, a *custos de transação*, bem como às chamadas *fallas de mercado*,² entre as

¹ "Insider Trading é a união de duas palavras: *insider* – alguém que pela sua actividade profissional ou *status* adquire informações não públicas relativas a uma sociedade – e *trading*, do verbo inglês *to trade*, no sentido de operar ou comercializar" (AUGUSTO, 2004, p. 1000).

² Nos termos expostos por Ana Lúcia Pinto Silva, Bráulio Borges, Carlos Eduardo Carvalho e Cláudia Viegas: "As falhas de mercado mais comumente encontradas são: a) assimetria de informação; b) externalidades; c) recursos comuns; d) bens públicos; e) monopólio. Diante dessas situações, transações mediadas exclusivamente pela variável preço não resultarão em uma alocação eficiente de recursos. Ou seja, o resultado final será distinto do obtido em *concorrência perfeita*, e a intervenção do Estado, via regulação econômica, ou a busca de contratos mais complexos que aqueles obtidos exclusivamente pelo funcionamento do mecanismo mercado serão requeridos para mitigar o efeito das

quais cabe destaque especial, neste trabalho, às *assimetrias de informação* (RODRIGUES, 2014, p. 65).

O *equilíbrio* na transação entre dois indivíduos maximizadores depende do nível de informação de ambos a respeito do bem ou do interesse transacionado. Na hipótese de uma das partes ser detentora de mais informação, tanto em caráter quantitativo como qualitativo, o mecanismo de *mercado* não levará a trocas eficientes para ambos os agentes. Uma das implicações, *a posteriori*, pode ser a opção de vendedores saírem do “mercado ou que compradores fiquem excessivamente desconfiados sobre a qualidade/características do bem a ser adquirido e optem por cancelar a compra” (SILVA, 2012, p. 521). Em situações como essa, além dos mecanismos convencionais de mercado, torna-se necessária a interferência de outras variáveis para equilibrar a transação. A variável mais comum para tal mister são os institutos jurídicos (RODRIGUES, 2014, p. 65-66).

Indo além das relações de consumo, disciplinadas pela legislação consumerista, tal qual o exemplo *retro*, as assimetrias de informação podem gerar agressões a bens jurídicos tutelados, inclusive, pelo Direito Penal. Afinal, indaga-se: como costuma dar-se o *modus operandi* do estelionatário³ (BRASIL, 1940)⁴ ou do manipulador do mercado pela prática ilícita do *insider trading* (BRASIL, 1976a)⁵? É evidente que os benefícios ilícitos auferidos pelo delinquente se dão por meio da manipulação de assimetrias informacionais em seu favor (RODRIGUES, 2014, p. 66-67).⁶

“falhas de mercado de forma a aproximar o resultado final daquele obtido em concorrência perfeita” (SILVA, 2012, p. 521).

³Para Edgard Magalhães Noronha: “É o estelionato, como já ficou dito, forma de criminalidade evolutiva, crime do homem civilizado [ou do *homo economicus*] e que toma vulto com o progresso e o desenvolvimento. O mundo moderno oferece-lhe, dessarte, clima propício, pela multiplicidade de relações jurídicas que a expansão econômica e o desenvolvimento das atividades humanas impõem. Ora, o equilíbrio e a harmonia social exigem que essas relações se assentem sobre o pressuposto da boa-fé, e daí o objetivo particular da lei de tutelá-la, ameaçando com a pena as violações da lisura, da honestidade, que, como imperativo constante, deve reinar nas relações jurídicas [e econômicas], em torno das quais a vida hodierna se agita. Esse interesse é eminentemente social, pelo que somos dos que pensam que a tutela do dispositivo não se dirige tanto a proteger a boa-fé *individual* no negócio jurídico – já que aceitamos que o crime existe ainda que a vítima não se tenha havido com grande lisura – mas é inspirada no *interesse público* de reprimir de qualquer maneira a fraude causadora do dano alheio” (NORONHA, 1988, p. 362).

⁴Ver art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848/1940.

⁵Ver art. 27-D da Lei Federal nº 6.385/1976

⁶Sobre o comportamento oportunista do detentor de informações em assimetria, veja o que afirma Marcia Carla Pereira Ribeiro: “Também as assimetrias informacionais dos agentes impactam na formação da vontade negocial. A quantidade de dados disponíveis em relação ao objeto negociado, assim como o custo para obtenção de informações adicionais, formam o contexto psicológico dos contratantes. Quando a ciência econômica passa a considerar as falhas de racionalidade, o pressuposto da eficiência absoluta a partir da liberdade contratual, aponta para desvios como aqueles decorrentes de comportamentos oportunistas por parte dos contratantes. Aquele que titula uma informação que não

2.2. Assimetrias de informação e mercado financeiro

A questão a ser debatida é, justamente, até que ponto o Estado deve tutelar ou intervir no domínio econômico para prevenir ou reduzir os impactos negativos na economia? Impactos, por exemplo, decorrentes de falhas de mercado, como assimetrias de informação comuns no mercado de capitais.

Segundo Mario Gomes Schapiro, a ocorrência de falhas na autorregulação do mercado é a mais conhecida justificativa da intervenção do Estado na economia. Ainda segundo o autor, parte-se do pressuposto de que a “intervenção pública deve ser adstrita ao objetivo de corrigir os referidos problemas que afetam as transações privadas. A finalidade da intervenção estatal é garantir a funcionalidade para as atividades de mercado” (SCHAPIRO, 2012, p. 120-121).

O mercado financeiro, da mesma forma, apresenta falhas intrínsecas que justificam a regulação pública a fim de: (i) “garantir transparência, níveis prudenciais e preservar a higiene e a solvabilidade do sistema financeiro”; e (ii) “reduzir riscos e incentivar os agentes privados a empreenderem atividades financeiras” (SCHAPIRO, 2012, p. 137).

A principal delas – reitere-se – é o acesso assimétrico a informações relevantes na relação entre investidores e empresas tomadoras de capital aberto. As partes mencionadas não detêm o mesmo conjunto de informações ou não o recebem ao mesmo tempo, “até porque se trata de uma transação intertemporal, em que muitas das informações necessárias para

chega a ser acessível à outra parte pode se aproveitar desta informação para lucrar de forma injustificada. O outro, le-sado pela carência de informação, é exemplo da limitação de racionalidade que pode atingir os agentes econômicos” (RIBEIRO, 2011, p. 66).

garantir uma troca mutuamente benéfica ainda não existem efetivamente” (SCHAPIRO, 2012, p. 133).

Sem contar que “a administração de uma empresa sabe muito mais sobre suas finanças do que qualquer investidor externo pode saber” (HUBBARD; O'BRIEN, 2010, p. 638), e que ele também desconhece eventuais operações dos administradores que venham a incrementar valor ou a desvalorizar as ações negociadas no mercado de valores mobiliários. Há um evidente descompasso informacional entre os agentes econômicos envolvidos, de modo que os investidores, caso se sintam inseguros, relutariam em investir naquela empresa e, na perspectiva de um risco moral sistêmico, deixariam inclusive de investir no mercado de capitais em geral, em flagrante situação de seleção adversa.⁷

2.3. Insider trading

Opera no mercado de capitais um seletivo grupo de indivíduos cuja posição lhes oferece acesso privilegiado a informações relevantes para os negócios realizados perante o sistema financeiro. São eles, normalmente, administradores, membros do conselho de administração e demais indivíduos que, por razão de sua proximidade com o ambiente ou com os

⁷“Como os investidores enfrentam dificuldades em distinguir entre empresas bem dirigidas e empresas mal dirigidas, eles relutam em comprar ações e títulos de dívida de empresas, a menos que uma grande quantidade de informação a respeito delas seja disponibilizada ao público. Consequentemente, isso significa que apenas empresas acompanhadas de perto por analistas de investimento de empresas de corretagem e de empresas de investimento podem ter êxito em vender ações e títulos de dívida a investidores. O analista de investimentos declara as suas opiniões a respeito do real estado financeiro de empresas em relatórios que estão disponíveis para o público investidor. Uma grande quantidade de informação a respeito da Microsoft está disponível ao público, e os analistas de investimentos acompanham a empresa de perto” (HUBBARD; O'BRIEN, 2010, p. 637).

agentes de gestão e tomada de decisões das empresas, podem se antecipar e fazer uso de tais informações, em seu benefício, antes de serem publicamente veiculadas no mercado.

A esses indivíduos é atribuída a denominação inglesa de *corporate insiders*⁸ ou, simplesmente e de forma mais abrangente, *insiders*, os quais estão a par dos assuntos internos das sociedades de capital aberto e negociam seus papéis no mercado de valores mobiliários.

De modo mais detalhado, Ana Micaela Pedrosa Augusto (2004, p. 1009) explicita as “várias categorias de sujeitos que revistam as características de *insiders*”:

- (i) “*Corporate insiders* – pessoas com relação de confiança com a sociedade e respectivos accionistas, como administradores, directores ou mesmo empregados, também designados como *insiders primários*”;
- (ii) “*Temporary insiders* – pessoas que adquirem informação privilegiada através de relação esporádica e ocasional com a sociedade, como advogados, analistas ou consultores”;
- (iii) “*Traders, tippers ou tippees* – pessoas que não se enquadram em nenhuma das outras categorias e que recebem, directa ou indirectamente, uma informação privilegiada, realizando com base nela operações sobre valores mobiliários”, também conhecidos como *secondary insiders*.

A prática do *insider trading* existe desde o desenvolvimento do mercado financeiro, sobretudo a partir do século XX. No que diz respeito a sua proibição, a origem da repressão se deu nos EUA, sobretudo na atuação da *Securities Exchange Comissions* (SEC), que “emitiu,

⁸Para Stanislav Dolgopolov (2008, p. 1), “Corporate insiders are individuals whose employment with the firm (as executives, directors, or sometimes rank-and-file employees) or whose privileged access to the firm's internal affairs (as large shareholders, consultants, accountants, lawyers, etc.) gives them valuable information”.

em 1942, a Rule 10b-5, a qual, entre outros aspectos, considera *unlawful to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact* em conexão com a compra ou venda de *securities*” (RAMOS; COSTA, 2006, p. 20). Segundo a lição dos professores Maria Elisabeth Ramos e José de Faria Costa (2006, p. 21), a SEC, à luz dessa regulação administrativa, passou a sustentar a *disclose or abstain theory*, segundo a qual o detentor de informação privilegiada deveria adotar uma das seguintes posturas: (i) divulgar amplamente e conforme a legislação cabível a informação; ou (ii), na hipótese de omiti-la, abster-se de negociá-la, bem como negociar ações em seu proveito ou em proveito de terceiros em decorrência do conhecimento privilegiado.

Também a respeito do tema, Ana Micaela Pedrosa Augusto (2004, p. 1003-1009) desenvolveu um estudo pormenorizado para apontar as principais linhas doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas ao longo do século XX nos Estados Unidos, a saber:

(i) *Special facts theory*: “a doutrina americana dos *special facts* (ou factos especiais ou relevantes) obrigava que a parte detentora da informação privilegiada informasse a outra parte de que estava a negociar com base numa informação que era privilegiada” (AUGUSTO, 2004, p. 1003). Em 1909, a Suprema Corte norte-americana anulou, no julgamento *Strong vs. Repide*, um negócio envolvendo ações com base em omissão de informação relevante à outra parte, consoante a teoria dos fatos especiais, majoritariamente aceita até o início da década de 1940 e presente na seção 16⁹ do Securities Exchange Act de 1934;

⁹“For the purpose of preventing the unfair use of information which may have been obtained by such beneficial owner, director, or officer by reason of his relationship to the issuer, any profit realized by him from any purchase and sale, or any sale and purchase, of any equity security of such issuer (other than an exempted security) or a securi-

(ii) *Disclose or abstain theory*: como evolução da *special facts theory*, a construção doutrinária e jurisprudencial da divulgação ampla ou da total abstenção quanto a informações privilegiadas sustentou-se, originalmente, na já mencionada *Rule 10b-5*¹⁰ e ganhou ainda mais evidência com o julgamento dos casos *Texas Gulf Sulphur Company*, de 1986,¹¹ e *Chiarella*, de 1978,¹² cuja importância dos julgados foi o “alargamento da qualificação de um agente como *insider*” para além do âmbito da administração da empresa (AUGUSTO, 2004, p. 1004); e

(iii) *Misappropriation theory*: consiste em mais uma perspectiva teórica de alargar o conceito de *insider* ao considerar “que o uso de informação privilegiada constitui uma apropriação ilegítima de informação em relação a seu proprietário original”, com a intenção de alcançar sujeitos não vinculados à sociedade empresária por dever de lealdade, estando presente nos casos *Dirks*, de 1983,¹³ e *United States vs. O'Hagen*, de 1997.¹⁴

ty-based swap agreement involving any such equity security within any period of less than six months, unless such security or security-based swap agreement was acquired in good faith in connection with a debt previously contracted, shall inure to and be recoverable by the issuer, irrespective of any intention on the part of such beneficial owner, director, or officer in entering into such transaction of holding the security or security-based swap agreement purchased or of not repurchasing the security or security-based swap agreement sold for a period exceeding six months” (ESTADOS UNIDOS, 1934b, p. 259).

¹⁰ Ver o texto da norma: “Rule 10b-5 – Employment of Manipulative and Deceptive Devices – It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange, (a) to employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security” (ESTADOS UNIDOS, 1934a).

¹¹ Conforme a pesquisa de Ana Micaela Pedrosa Augusto (2004, p. 1004), “O Tribunal considerou que a questão central não era apenas a relação de especial confiança existente ou não entre o *insider* e a sociedade, já que o *insider* era todo aquele que tivesse acesso a informação privilegiada, ainda que sem uma relação de especial confiança, pelo que estava sujeito a abster-se de divulgar a informação a todo o mercado ou a comunicá-la ao mesmo, dever esse imposto directamente a quem tivesse relação especial com a sociedade”.

¹² Ainda conforme a pesquisa de Ana Micaela Pedrosa Augusto (2004, p. 1005), a Suprema Corte restringiu o alcance da norma 10b-5 no caso *Chiarella*, porquanto se tratava de um funcionário de tipografia prestadora de serviço a entidades financeiras, razão pela qual as informações a que teve acesso privilegiado não chegaram a ele em decorrência de uma posição de confiança na empresa fonte. Assim, a Suprema Corte norte-americana decidiu que o funcionário da tipografia não poderia ser considerado *insider*.

¹³ Mais um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos não considerou como *insider* um agente obtentor de informação privilegiada que não participava da administração da empresa – no caso, um analista financeiro que avisou seus clientes sobre os prejuízos que teriam ao investir em determinada empresa por ter identificado situações irregulares (AUGUSTO, 2004, p. 1006).

¹⁴ O advogado O'Hagen adquiriu ações da sociedade para qual prestava seus serviços, ciente de informações a ele confiadas referentes a uma grande oferta pública de aquisição que valorizou bastantes os papéis da empresa. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu pela ocorrência de uma violação de um dever de lealdade para com a empresa fonte da informação (AUGUSTO, 2004, p. 1007).

Vale salientar que a intervenção da SEC para regular o mercado de valores mobiliários, centrado na proteção do investidor, parte do princípio da informação plena (*full disclosure*) como algo positivo para a estabilidade do sistema financeiro. De acordo com tal princípio, a informação no mercado de capitais deve ser plena, tanto no aspecto quantitativo como no qualitativo, razão pela qual o uso de informação privilegiada por um *insider* em detrimento do conhecimento prévio dos demais agentes econômicos é rechaçado pelos defensores desse princípio, o que, como já dito, prevaleceu na regulação norte-americana.

Não obstante, a própria doutrina norte-americana conta com relevante posicionamento diverso, albergado pela Escola de Chicago, cujo precursor foi o economista Henry Manne. Em sua obra *Insider Trading and Stock Market*, de 1966, Manne opõe-se à vedação de tal prática de mercado, por entender que a assimetria de informação que favorece os *corporate insiders* representa uma vantagem para o crescimento do mercado (MANNE, 1966). Esses agentes econômicos sinalizarão os negócios mais promissores aos investidores experientes (*investor-turned-trader*), bastando que estejam atentos aos movimentos dos *insiders*.¹⁵

Ocorre que, em que pesem os argumentos contrários, o *insider trading* é tido como conduta ilícita nos EUA, bem como na maior parte dos países que operam economias de mercado, a exemplo de Portugal, no âmbito da União Europeia, e do Brasil, conforme se verá em maior detalhe adiante.¹⁶

¹⁵ Nas palavras de Henry Manne: "Thus far we have dealt two extreme kinds of share purchasers, the pure speculator or trader and the pure investor or holder. At some point, however, every human investor must become a trader. Individuals cannot own shares in perpetuity, and death causes a change of ownership. At that moment, or at any other points at which ownership changes, the investor becomes a trader, and he may dispose of his shares the day before a bonanza is announced. But the investor-turned-trader may have sold and realized even less if insiders were not trading. More importantly, the longer a shareholder has held his shares, the less significant proportionately will be any gain lost to insiders the day before a piece of good news was publicly announced. To illustrate this last point: if shares have risen over period of five years from a price of 10 to a price of 50, the loss of two points as a result of not having inside information will not be very significant. But if shares were bought the day before yesterday at 49 and sold today at 50, the failure to gain the two additional points seems quite important. Indeed, it means that the gain could have been tripled by holding on for a day. Thus it seems fair to conclude for a second time that the less frequently outside shareholders trade, the less they will lose as a result of the exploitation of valuable information by insiders. But the fact that the same individual may both hold and then trade stock does not justify a rule for investors when they turn into traders that we would not justify for the pure speculator" (MANNE, 1966, p. 109).

¹⁶ Esclarece o professor da Universidade Berkeley da Califórnia Hayne E. Leland (1992, p. 859) a posição do legislador americano em proibir a prática do *insider trading*, bem como em que passo segue o debate sobre sua proibição: "Is insider trading good for financial markets? In 1934, the U.S. Congress decided 'no', and the insider trading in the United States has been regulated by the Securities and Exchange Commission since that time. Not all countries have followed the U.S. example, and the debate continues: some countries without regulation are now considering it whereas in academic circles, the benefits of regulating insider trading are still being contested (see, e.g., Manne 1966, Carlton and Fischel 1983; Easterbrook 1985; Glosten 1988; Bajeux and Rochet 1989; Manove 1989)".

Por fim, cumpre adotar um conceito geral a respeito do *insider trading*, além de, por desdobramento, expor o alcance das expressões *insider* e *informação relevante ou privilegiada*, de modo a contemplar, *a priori*, as definições legais luso-brasileiras: uso de informação ainda não divulgada, relevante para a cotação dos valores mobiliários ou potencialmente capaz de influir na decisão de investidores perante o mercado de capitais, da qual teve conhecimento privilegiado em razão de sua proximidade com a fonte da informação (administração das empresas envolvidas, por exemplo), com a intenção de obter vantagem indevida para si ou para terceiro.

3. Consequências jurídicas do *insider trading*

3.1. Ordem constitucional e mercado financeiro

A tutela da ordem financeira no ordenamento jurídico brasileiro é estruturada desde a Constituição Federal até um complexo sistema normativo infraconstitucional, que contempla uma gama de prescrições normativas administrativas e penais.

A Constituição de 1988 inovou ao trazer capítulo destinado exclusivamente a disciplinar o Sistema Financeiro Nacional (SFN), ao passo que as cartas políticas anteriores relegaram a matéria tão somente à legislação infraconstitucional.

O novo contexto jurídico-constitucional confere demasiada importância às atividades econômicas e financeiras próprias do segundo setor (mercado) por atribuir-lhes uma estrutura de comandos constitucionais norteadores da intervenção do Estado em tais searas, o que enseja uma ordem favorável ao desenvolvi-

mento social e econômico do país de forma harmônica.

Trata-se do Título VII da Constituição da República, o qual estabelece princípios e regras que regem a Ordem Econômica e Financeira do Estado brasileiro, cabendo ao correspondente Capítulo IV, precisamente no art. 192 (Emenda Constitucional nº 40, de 2003), dispor sobre o SFN.

Depreendem-se dessa estrutura normativa os princípios constitucionais (i) do desenvolvimento equilibrado do país; (ii) da supremacia dos interesses da coletividade; e (iii) dos limites à participação do capital estrangeiro, os quais funcionam como os fins e as arestas a serem observados pelos órgãos e entidades que compõem o SFN (RODRIGUES; SILVA, 2013, p. 340).

Com relação à ordem constitucional portuguesa, cumpre salientar a proximidade semântica com as normas correspondentes no Direito brasileiro, porquanto a Constituição Portuguesa de 1976 incumbe prioritariamente ao Estado, em seu art. 81º, f, o mister de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a represar os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Em suma, o texto constitucional autoriza a intervenção do Estado português no domínio econômico desde que esteja constrito ao objetivo de “garantir o eficiente funcionamento do mercado”, norteado pelos princípios da *livre concorrência* e do *interesse geral*.

É importante ressaltar, igualmente, que ambas as ordens econômicas nacionais estão alicerçadas na proteção da livre iniciativa,¹⁷ de-

¹⁷ Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 255) defende que a Constituição Portuguesa “seja inter-

vidamente consagrada no art. 170, *caput*, da Constituição da República brasileira e nos arts. 61, 1, e 80, c, da Constituição Portuguesa de 1976.

A intervenção estatal, por meio da regulação dos mercados tanto no Direito brasileiro como no Direito português, não tem o condão, portanto, de conduzir a economia, mas somente de prevenir e corrigir os desvios e abusos dos agentes econômicos que ponham em questão a segurança do próprio mercado. A inspiração do constituinte de 1976 serviu-se de conceitos econômicos antes mencionados: (i) o pressuposto da *teoria da escolha racional*, devido à qual se reconhece que os agentes econômicos maximizam a satisfação de seus interesses particulares, (re)agindo racionalmente conforme os incentivos presentes; (ii) a inevitável ocorrência de *falhas de mercado*, a exemplo de *monopólios* ou *abuso de posição dominante* e – especialmente para o caso sob análise – *informações assimétricas*.¹⁸

3.2. *Insider trading* e regulação econômica

3.2.1. Introdução ao Estado Regulador

O regular funcionamento do mercado demanda a existência de supervisão e fiscalização dos agentes econômicos envolvidos, a fim de prevenir e reparar danos decorrentes de condutas nocivas à própria existência e à estabilidade do sistema.

A supervisão e a fiscalização do mercado, por sua vez, fundadas em um conjunto de normas pertinentes ao funcionamento do setor em questão, consistem na sua regulação e, em sendo tal setor impactante no domínio econômico, a regulação assume a qualidade de regulação

pretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais. Os indivíduos, no uso de seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu próprio projeto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses.

¹⁸“As informações e o Direito – São as mais diversificadas as normas legais cuja finalidade reside, especificamente, em obrigar determinados agentes econômicos a prestarem às partes interessadas as informações relevantes para tomada de decisões. [...] Fora do campo do consumo, a própria lei das sociedades anônimas contém diversos dispositivos agrupados sob o título *Dever de Informar*, o mesmo valendo para regulamentação das operações de Bolsa e em diversas outras hipóteses. Em uma empresa dedicada a empreitadas públicas os diretores e principais assessores podem ficar sabendo a respeito de importante contrato a ser por ela celebrado, por exemplo, para a construção de um trecho do metrô de uma grande cidade. Eles poderão ir à Bolsa de Valores e adquirir grande quantidade de ações daquela companhia, para revendê-las com substancial lucro, logo depois, quando a notícia do contrato chegar ao mercado bursátil, elevando o preço daqueles papéis. O mesmo poderá se dar, em sentido inverso, se o contrato vier a ser cancelado. A isso chama-se ‘informação privilegiada’ ou em inglês *insider trading*, isto é, negociação por aqueles de dentro – em muitas legislações capitulado como crime –, caso não feita ao mercado a competente comunicação” (NUSDEO, 2005, p. 148).

econômica, podendo-se manifestar tanto na esfera pública como na esfera privada (autor-regulação).

Dessa forma, Flora Pinotti Sano (2009, p. 11) considera a regulação no seu sentido amplo, como supervisão, fiscalização e elaboração de normas, “expedidas por autoridades públicas ou entidades auto-reguladoras como um dos vetores fundamentais para o desenvolvimento do mercado”.

A regulação pública, conforme Pedro Costa Gonçalves (2013, p. 12), tem origem no Estado, correspondendo “a uma incumbência ou responsabilidade estadual, traduzida em disciplinar juridicamente o funcionamento da economia e do mercado (regulação econômica)”, além de proteger demais bens públicos, assim tidos pelo Direito, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde pública, bem como “direitos dos cidadãos, enquanto consumidores de serviços de interesse econômico geral (regulação social)”. Ainda segundo o autor, o Estado Regulador, ao assumir a responsabilidade constitucional de regular tais setores, originalmente privados – mas que ganham, em escala, relevo na esfera do interesse público –, passa a se comportar como um verdadeiro “Estado Administrativo de Garantia”.

É importante salientar que o Estado Administrativo de Garantia, que sucedeu ao antigo Estado social (interventor)¹⁹ e no qual a

regulação econômica tem papel central, surge como um verdadeiro compromisso de disciplinar e “gerir as consequências das medidas de privatização”,²⁰ isto é, o novo modelo de Estado Regulador “incumbiu-se de assegurar uma função de direção, condução ou pilotagem, mesmo que não se empenhe na produção de bens e na prestação direta de serviços aos cidadãos” (GONÇALVES, 2013, p. 13).

Segundo Fábio Nusdeo (2005), entre as quatro formas elementares de intervenção do Estado no domínio econômico, a *regulação* condiz melhor com o novo papel que o Estado Administrativo de Garantia deve ostentar em meio ao domínio econômico. Trata-se de um papel mais coadjuvante com relação à atuação primordial dos agentes econômicos privados.

As demais formas são a *indução*, a *participação* e a *absorção*.

A *indução* consiste na capacidade da Administração Tributária de gerar incentivos no mercado para estimular ou desestimular a atividade de certos segmentos de mercado, utilizando, para tanto, a tributação extrafiscal,²¹ ou seja, sem a intenção precípua de arrecadar receitas. Um exemplo de *indução* estatal é a alta carga tributária comumente aplicada à fabricação e ao consumo de tabaco e bebidas alcoólicas, por meio da qual o Estado procura desestimular o consumo de tais produtos, vi-

¹⁹ No que tange à realidade dos efeitos da crise econômica de 2008, Pedro Costa Gonçalves (2013, p. 40-41) esclarece o que se passa sobretudo em Portugal: “Está em curso um vasto processo de diminuição substancial da intervenção pública e dos gastos públicos nos setores sociais (sobretudo, saúde e educação), bem como nas áreas de intervenção assistencial (segurança social, proteção na doença e no desemprego); o caminho faz-se voltando para trás, por via da compressão e da abolição de direitos sociais; o facto, acima assinalado, de estarmos na presença de uma crise de dupla face faz com que, por razões financeiras, a assistência do Estado se reduza no momento em que os cidadãos mais precisam dela”.

²⁰ O autor destaca a importância da participação dos agentes privados na prestação cooperada de serviços públicos, *in verbis*: “Um outro eixo do maior relevo passa pela procura de soluções de um novo tipo, que estendam para as áreas do Estado Social a governação colaborativa e os esquemas de parceria entre os setores público e privado. A mobilização dos privados para a colaboração e a cooperação com o setor público poderá representar um fator chave com contribuição direta para a saída da crise e deste tempo de turbulência” (GONÇALVES, 2013, p. 41).

²¹ Para Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 231): “Consistindo a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias”.

sando reduzir os danos à saúde dos consumidores e a elevação de despesas com a saúde pública.

A *participação* e a *absorção* são semelhantes, divergindo apenas quanto ao grau de intervenção, porquanto consistem na atuação direta do Estado na economia, como fornecedor de bens e serviços aos cidadãos, por regime de empresas estatais monopolistas (*absorção*) ou correndo com os demais particulares.

Não há dúvida de que, conforme a ordem constitucional-econômica vigente, não existe mais espaço para o avanço do Estado no domínio econômico sob a forma de *participação* ou *absorção*, sob pena de violação do princípio constitucional da *livre iniciativa*, consagrado tanto no Direito brasileiro como no Direito português. A presente constatação corrobora a importância da regulação,²² conforme defendida pela doutrina antes mencionada, ao lado de proporcionais intervenções por meio de normas tributárias indutoras.²³

3.2.2. Regulação econômica do mercado de valores mobiliários e a proibição do *insider trading* no Brasil

A regulação brasileira do Mercado de Valores Mobiliários está a cargo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entidade autárquica de controle,²⁴ criada pela Lei Federal nº 6.385, de 1976.

²² Rolf Stober (2012, p. 91-92) expõe o conceito de uma Economia Social de Mercado, em que o papel do Estado é subsidiário, bem ajustada a intervenção por meio da regulação e da indução tributária, conforme transcrição a seguir: “As regras fundamentais da interação de interesses individuais, de interesses de grupo e de interesses do Estado são o princípio da subsidiariedade [...] e o princípio da solidariedade (‘um por todos e todos por um’). Por esta razão, o Estado dirige o discurso da economia para vincular a liberdade econômica ao mercado com justiça social e equilíbrio social. O Estado comportase como vigilante do mercado, porque o mercado leva pouco em consideração os interesses sociais dos participantes econômicos. Exemplos: Pequenas e médias empresas [...], consumidor [...], trabalhador, vizinho de empresa. São possíveis diferentes maneiras de correção social, dependendo dos respectivos objetivos de orientação do Estado. O fim pode ser a correção de abusos de mercado (formação de monopólios) e de insuficiências de mercado, evitar resultados econômicos lesivos para o bem comum e proteger e apoiar determinados sujeitos econômicos (proteção do consumidor) ou anular uma má evolução da economia”.

²³ A respeito do impacto das normas tributárias indutoras do equilíbrio do mercado: “Paralelamente, pode-se apontar no tributo uma relação imediata com aquelas funções, quando se tem em conta sua função indutora de comportamentos. Esta característica impõe que se perceba que o tributo tem várias funções. Ao lado da mais óbvia – a arrecadadora – destacam-se outras, comuns a toda a atividade financeira do Estado (receitas e despesas): as funções distributiva, alocativa (indutora) e estabilizadora. Ao afetar o comportamento dos agentes econômicos, o tributo poderá influir decisivamente no equilíbrio antes atingido pelo mercado. As distorções daí decorrentes também haverão de ser consideradas na análise da tributação” (SCHOUERI, 2012, p. 40).

²⁴ Para José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 463-464), “A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram

A Lei Federal nº 6.404, de 1976, a seu turno, “dispõe sobre as sociedades por ações” e, por força de seu art. 4º, rege, especialmente, as sociedades de capital aberto, isto é, aquelas que negociam suas ações no mercado de valores mobiliários, razão pela qual tal diploma tem inequívoco relevo na regulação do mercado de capitais, ao cuidar da intimidade dos negócios e da administração de tais empresas.

As leis assinaladas acima inauguraram o regime de prevenção e repressão à prática do *insider trading* no Brasil, dispondo sobre o assunto tanto na perspectiva da regulação econômica típica do direito administrativo quanto na perspectiva jurídico-penal. Importa destacar que, em ambas, as disposições expressas quanto à proteção dos investidores e do equilíbrio do mercado em face do *insider trading* foram introduzidas pela Lei Federal nº 10.303, de 2001.

Assim, além da criação da CVM, a Lei Federal nº 6.385, de 1976, prescreve, no art. 4º, os objetivos que devem nortear a atuação da autoridade reguladora a ser desempenhada pela autarquia federal:

I – estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários;

II – promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III – assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV – proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários;

c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários (alínea incluída pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001).

o processo de desestatização. Pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. [...] A propósito, a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (“capture theory”, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promiscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora”.

V – evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;

VI – assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

VII – assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários;

VIII – assegurar a observância no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional (BRASIL, 2001).

No âmbito da administração das sociedades por ações de capital aberto, a Lei Federal nº 6.404, de 1976, prescreve, em seus arts. 154 e 155, os *deveres gerais de lealdade e de diligência*, entre os quais se relacionam com o *insider trading* os seguintes:

(i) é vedado ao administrador receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo (art. 154, § 2º, “c”);

(ii) o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo (art. 155, *caput* e I);

(iii) cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários (art. 155, § 1º);

(iv) o administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança (art. 155, § 2º);

(v) a pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação (art. 155, § 3º);

(vi) é vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários²⁵ (BRASIL, 2001).

A CVM, no exercício da atribuição de autoridade reguladora do mercado de capitais, expediu a Instrução nº 358, de 2002, a fim de densi-

²⁵ Ver § 4º do art. 155 – parágrafo introduzido pela Lei Federal nº 10.303, de 2001.

ficar a legislação quanto à proibição do *insider trading*, mais especificamente a respeito da “divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas”, disciplinando a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários.

Em síntese, o ato normativo da Comissão procura definir *fato relevante* que potencialmente pode dar azo à prática ilícita de *insider trading*, fazendo uso, para tanto, de um rol exemplificativo de fatos negociais relevantes para oscilação do mercado de capitais, tais como: (i) incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas (art. 2º, VII); (ii) lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro (art. 2º, XVI); (iii) descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia (art. 2º, XX); e (iv) impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia (art. 2º, XXII). Além disso, resguarda o dever de sigilo e as cautelas para prevenir o vazamento de tais informações sobre *fatos relevantes* antes de sua devida divulgação, também conforme o disposto na Instrução. Ademais, impõe vedações importantes que previnem o uso indevido de informações relevantes por indivíduos ligados à administração da sociedade de capital aberto, bem como de terceiros que possam obtê-las por alguma falha na garantia do sigilo da informação, evidentemente antes de sua ampla divulgação.²⁶

²⁶Trata-se dos seguintes dispositivos da Instrução nº 358, de 2002, da CVM: “Art. 13 Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante. §1º A mesma vedação aplica-se a quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados. §2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a vedação do *caput* se aplica também aos administradores que se afastem da administração da companhia antes da divulgação pública de negócio ou fato iniciado durante seu período de gestão, e se estenderá pelo prazo de seis meses após o seu afastamento. §3º A vedação do *caput* também prevalecerá: I – se existir a intenção de promover incorporação, cisão total ou parcial, fusão, transformação ou reorganização societária; e II – em relação aos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores e membros do conselho de administração, sempre que estiver em curso a aquisição ou a alienação de ações de emissão da companhia pela própria companhia, suas controladas, coligadas ou outra sociedade sob controle comum, ou se houver sido outorgada opção ou mandato para o mesmo fim. § 4º Também é vedada a negociação pelas pessoas mencionadas no *caput* no período de 15 (quinze) dias que anteceder a divulgação das informações trimestrais (ITR) e anuais (DFP) da companhia, ressalvado o disposto no § 3º do art. 15. §5º As vedações previstas no *caput* e nos §§ 1º, 2º, e 3º, inciso I, deixarão de vigorar tão logo a companhia divulgue o fato relevante ao mercado, salvo se a negociação com as

A *responsabilidade civil* pela prática de *insider trading* importa no dever de reparação a eventuais danos causados à empresa, aos acionistas, bem como a terceiros e a demais investidores no mercado de capitais, decorrentes da infração aos dispositivos transcritos da Lei Federal nº 6.385, de 1976, e da Lei Federal nº 6.404, de 1976.

Quanto à *responsabilidade administrativa*, cumpre destacar o que dispõe o art. 11 da Lei Federal nº 6.385, de 1976, cujo *caput* confere à CVM o mister de cominar sanções administrativas a infratores tanto de suas respectivas disposições legais quanto da Lei Federal nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações) e da regulação expedida pela própria Comissão, a exemplo da já citada Instrução nº 358, de 2002. O rol de sanções vai desde advertências a sanções rigorosas de multas bastante elevadas, inabilitação do exercício de cargos de administrador e conselheiro por até vinte anos e cassação de autorização ou registro de operação da empresa (“ pena de morte” da pessoa jurídica).

Por fim, a *responsabilidade penal* decorre do tipo do art. 27-D²⁷ da Lei Federal nº 6.385, de 1976, acrescentado à redação original também por força da Lei Federal nº 10.303, de 2001, que criminalizou a prática do *insider trading*, sob a rubrica de *uso indevido de informação privilegiada*.²⁸

ações puder interferir nas condições dos referidos negócios, em prejuízo dos acionistas da companhia ou dela própria” (BRASIL, 2002).

²⁷ “Art. 27-D Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime” (BRASIL, 1976a).

²⁸ Quanto à jurisprudência, há notícia de apenas uma condenação pela prática de *insider trading* no Brasil, no caso da fusão das empresas *Sadia* e *Perdigão*, cuja ementa do acórdão segue transcrita: “PENAL E PROCESSUAL PENAL – CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS – USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA – INSIDER TRADING – ART. 27-D DA LEI Nº 6.385/76 – JUSTIÇA FEDERAL – COMPETÊNCIA – AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO – COMPROVAÇÃO – OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO NO BRASIL – REPRIMENDAS QUE DEVEM SER MAJORADAS – PENA DE MULTA – FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – ARTIGO 72 DO CP – INAPLICABILIDADE – FIXAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO (ART. 387, VI, CPP) – APLICAÇÃO –APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA – APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. [...]. 2.- Autoria delitiva comprovada ante o conjunto probatório carreado, apto à demonstração de infringência ao dever de lealdade consubstanciada na utilização de informações privilegiadas ainda não divulgadas ao mercado acionário nas operações referentes à oferta pública de ações, em razão dos cargos ocupados pelos acusados. Materialidade induvidosa ante a prova documental coligida. 3.- Não há falar em ausência de dolo, pois os acusados eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior. 4.- O bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade

O país adotou, conforme a legislação em vigor e a regulação pertinente, sistema semelhante à *disclose or abstain theory*,²⁹ sobretudo para fins de responsabilização administrativa e penal, ao dirigir as sanções àqueles que detêm o dever de lealdade e de preservar o sigilo das informações relevantes para o mercado de capitais. Trata-se, pois, de ilícitos próprios,³⁰ isto é, próprios a certos indivíduos com condição igualmente relevante perante as sociedades de capital aberto.

3.2.3. Regulação econômica do mercado de valores mobiliários e a proibição do *insider trading* em Portugal

A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira, é a entidade reguladora a quem

de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais. [...]. 9. – O dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor (Lei no. 8.078/90, art. 6º, VI e VII) quanto na Lei de Ação Civil Pública (Lei no. 7.347/85, art. 1º, IV). Ainda, compete ressaltar a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989, que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários” (BRASIL, 2013).

²⁹“Os *insiders* são pessoas que, em virtude de especiais circunstâncias derivadas de seu relacionamento com a companhia, têm acesso a informações sigilosas capazes de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela empresa. Em virtude dos postulados da lealdade e da informação plena, os *insiders* têm o dever de divulgar o fato relevante a que tiveram conhecimento ou absterem-se de utilizar a informação considerada privilegiada em benefício próprio ou de outrem (*disclose or refrain from trading*). A criação do delito de *insider trading* no Brasil (art. 27-D da Lei no. 6.385/76) acompanha a experiência desenvolvida em outros países, asfigurando-se necessária para a adequada proteção dos interesses envolvidos” (GRANDIS, 2011, p. 134).

³⁰Nesse sentido, Rodrigo de Grandis (2011, p. 134-135) entende que “O *insider trading* é um crime próprio. Somente aquelas pessoas que tenham o dever de manter sigilo sobre a informação ou fato relevante é que, ao utilizarem a informação privilegiada, cometêrão o delito estampado no art. 27-D da Lei no. 6.385/76. O dever de sigilo deve ser extraído do art. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/76 e do art. 8º da Instrução CVM n. 358/2002”.

compete supervisionar, fiscalizar e disciplinar o mercado de capitais português e, consequentemente, identificar abusos de informação privilegiada nesse setor da economia. Criada pelo já revogado Decreto-Lei nº 142-A, de 1991, seu estatuto, atualmente, está sob a égide do Decreto-Lei nº 473, de 1999, segundo o qual é uma das atribuições da Comissão “promover o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários e de outros instrumentos financeiros e das actividades de intermediação financeira” (art. 4º, 1, “c”).

A respeito da problemática da informação no mercado de capitais, o Código de Valores Mobiliários (Decreto-Lei nº 486, de 1999) reserva integralmente seu Capítulo III, sob a epígrafe “Informação”, para lidar com eventuais assimetrias informacionais e garantir aos agentes econômicos em geral informação ampla e de qualidade sobre os negócios do setor. Assim, cumpre transcrever o prescrito no art. 7º, 1, do Código no que se refere à qualidade da informação:

A informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às actividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita (PORTUGAL, 1999b).

Sem embargo, a primeira manifestação do legislador português relativamente à censura do *insider trading* teve origem no Código das Sociedades Comerciais (CSC – Decreto-Lei nº 262, de 1986, revisado pelo Decreto-Lei nº 76-A, de 2006), por força do que dispõem seus arts. 449º, 450º e 524º, este último já revogado, acerca do “abuso de informação” obtida na intimidade de sociedade anônima de capital negociável no mercado de valores mobiliários.

Entre os comandos em vigor do referido diploma, o art. 64º³¹ do CSC consagra, tal como no Direito brasileiro, os deveres de diligência e lealdade que os *insiders* devem observar, além da cautela necessária para resguardar o sigilo das informações relevantes da companhia a fim de que não sejam utilizadas indevidamente por terceiros.

O art. 524º do CSC, que dispunha sobre a criminalização do “abuso de informações”, foi revogado pelo Código de Valores Mobiliários, que migrou a criminalização da conduta do *insider trading* para o art. 378º de seu texto normativo, em mais uma semelhança com a legislação brasileira.

A *responsabilidade civil* por dolo decorre, sobretudo, do descumprimento dos comandos do Código das Sociedades Comerciais, precisamente quanto ao *abuso de informação* proibido pelos arts. 449º e 450º do CSC. Quanto à responsabilidade por negligência, sublinhe-se a importância dos deveres de lealdade e de diligência prescritos no art. 64 do mesmo Diploma Legal.

A *responsabilidade administrativa* dos *corporate insiders* fica, em considerável medida, absorvida pela abrangente *responsabilidade penal*, decorrente do tipo do art. 378º³² do Código de Valores Mobiliários, bem

³¹ “Artigo 64º (Deveres fundamentais) 1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. 2 – Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade” (PORTUGAL, 1986).

³² “Artigo 378º (Abuso de informação) 1 – Quem disponha de informação privilegiada: a) Devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital; ou b) Em razão do trabalho ou do serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a um emitente ou a outra entidade; ou c) Em virtude de profissão ou função pública que exerça; ou d) Que, por qualquer forma, tenha sido obtida através de um facto ilícito ou que suponha a prática de um facto ilícito; e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa. 2 – Qualquer pessoa não abrangida pelo número anterior que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada, a transmita a outrem ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punida com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias. 3 – Entende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado. 4 – Em relação aos instrumentos derivados sobre mercadorias, entende-se por informação privilegiada toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e respeite, directa ou indirectamente, a um ou mais desses instrumentos derivados e que os utilizadores dos mercados em que aqueles são negociados esperariam receber ou teriam direito a receber em conformidade, respectivamente, com as práticas de

como por suas penas acessórias cominadas no art. 380º, a exemplo da interdição, por até cinco anos, do exercício pelo agente de atividade relacionada com o crime de *abuso de informação (insider trading)*, como o desempenho das funções de “administração, direcção, chefia ou fiscalização e, em geral, de representação de quaisquer intermediários financeiros, no âmbito de alguma ou de todas as actividades de intermediação em valores mobiliários ou em outros instrumentos financeiros”. Por fim, resta mencionar a consequência jurídica do crime, inscrita no art. 380º-A, concernente à *apreensão e perda das vantagens do crime* eventualmente obtidas pelo *insider* ou por terceiro beneficiário, o que abrange “as mais-valias efectivas obtidas e as despesas e os prejuízos evitados com a prática do facto, independentemente do destino final que o arguido lhes tenha dado e ainda que as tenha posteriormente perdido”.

Portugal, ao contrário do que foi adotado no Brasil quanto ao ilícito criminal ser de natureza própria no âmbito subjetivo, expandiu o âmbito de incidência da *responsabilidade penal* para terceiros (*temporary insiders, insiders* não institucionais e *outsiders*) que obtenham *informações relevantes* e se utilizem delas para auferir ganho patrimonial para si ou para outrem, mesmo que não possuam qualquer tipo de vínculo com a sociedade comercial de ca-

mercado aceites ou com o regime de divulgação de informação nesses mercados. 5 – O disposto neste artigo não se aplica quando as operações sejam efectuadas pelo Banco Central Europeu, por um Estado, pelo seu banco central ou por qualquer outro organismo designado pelo Estado, por razões de política monetária, cambial ou de gestão da dívida pública, nem às transacções sobre acções próprias efectuadas no âmbito de programas de recompra realizados nas condições legalmente permitidas. 6 – (Revogado.) 7 – Se as transacções referidas nos nos. 1 e 2 envolverem a carteira de uma terceira pessoa, singular ou colectiva, que não seja constituída arguida, esta pode ser demandada no processo crime como parte civil, nos termos previstos no Código de Processo Penal, para efeito da apreensão das vantagens do crime ou da reparação de danos” (PORTUGAL, 1986).

pital aberto (*outsiders*).³³ Para Ana Micaela Pedrosa Augusto (2004, p. 1022), isso “demonstra a possível recepção pelo ordenamento jurídico português da teoria desenvolvida nos Estados Unidos, aceite pelo ordenamento jurídico comunitário e transposta pelos ordenamentos europeus, a *misappropriation theory*”, cuja imputação penal quanto a terceiros, conforme já elucidado neste trabalho, parte da premissa da criminalização da apropriação indébita da informação e do enriquecimento ilícito.³⁴

4. Intervenção estatal constitucional na proibição do *insider trading*

4.1. Fundamentos econômicos e constitucionais para a proibição do *insider trading*

Antes de tudo, a intervenção estatal para coibir a prática do abuso de informação privilegiada, seja qual for o grau (administrativo ou penal, *exempli gratia*), deve identificar qual bem jurídico almeja proteger e, uma vez reconhecido, proceder à análise de qual grau de intervenção é adequado, necessário e ef-

³³ “Segundo a tipologia que a casuística norte-americana organizou, o art. 378º, nº 1, alínea a), do CVM, pune os *corporate insiders* (ou seja, titulares de órgãos de administração ou de fiscalização de um emitente ou titular de participação no respectivo capital), as alíneas b) e c) alargam esta incriminação até aos *temporary insiders* e *insiders* não institucionais (pessoas com um vínculo profissional, permanente ou temporário, a um emitente ou, ainda, pessoas que exercem profissão ou função pública), enquanto o nº 2 pune, em determinadas circunstâncias, os *outsiders* (ou *tippies*). Estes últimos são pessoas que, não revestindo as qualidades previstas pelos anteriores preceitos, têm conhecimento de uma informação privilegiada que depois utilizam” (RAMOS; COSTA, 2006, p. 61-62).

³⁴ O caso mais notório apreciado pelos tribunais portugueses foi a *Oferta Pública de Aquisição* do Banco BCP sobre o BPA, julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa (PORTUGAL, 2008).

ciente³⁵ para incidir sobre a conduta ilícita, sob pena de a medida transcender os limites constitucionais de preservação dos direitos de liberdade.

A regulação econômica, para Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 104), deve ter como objetivo “promover o equilíbrio das atividades económicas num ambiente de concorrência livre e *fair* entre os operadores e de assegurar os bens e serviços essenciais (*Grundversorgung*)”.

É importante esclarecer, então, se o abuso de informação no mercado de capitais tem a capacidade de pôr em prejuízo a livre concorrência e o equilíbrio do próprio mercado, bem jurídico consagrado pelas ordens constitucionais investigadas como de interesse geral para a sociedade e para o desenvolvimento sustentável da economia.³⁶

Conforme Rodrigo de Grandis (2011, p. 135), os bens jurídicos ofendidos pela prática reiterada (cumulativa) do *insider trading* são “a confiança e as regras de transparência e de informação plena vigentes no mercado de capitais”, relacionadas, em última análise, ao “correto, regular e eficiente funcionamento de um sistema com conformação constitucional, qual seja, a ordem econômica”, de natureza *supraindividual*.

No mesmo sentido, José de Faria Costa e Maria Elisabete Ramos (2006, p. 36-37) entendem que a antijuridicidade do abuso de informação não tem no horizonte a proteção de interesses individuais. “O que está em causa é, justamente, a existência do próprio mercado de valores mobiliários enquanto *connected sys-*

³⁵ Eficiência, para este trabalho, deve ser entendida como “um método de maximização de determinados bens sociais eleitos como de significada importância; confere condições objetivas ao intérprete de melhor alcançar a satisfação de fins sociais (constitucionais) competitivos com os meios disponíveis” (RODRIGUES, 2014, p. 232).

³⁶ Ver o tópico 3.1, Ordem Constitucional e Mercado Financeiro.

tem e não o mercado enquanto justaposição de posições individuais.”

Uma análise econômica alternativa realizada por Michael Manove (1989, p. 842-843) chegou à conclusão de que a ocorrência do *insider trading* tende a desencorajar o investimento na empresa afetada e, em larga escala, no mercado de valores mobiliários em geral, quando os potenciais investidores e os já acionistas passam a ter conhecimento de *insiders* auferindo lucros privilegiados devido às respectivas posições privilegiadas. Isso porque os *insider traders* são capazes de se apropriar de uma parte substancial dos lucros decorrentes dos investimentos à custa dos acionistas menores.³⁷

Para Hayne Leland (1992, p. 884), não há dúvida de que os investidores menores, externos à administração das empresas (*outsiders investors*), saem normalmente prejudicados com a não proibição do *insider trading*. A expectativa de retorno de seus investimentos é reduzida porque negociam contra investidores mais bem informados. Com a reiterada prática do abuso de informação privilegiada por *insiders*, os *outsiders* possuem mais ações quando os retornos esperados são baixos e menos ações quando os retornos esperados são elevados, embora tenham reduzido o risco nos investimentos ao acompanhar os resultados obtidos, de antemão, pelos *insiders* no mercado. De toda forma, o autor reitera que os interesses dos investidores externos sempre ficam prejudicados.³⁸

³⁷ Ver a redação original: “We have argued that insider trading tends to discourage corporate investment when outsiders are aware of its general presence in the marketplace. This is because insider traders are able to appropriate some part of the returns to corporate investments made at the expense of outsider shareholders. [...]. Our model represents insider trading in the shares of a single corporation, but that corporation could serve as a metaphor for an entire securities market” (MANOVE, 1989, 842-843).

³⁸ Confira-se o original: “Outside investors also are hurt when insider trading is permitted. Their expected return is reduced. Because they are trading against better-

Há, portanto, fundamentos econômicos e jurídico-constitucionais bastantes para a proibição do *insider trading* tanto no Direito brasileiro quanto no Direito português. Outro ponto, contudo, é discutir qual meio de proibição (ou de intervenção) corresponde melhor aos anseios das próprias ordens constitucionais. Resta proceder ao estudo da conformação constitucional das consequências jurídicas do uso indevido de informação privilegiada, adotadas no Brasil e em Portugal.

4.2. A caminho de uma responsive regulation para o *insider trading*

No tópico 3, Consequências Jurídicas do *Insider Trading*, foram compiladas as respostas dadas pelo Direito brasileiro e pelo Direito português, tanto de caráter jurídico-penal quanto por meio da regulação econômica administrativa.

A intervenção no domínio econômico por parte do Estado Regulador manifesta-se normalmente pela veiculação de normas de Direito Administrativo Sancionador, produzidas e aplicadas por entidades reguladoras, independentes da estrutura tradicional da Administração Pública.³⁹ Entretanto, torna-se cada vez mais comum a expansão⁴⁰ da tutela estatal

-informed investors, they own, on average, more shares when expected returns are low and fewer shares when expected returns are high. But outside investors also have reduced risks: because some risks are revealed through prices, the remaining risks are less. Both the mean and variance of outsiders' returns are reduced by insider trading. Outsider's demand for stock may increase, but their welfare always decreases" (LELAND, 1992, p. 884).

³⁹ A respeito de tais entidades, João Nuno Calvão da Silva (2013, p. 184) as denomina de Autoridades Reguladoras Independentes (ARI). Segundo o autor, "considera-se crucial a separação entre a política e economia, pois só com ARI constituídas por especialistas técnicos e politicamente neutros se protege o quadro regulatório da instabilidade dos ciclos eleitorais e se garante a previsibilidade de que os operadores necessitam".

⁴⁰"A expansão deste campo das normas sancionatórias, motivada pelo gigantismo industrial e financeiro que

da ordem econômica para o terreno do Direito Penal Econômico, a exemplo das incriminações do *insider trading* (i) no Brasil, art. 27-D da Lei Federal nº 6.385, de 1976; (ii) em Portugal, art. 378 do Código de Valores Mobiliários, Decreto-Lei nº 486, de 1999.

A esse fenômeno de expansão atribui-se o nome de *administrativização* do Direito Penal, pois, segundo Jesús María Silva Sánchez (2011, p. 156), o Direito Penal "assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais".

Duas hipóteses comuns que justificam o fenômeno são: (i) a transferência da proteção de bens jurídicos do Direito Administrativo para o Direito Penal, decorrente de novos riscos e das peculiaridades da sociedade complexa, a exemplo da necessidade de defesa do meio ambiente e da ordem econômica (gestão de riscos); além disso, (ii) pode-se considerar o descrédito da instância administrativa, em si, na prevenção e reparação de ilícitos de mera conduta ou cumulativos, o que atraiu a intervenção penal subsidiária.

A expansão penal nesse sentido, em que pesce parecer inevitável, não pode ser admitida com a imposição de pena de prisão. De imediato se afastam os princípios da proporcionalidade e da eficiência, pois o menor potencial ofensivo não é conciliável com a privação de

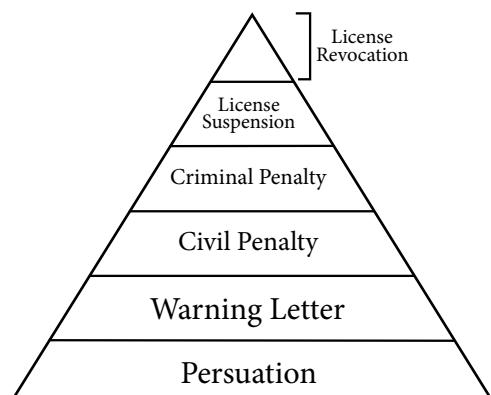
se acentuou exponencialmente nas últimas décadas do século passado, tornou-se por outra parte inevitável face à tomada de consciência dos novos riscos globais, determinados pelos avassaladores progressos técnico-instrumentais suscetíveis de pôr em causa a própria sobrevivência da humanidade, e que por isso o Estado não pode ignorar, antes lhe cumpre acautelar. Esta cautela perante os grandes e novos riscos conduz ao condicionamento da atividade dos agentes econômicos, designadamente das empresas, acentuando um conflito difícil de gerir entre a iniciativa e a autonomia econômicas dos privados, por um lado, e a proteção e prevenção do correto funcionamento do sistema econômico" (DIAS, 2012, p. 525-526).

liberdade – sanção mais severa prescrita nos ordenamentos jurídicos estudados –, assim como a prisão já se demonstrou ineficaz e de elevado custo ao erário na realidade brasileira.⁴¹

Por outro lado, há quem defenda não ser a incriminação associada a sanções tradicionais do Direito Penal, como a privação de liberdade, o grau de intervenção estatal mais temido pelos agentes econômicos, tais como os *insider traders*.

A partir do que expõem Ian Ayres e John Braithwaite (1992, p. 35), os agentes econômicos, considerados como agentes maximizadores de seu bem-estar e que respondem, nessa medida, a incentivos, reagem distintamente conforme o grau de intervenção estatal, bem como de acordo com a severidade da sanção caso se desviem da conduta lícita imposta pela autoridade reguladora. Para tanto, os autores sistematizam as estratégias de uma *responsive regulation* na estrutura de uma pirâmide de intervenção reguladora (*enforcement pyramid*).

The Enforcement Pyramid



Fonte: Adaptado de AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 35.

Segundo Ayres e Braithwaite (1992, p. 35-36), a maior parte das ações reguladoras se dá no primeiro patamar, o de persuasão, que, para Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 116), consiste em uma estratégia persuasiva (*proativa*) cujo êxito (eficiência regulatória) “poderá revelar-se tanto maior, quanto mais fortes forem os poderes sancionató-

⁴¹ Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 39), “não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ligado às mudanças sociais, respondendo adequadamente às interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se justificar deve responder eficazmente. A questão decisiva, porém, será: de quanto de sua tradição e de suas garantias o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade?”.

rios” (*estratégias reativas*).⁴² Impõe-se, portanto, decidir qual grau de intervenção deve ser adotado com base na aplicação do princípio da *ultima ratio*, recorrendo-se à intervenção penal regulatória apenas em último caso, após superadas todas as estratégias persuasivas (não sancionatórias).

A regulação *reativa* ou sancionatória deve sempre ceder à regulação *estratégica proativa*, sob o espectro conjugado dos princípios da subsidiariedade e da eficiência. Quanto menos gravoso o grau de intervenção e satisfatório o resultado por ele obtido, mais eficiente é a regulação econômica.

Nesse sentido, cumpre transcrever a defesa de Ana Raquel Gonçalves Moniz por uma *responsive regulation*: “a persuasão deverá atuar como estratégia de primeira linha, pelo que, somente se esta não funcionar, se recorrerá ao exercício de poderes sancionatórios”⁴³

Retomando a análise da *enforcement pyramid*, cumpre mencionar a posição inferior da intervenção penal com relação às sanções administrativas de suspensão e cassação de licença de operação. Pelo menos à primeira vista,

estas representam uma sanção mais severa em face da natureza da atividade e das vantagens patrimoniais que deixarão de ser obtidas com a cessação dela.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro contempla sanções administrativas nesse sentido para a prática de *insider trading*, isto é, inabilitação para o exercício de cargos de administrador e conselheiro por até vinte anos e cassação de autorização ou registro de operação da empresa (“ pena de morte” da pessoa jurídica).

O Direito português cominou medidas restritivas de direito semelhantes, mas como sanções penais acessórias às penas privativas de liberdade e de multa. Curiosamente, a sanção penal restritiva de direito do Código de Valores Mobiliários português é bem mais branda do que a imposta a título de responsabilização administrativa no Brasil – a interdição do exercício profissional perante o mercado de capitais limita-se a cinco anos.

Diante do exposto, os dois ordenamentos pecam na prescrição de penas privativas de liberdade, em excesso gravosas aos direitos fundamentais de liberdade e não mais eficientes no efeito de prevenção geral e na reparação dos danos causados pela prática de *insider trading* do que estratégias regulatórias de persuasão e sancionatórias administrativas e civis, conforme a *enforcement pyramid*.

O estudo dos impactos danosos causados pela reiterada prática de *insider traders* ainda não é pacífico, não obstante os consistentes trabalhos jurídicos e econômicos que sustentam a antijuridicidade do uso de informação privilegiada. O que parece incontrovertido é a ineficiência da intervenção penal, sobretudo associada à aplicação de penas privativas de liberdade. O diálogo entre o Estado regulador administrativo e o Estado titular do *jus puniendi* deve ocorrer sem que haja supressão in-

⁴² Quanto à autorregulação destinada a prevenir o *insider trading*, Richard Posner (c2011, p. 567-568) é céptico. Veja-se: “These problems and the more fundamental one that insider trading is inherently easy to conceal may explain why corporations have made little effort on their own to ban the practice, leaving this function to public regulation instead. Otherwise their inaction would be powerful evidence that the practice was efficient. But if the probability of detection is so low and the potential gains so great that heavy penalties – which private companies are not allowed to impose – would be necessary to curtail the practice, companies might be helpless to curtail it though they wanted to.”

⁴³ A título exemplificativo, esclarece Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 117): “Considerem-se, por exemplo, os operadores económicos que se apresentem como de baixo risco, e que, com facilidade, se podem transformar em ‘ofensores esquecidos’(*forgotten offenders*). Estamos numa área em que assume especial relevância o recurso a instrumentos de persuasão ou de *soft law*, os quais, recorrendo a alguma criatividade, podem envolver a realização de campanhas de informação (‘atuações informais informativas’, como as recomendações, os esclarecimentos e as advertências) ou de inspeções”.

devida e desnecessária de direitos e liberdades. Aplicando-se o critério de *ultima ratio* numa escala racional de meios de prevenção, repressão e reparação do *insider trading*, chegar-se-á a um *responsive regulation* na proibição do *insider trading*.

5. Conclusão

No mercado de capitais, há um evidente descompasso informacional entre os agentes econômicos envolvidos, de modo que, caso os investidores se sintam inseguros, relutarão em investir em dada empresa e, na perspectiva de um risco moral sistêmico, deixarão inclusive de investir no mercado de capitais em geral, em flagrante situação de seleção adversa.

Isso ocorre porque alguns indivíduos (*insiders*) que operam no mercado de capitais estão em posição privilegiada quanto à obtenção de informações relevantes para os negócios realizados perante o sistema financeiro. São eles, normalmente, administradores, membros do conselho de administração (*corporate insiders*) e demais indivíduos que, por razão de sua proximidade com o ambiente ou com os agentes de gestão e tomada de decisões das empresas (*temporary insiders, tippees ou outsiders*), podem se antecipar e fazer uso de tais informações em seu benefício, antes de elas serem publicamente veiculadas no mercado, prática intitulada de *insider trading*.

Dessa forma, ainda que a própria doutrina norte-americana compreenda opiniões contrárias à ilicitude do *insider trading*, a exemplo do economista Henry Manne, as principais teorias aplicadas no estudo e na repressão do uso indevido de informações por esses agentes foram desenvolvidas nos Estados Unidos e evoluíram, basicamente, no sentido de alcançar um rol mais abrangente de sujeitos ativos,

desde os *corporate insiders* até os *outsiders*, a fim de preservar o equilíbrio do mercado de capitais.

A Constituição brasileira de 1988 e a Constituição portuguesa de 1976 permitem a intervenção pública no domínio econômico desde que o Estado esteja constrito ao objetivo de garantir o eficiente funcionamento do mercado, norteado pelos princípios da *livre concorrência* e do *interesse geral*, o que condiz com a proibição e fiscalização do *insider trading* pelo Estado Regulador.

Nesse contexto, o Brasil adotou sistema de intervenção pública semelhante à *disclose or abstain theory*, ao dirigir a regulação sancionatória àqueles que detêm o dever de lealdade e de preservar o sigilo das informações relevantes para o mercado de capitais, razão pela qual o país optou por um regime de ilícitos próprios.

Portugal, por outro lado, no contexto normativo da União Europeia, ao adotar a *misappropriation theory*, expandiu o âmbito de incidência da *responsabilidade penal* para terceiros (*temporary insiders, insiders* não institucionais e *outsiders*) que obtenham *informações relevantes* e se utilizem delas para auferir ganho patrimonial para si ou para outrem, mesmo que não possuam qualquer tipo de vínculo com a sociedade comercial de capital aberto (*outsiders*).

Em que pese tais movimentos de proibição do *insider trading* – tanto no Direito brasileiro quanto no Direito português – protegerem bem jurídico constitucional (ordem econômica e financeira, em última análise), este trabalho propôs discutir qual meio de proibição (ou de intervenção) corresponde melhor aos anseios das próprias ordens constitucionais, especificamente no afã de verificar a conformação constitucional das consequências jurídicas do uso indevido de informação privilegiada.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e lusitano contemplam medidas restritivas de direito semelhantes: respectivamente, um por meio de sanções administrativas e o outro mediante sanções penais acessórias às penas privativas de liberdade. Ocorre que ambos falham em buscar uma estratégia ótima de proibição do *insider trading*, pois prescrevem penas privativas de liberdade, em excesso gravosas aos direitos fundamentais individuais e não mais eficientes na prevenção geral e na reparação dos danos causados pela prática de *insider trading*. Afinal, impõe-se a comparação com estratégias regulatórias de persuasão e sancionatórias não penais (administrativas e civis), conforme uma *responsive regulation*.

Assim, conclui-se pela inficiência da intervenção penal clássica, vinculada à aplicação de penas privativas de liberdade, cabendo proceder ao diálogo entre o Estado regulador administrativo e o Estado titular do *jus puniendi* na direção da prevenção, repressão e reparação do *insider trading*, sem que isso implique a supressão indevida e desnecessária de direitos e liberdades. Aplicando-se o critério de *ultima ratio* numa escala racional de meios de prevenção, repressão e reparação do *insider trading*, chegar-se-á a uma *responsive regulation* na proibição do *insider trading*.

Sobre o autor

Filipe Azevedo Rodrigues é doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional, Regulação Económica e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU) e na Universidade Potiguar (UnP), Natal, RN, Brasil.

E-mail: rodrigues.cgern@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁴

PUBLIC ENFORCEMENT & PROHIBITION OF INSIDER TRADING: EFFICIENCY AND ULTIMA RATIO IN THE RESPONSIVE REGULATION

ABSTRACT: The paper begins with analysis of information asymmetry in the capital market and how this fail can create uncertainty and imbalance in business relationships, scaring investors. Defines the concepts of insider trading, corporate insiders, temporary

⁴⁴Sem revisão do editor.

insiders, outsiders or tippees, all important to study about insider trading as damaging to the financial system practice. Mentions several U.S. doctrinal positions on the prohibition, prevention and control of insider trading, especially in research in economics. Enters the Brazilian and Portuguese legal systems in order to identify the constitutional basis for the prohibition of the use of privileged information in the financial market. Details the analysis of the legal consequences of the practice of insider trading in the Luso-Brazilian context, highlighting their similarities and differences. Concludes by applying a responsive regulation, both administratively and in the criminal sphere, guided by the principles of efficiency and *ultima ratio*.

KEYWORDS: INSIDER TRADING. SUBSIDIARITY PRINCIPLE. RESPONSIVE ECONOMIC REGULATION.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- AUGUSTO, Ana Micaela Pedrosa. Insider trading: perspectiva sobre o enquadramento jurídico-societário no ordenamento português. In: *O direito*, v. 136, n. 4, p. 999-1042, 2004.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.
- _____. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 1976a.
- _____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976b.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- _____. Lei nº 10.303, de 31 de outubro 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, 1º nov. 2001.
- _____. Comissão de valores imobiliários. *Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002*. jan. 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst358consolid.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2016.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0005123-26.2009.4.03.6181/SP. Relator: Desembargador Luiz Stefanini. DJ, 4 fev. 2013. *Diário da Justiça*, 14 fev. 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 22, n. 3, p. 521-543, 2012.

DOLGOPOLOV, Stanislav. *Insider trading*. 2008. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/InsiderTrading.html>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

ESTADOS UNIDOS. *Rule 10b-5. Employment of manipulative and deceptive devices*. 1934a.

_____. *Securities exchange act of 1934*. 1934b. Disponível em: <<http://taft.law.uc.edu/CCL2/34Act/index.html>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GRANDIS, Rodrigo de. Aspectos penais do uso de informação privilegiada (insider trading) no direito brasileiro. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (Coord.). *Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. *Introdução à economia*. 2. ed., atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

LELAND, Hayne E. Insider trading: should it be prohibited?. *The journal of political economy*, v. 100, n. 4. p. 859-887, ago. 1992.

MANNE, Henry G. *Insider trading and stock market*. New York: Free Press, 1966.

MANOVE, Michael. The harm from insider trading and informed speculation. *Quarterly journal of economics*, v. 104, n. 4, p. 823-845, jan. 1989.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: GONÇALVES, Pedro et al (Coord.). *A crise e o direito público: VI encontro de professores portugueses de direito público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 95-132.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. v. 2.

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

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de setembro*. Código das sociedades comerciais. 1986. Disponível em: <<http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-das-sociedades/downloadFile/file/soc.pdf?nocache=1206463590.44>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 142-A/91, de 10 de abril*. Código do mercado de valores mobiliários. 1991. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/1991/04/083A01/00020118.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 473/99, de 8 de novembro*. 1999a. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/1999/11/260A00/77897796.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de novembro*. Código de valores mobiliários. 1999b. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/LegislaçãoNacional/CodigosdosValoresMobiliarios/Pages/Decreto-Lei-n-48699-de-13-de-Novembro.aspx?v=>>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de março*. 2006. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2006/03/063A01/00020190.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. Processo nº 8533/08-3. Relatora: Juíza Margarida Ramos de Almeida. *Tribunal da Relação de Lisboa*, 5 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/ContraordenaçõesECrimesContraOMercado/Documents/7c08543cb27e469b98c105199d4ac709AC19122008.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, c2011.

RAMOS, Maria Elisabete; COSTA, José de Faria. *O crime de abuso de informação privilegiada (insider trading): a informação enquanto problema jurídico-penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo; SILVA, Kathy Aline de Medeiros. Crimes financeiros e a criminalidade organizada transnacional: considerações sobre a expansão internacional do direito penal. In: MENEZES, Wagner et al (Coord.). *Direito internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 397-419.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. Derecho penal como ultima ratio: hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*. v. 14. n. 1, p. 13-48, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 mar. 2013.

SANO, Flávia Pinotti. O modelo de supervisão em risco e o papel da auto-regulação. In: CUSCIANO, Dalton Tria et al. *Auto-regulação e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Estado, economia e sistema financeiro: bancos públicos como opção regulatória e como estrutura de governança. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ana Lúcia. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, João Nuno Calvão da. O estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral. In: ESTUDOS de direito público. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 159-183.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral: fundamentos e princípios: direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Competência legislativa em Direito Societário

Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu

LEONARDO NETTO PARENTONI

BRUNO MIRANDA GONTIJO

Resumo: Este texto tem por objetivo analisar a competência legislativa em matéria de Direito Societário. Buscou-se traçar um paralelo entre o sistema jurídico brasileiro e o norte-americano, pontuando também, de maneira breve, a atuação societária transnacional na União Europeia. Historicamente, o Brasil sempre adotou o modelo de competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário. Assim, é importante refletir sobre as experiências em sentido diverso, há séculos acolhidas com elevado grau de sucesso por outros países. Isso poderá lançar luzes sobre o modelo brasileiro, permitindo cogitar de uma inédita mudança de paradigma ou, ao menos, fornecer argumentos científicos para a manutenção e aprimoramento desse modelo.

Palavras-chave: Direito Societário. Competência legislativa. Harmonização do Direito.

1. Considerações iniciais

1.1. Delimitação do tema: cortes metodológicos

Este texto tem por objetivo analisar a competência legislativa em Direito Societário e abordará somente aspectos relativos ao Direito Comercial, além das inevitáveis incursões pelo Direito Constitucional. Demais faces da questão, como as implicações no Direito Internacional Privado, Tributário e Processual Civil, propositadamente não são objeto de análise.

Ainda que tal competência legislativa diga respeito ao Direito Comercial¹ como um todo (ao menos no Brasil), este estudo optou pelo corte metodológico de cuidar apenas do Direito Societário², por ser esta a área na qual se observam as principais (e mais bem-sucedidas) iniciativas estrangeiras de adoção do modelo oposto, ou seja, a competência legislativa concorrente dos entes federados. Assim, mesmo estando inseridos no Direito Comercial, temas como propriedade intelectual, recuperação de empresas e falência não são objeto de investigação.

Por fim, ainda que a adoção do sistema de competência legislativa concorrente possa impactar os mais diversos tipos societários – como as sociedades limitadas³, ampla maioria no Brasil –, fato é que sua repercussão se dá, de forma mais intensa, nas *sociedades anônimas abertas*⁴, sendo esse tipo, por tal razão, o foco principal do estudo.

¹ “O objeto do direito mercantil não é toda a ordem jurídica do mercado, mas apenas aquela que tem a ver com a organização da empresa e com a interação entre empresas” (FORGIONI, 2009, p. 18).

² Ainda que a generalidade dos manuais brasileiros – surpreendentemente – não conceitue Direito Societário, pode-se entendê-lo como o sub-ramo do Direito Comercial que estuda a constituição, o funcionamento e a extinção das sociedades, notadamente das sociedades empresárias. Equivale ao *Corporate Law*, nos países de *common law*; ao *Diritto Societario*, na Itália; ao *Derecho Societario*, em países de língua hispânica; ou ao Direito das Sociedades, em Portugal. Há quem adote visão mais ampla de Direito Societário, englobando também as associações: “O direito societário é o direito das organizações finalísticas privadas e o seu estudo compreende as associações em sentido estrito e as sociedades – as quais daquelas se distinguem pelo seu escopo-fim lucrativo, mas que, em qualquer caso, também têm por substrato pessoal a reunião de pessoas [...]” (ADAMEK, 2014, p. 37). De qualquer modo, a visão adotada neste texto é mais ampla do que a conceção que associa *Corporate Law* a sociedades anônimas, sobretudo as abertas, tendo como função basicamente solucionar conflitos de interesses (THE ANATOMY, 2004).

³ A respeito do impacto da competência legislativa concorrente sobre as sociedades limitadas norte-americanas, recomenda-se a leitura de Kobayashi e Ribstein (2011).

⁴ “Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua

O texto divide-se em seis itens, alguns dos quais apresentam subitens. O item 1 destina-se à introdução e ao esclarecimento dos critérios metodológicos utilizados na pesquisa. O segundo trata do modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário, enfocando seus pontos positivos e negativos. O terceiro item, por sua vez, aborda o modelo norte-americano de competência legislativa nessa área. O seguinte cuida da atuação societária transnacional na União Europeia. O item 5 analisa quais seriam os possíveis efeitos de se adotar, no Brasil, a competência concorrente em matéria de Direito Societário, tal como nos Estados Unidos da América (EUA). O sexto item traz as conclusões do trabalho.

1.2. Introdução: contexto

Está absolutamente claro na Constituição Federal de 1988 (CF) que a competência para legislar em matéria de Direito Comercial, no Brasil, é *privativa da União*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988).

A leitura dos artigos 23 e 24 evidencia não haver exceção a essa regra, quer em matéria de competência comum, quer na competência concorrente dos entes federados⁵. Curiosa-

emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários” (BRASIL, 1976).

⁵ Ressalte-se que o art. 24, III, da CF, que cuida da competência concorrente em matéria de Juntas Comerciais, refere-se apenas aos aspectos *administrativos* do tema, uma vez que as juntas comerciais são mantidas e administradas pelos Estados-membros da Federação: “Art. 5º Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva. Art. 6º As juntas comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DNRC, nos termos desta lei” (BRASIL, 1994). Como fica claro no art. 6º, a uniformização jurídica e a fiscalização do sistema competem a um órgão federal: hoje o Departamento Nacional de Regulação do Comércio (DNRC).

mente, essa opção é algo bastante arraigado na cultura brasileira, tanto que o País *nunca* vivenciou algo diverso⁶.

Com efeito, durante a colonização o Brasil submeteu-se às leis de Portugal, as quais, por sua vez, previam a competência privativa da Coroa Portuguesa para legislar sobre Direito Comercial⁷. Como advertiu Carvalho de Mendonça, citando trecho de discurso do então deputado Pereira da Silva, proferido em 30 de agosto de 1843, naquela época havia carência de leis comerciais⁸, a ponto de o Brasil ter que se socorrer, com frequência, à “Lei da Boa Razão” (Lei Portuguesa de 18 de agosto de 1769), que remetia a solução das demandas à legislação de outros países europeus⁹, quando não houvesse, na Colônia ou em Portugal, norma específica sobre algum tema.

A vinda da Corte para o Brasil e a criação da “Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação deste Estado do Brasil e seus Domínios Ultramarinos”, por meio do Alvará Real de 23/8/1808, em nada alterou esse panorama (FERREIRA, 1960, p. 70-87). A competência para dirimir conflitos ultramarinos, efetuar o registro dos comerciantes e emitir certidões permanecia com o poder central.

Décadas depois, seguindo a influência de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros¹⁰, sobretudo do paradigmático Código Comercial

mento de Registro Empresarial e de Integração – DREI, em substituição ao Departamento nacional do Registro do Comércio – DNRC (vide Decreto nº 8.001/2013 art. 11, II e IV).

⁶ Ao contrário do que já ocorreu em outras áreas, como no Processo Civil; durante décadas, o País conviveu com Códigos *Estaduais*, em virtude do que dispunha a Constituição Federal de 1891. “Com efeito, a Constituição Federal de 1891 (nossa primeira Carta Magna de origem republicana) dispunha no sentido de que os Estados-membros detinham competência para legislar sobre o direito processual comum, reservando-se à União – em se tratando de direito processual – apenas a atividade legislativa que tange à legislação processual aplicada à Justiça Federal” (MAZZEI, 2014, p. 12-13).

⁷ O Visconde de Cairu, tido como o primeiro comercialista brasileiro, assim alude a este ponto: “Nas Cidades marítimas do Brazil se estabelecerão as Mezas das Inspecções em virtude da Lei do I.º de Abril de 1751, para promoverem a Agricultura, e Commercio da respectiva Capitania. O seu primeiro instituto foi o qualificarem os generos do Paiz, para terem a taxa, que a mesma Lei considerou então necessária, e castigarem as falsificações nas marcas, taras, e qualidades” (LISBOA, 1811, p. 2).

⁸ Algo impensável nos dias de hoje, em que o excesso – e até mesmo a confusão legislativa – parecem evidentes.

⁹ “Qual é a nossa legislação commercial? A lei de 18 de agosto de 1769, com alguns alvarás, dispõe pequenas medidas e manda em todos os casos omissos reger-se pela legislação dos povos cultos. Ora, quase todos os casos são omissos (...); as nações estrangeiras, pelos seus hábitos e costumes têm diferenças mais ou menos sensíveis em suas leis, e o que acontece? É que cada magistrado, ao proferir sentença sobre causas commerciales, dá como lhe parece. Não há homogeneidade, não há conhecimento fixo e determinado de todos os estilos e usos das praças de commércio, que muito devem influir nos julgamentos. As questões de seguro, das preferências dos credores, dos contractos de risco, das quebras e bancarrotas fraudulentas, não tendo legislação, são decididas e julgadas tão diferentemente, quanto são os magistrados que tomam delas conhecimento” (MENDONÇA, 1930, p. 120).

¹⁰ A Exposição de Motivos do Código Comercial Brasileiro de 1850 deixou claro que ele sofreu influência de diversas ordens jurídicas, não apenas do Direito francês: “Duas idéias capitais ocorreram à Comissão ao encetar os trabalhos: 1º, que um Código de Co-

Francês de 1807, sobreveio o primeiro – e até o momento único – Código Comercial Brasileiro (BRASIL, 1850). Esse diploma normativo manteve as questões afetas ao Direito Comercial no âmbito federal – tendência que se perpetuou em todas as Constituições republicanas¹¹.

2. O modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário

2.1. Algumas vantagens e desvantagens do modelo brasileiro

O modelo brasileiro de competência legislativa em Direito Societário tem algumas vantagens e desvantagens bastante evidentes. Sua principal vantagem é assegurar *uniformidade* no trato do tema, em âmbito nacional¹². Desse caráterística, ontologicamente vinculada à competência privativa da União, decorrem algumas outras vantagens. Por exemplo, maior *previsibilidade* para o investidor¹³ – sobretudo estrangeiro –, pois a legislação sobre o tema é a mesma, em qualquer parte do País¹⁴. Isso,

em tese, propicia *segurança jurídica*¹⁵ ao mesmo tempo em que *reduz custos de transação*¹⁶. Ademais, em caso de divergência interpretativa, *existe instrumento judicial para uniformização de entendimentos*, sendo esta uma das funções precípuas do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a principal desvantagem do sistema de competência privativa decorre justamente da uniformidade. O tratamento do assunto por igual, em todo o país, impede que cada Estado-membro adapte a legislação a suas *peculiaridades regionais*. A questão do enquadramento como pequeno empresário é um bom exemplo. Os valores máximos de referência para esse enquadramento são os mesmos, em todo o País (BRASIL, 2006). Isso faz com que nas localidades em que os preços são mais elevados – como nas capitais do Sudeste, por exemplo – seja mais difícil permanecer enquadrado como pequeno empresário, ao passo que em locais com custo de vida reduzido, a quase totalidade das empresas ali instaladas obtém esse enquadramento, até com certa facilidade. O mesmo pode ser dito em relação ao

mércio deve ser redigido sobre os princípios adotados por todas as nações comerciantes, em harmonia com os usos ou estilos mercantis, que reúnem debaixo de uma só bandeira os povos do novo e do velho mundo; 2º, que um Código de Comércio deve ser ao mesmo tempo acomodado às circunstâncias especiais do povo para quem é feito” (FERREIRA, 1960, p. 93).

¹¹ Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “a”; Constituição de 1937, art. 16, XVI; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “a”; Constituição de 1967, art. 8º, XVII, “b”; e Constituição de 1988, art. 22, I.

¹² Decorrência natural da competência privativa da União. Vide, por todos, Almeida (2013).

¹³ “Os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegia a segurança e a previsibilidade jurídicas. Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas” (FORGIONI, 2009, p. 75).

¹⁴ Evidentemente, atentando-se para os cortes metodológicos deste trabalho, que excluem, por exemplo, a parte tributária.

¹⁵ “Nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo presuppongono o lo lasciano argomentare. Oridne, nel senso di *regolarità* e *prevedibilità dell'agire*: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole [...]” (IRTI, 2003, p. 5). “Direito racional, isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas” (WEBER, 1968, p. 251).

¹⁶ “Transactions costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs; (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs” (COOTER, c2000, p. 87-88).

capital mínimo para a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI (BRASIL, 2002).

Com efeito, a importância de se adaptar a legislação às peculiaridades regionais é ainda mais evidente num país de dimensões continentais como o Brasil, que engloba várias zonas bioclimáticas, econômicas e socioculturais.

2.2. Outros possíveis horizontes

Como visto linhas atrás, o Brasil nunca conheceu sistema diverso da competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário. Isso não quer dizer que inexistam outros horizontes. O modelo nacional é próprio do seu desenvolvimento histórico e cultural. É preciso, porém, atentar para a existência de outros modelos, até para verificar se a *opção*¹⁷ brasileira de fato é a que hoje melhor atende aos interesses do País.

Sabe-se que a globalização promoveu drásticas mudanças tanto no comércio interno quanto no internacional. Hoje se vivencia uma integração econômica sem precedentes (TOMAZZETTE, 2014). E, nesse competitivo cenário internacional, apesar das recorrentes crises cíclicas, próprias do capitalismo, os EUA continuam desempenhando papel de destaque¹⁸: têm, por exemplo, o mercado de valores mobiliários mais desenvolvido do planeta e adotam, em Direito Societário, modelo de competência legislativa diverso do brasileiro –

¹⁷ Lembando que opção é a possibilidade de escolher livremente entre duas ou mais alternativas. Ou seja, não seria nada absurdo se o poder constituinte brasileiro optasse por outro modelo, por reputá-lo mais consentâneo com as necessidades do país.

¹⁸ “O Direito Societário Norte-Americano tem se transformado em um ponto de referência obrigatório para os que pretendem conhecer as abordagens mais modernas sobre a matéria. Desta forma, suas concepções pragmáticas são frequentemente invocadas como subsídio de teses acadêmicas, propostas de reformas legislativas e outras análises jurídicas” (REYES, 2013, p. 24).

sinal de que outras opções também podem ser eficientes.

Frise-se, ademais, que a superação das fronteiras físicas e a constante integração econômica fazem com que avulte a importância de se reduzirem as contradições entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, impulsionando o movimento de convergência ou, ao menos, de harmonização das ordens jurídicas (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000). (GILSON, 2000). (THE ANATOMY, 2004). Nesse novo cenário, avulta a importância de bem compreender a legislação estrangeira, a fim de aperfeiçoar o Direito brasileiro, inserindo-o nesse macroprocesso de harmonização – evidentemente sem que, com isso, se percam as particularidades e a tradição jurídica nacional¹⁹. É isso que o presente estudo se propõe a fazer, analisando, comparativamente, a competência legislativa em Direito Societário, no Brasil, nos EUA e na União Europeia²⁰.

3. O modelo dos EUA

3.1. Brevíssima introdução ao federalismo norte-americano

O sistema de repartição de competências legislativas definido pela Constituição dos EUA é bastante diverso do modelo brasileiro²¹. Nos EUA, o rol de atribuições da União é di-

¹⁹ “Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura. A ponto de afirmarmos a necessidade de uma antropofagia jurídica, à moda de Oswald de Andrade” (GRAU, 2010, p. 73).

²⁰ “Tente enxergar o que é útil para o seu próprio continente e para o seu país. Essa é a essência do Direito Comparado: aprender com os erros e boas experiências alheias” (PRADO, 2009, p. 10).

²¹ Article added pursuant to the fifth article of the original Constitution. “ARTICLE [X.] The powers not

minuto em relação ao dos Estados-membros e isso se reflete, inclusive, no Direito Comercial²².

Enquanto a falência (*bankruptcy*), a negociação de valores mobiliários (*securities*), a concorrência (*antitrust*) e alguns outros assuntos se inserem na órbita federal, com regulamentação uniforme para todo o país, a regulamentação da maior parte das questões relativas ao funcionamento societário é conferida aos Estados. Incumbe-lhes tratar, por exemplo, da constituição de sociedades, de sua organização interna, administração e dissolução. Nessas matérias podem coexistir cinquenta legislações distintas, uma para cada Estado-membro. É habitual, portanto, que cada um deles adote um código de Direito Societário (*state statute*).

A legislação estadual de regência – em matéria estritamente societária – é definida pelo local de constituição da sociedade (*state of incorporation*)²³, ainda que a pessoa jurídica atue fora dele, no território de outros Estados da Federação. Consequentemente, é normal que uma sociedade atue em determinado Estado (ou mesmo no país inteiro), submetendo-se apenas à legislação societária do Estado em que foi constituída. Admite-se, inclusive, a alteração do Estado de constituição, com o escopo de alterar a legislação de regência (*reincorporation*)²⁴. Essas questões estão pacificadas na jurisprudência da *United States Supreme Court*²⁵.

Nesse contexto, naturalmente surgiu uma competição entre Estados-membros, a fim de atrair, para seu território, a constituição do maior número possível de sociedades. Entre outras razões, para auferir o valor das taxas de constituição (*incorporation fees*)²⁶. Essa competição

delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

²² Vale destacar que os EUA *não adotam* a distinção entre sociedade simples e empresária, tal como ocorre no Brasil e, em regra, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*.

²³ “The founders of a corporation create the corporation (they ‘incorporate’) by filing certain documents with the appropriate state agency and may choose to do so in any of the fifty states. Once a firm is incorporated in a particular state, it is the law of that state that is controlling as to the matters covered in the corporations code” (KLEIN; COFFEE; PARTNOY, 2010, p. 106).

²⁴ “It is assumed that reincorporation involves no transaction costs. The procedure for reincorporation is assumed to be the one long established under US corporate law. The managers must initiate a reincorporation, making a proposal to the shareholders; if the shareholders approve, the company will move. Thus, reincorporation will occur if and only if both managers and shareholders wish to reincorporate. Furthermore, managers have the power to make take-it-or-leave-it offers to the shareholders” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 143).

²⁵ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Paul v. Virginia, 75 U.S., 1868.

²⁶ “While we have assumed that states seek to maximize the revenues from incorporated companies, an alternative and perhaps more appealing assumption would be that each state seeks to maximize revenues from out-of-state incorporations. The reason is that the state has many other means of securing revenues from local companies

é usualmente denominada *market for corporations*²⁷. Ou seja, os Estados competem para manter um conjunto de atrativos (nos quais se inclui a legislação societária) capaz de direcionar para seu território a constituição do maior número possível de sociedades, ainda que elas operem em qualquer outra parte do país. Como se verá, um deles foi absolutamente exitoso nessa tarefa.

Os próximos tópicos buscarão pontuar sucintamente a evolução histórica do *market for corporations*, apresentando os argumentos favoráveis e os contrários a ele, bem como quem se beneficiaria desse cenário. Antes, porém, cumpre tratar, ainda que brevemente, das leis uniformes (*uniform law*).

As chamadas “leis uniformes” não são, a rigor, leis em sentido estrito, sequer ato infralegal. São, na verdade, propostas elaboradas por grupos de juristas, para servirem de inspiração aos diversos Estados-membros no tratamento legislativo de determinado tema. Espera-se que eles, ao elaborarem sua legislação interna, incorporem as disposições da lei uniforme. Busca-se, com isso, harmonizar as legislações estaduais, reduzindo custos de transação.

Certas leis uniformes em matéria de Direito Societário obtiveram grande êxito, tendo sido adotadas por quase todos os Estados-membros, ainda que com ressalvas num ou outro ponto²⁸. Assim, por exemplo, as referentes à *Partnership*²⁹ (*Uniform Partnership Act – UPA*, de 1914,

(e.g., through standard taxes), and it has no reason to resort to the franchise tax with respect to such companies” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 152). As taxas de constituição auferidas pelo Estado-membro são apenas um dos fatores que motivam tal competição. Existem outros, inclusive metajurídicos, tão ou mais importantes do que elas. Tais fatores serão abordados posteriormente. Por ora, veja-se: “There are three distinct pieces of data that suggest that states compete for incorporations. First, corporate law innovations diffuse across states in an S-shaped curve [...]. Second, state franchise revenues are significantly positively related to the responsiveness of a state’s corporate law to firm demands [...]. In addition, in so far as the engine driving competition in states is the corporate bar, the more pertinent factor for assessing the financial incentives to compete is the relative size of the financial gains to be had by the corporate bar from servicing clients, rather than the relative size of potential franchise revenues to state budgets” (ROMANO, 2005, p. 225, 230).

²⁷ Também conhecido por *market for charters* ou *charter market*, já que *charter* é o nome do documento que comprova o registro regular da sociedade, em determinados países: “o fundador ou fundadores (*incorporator*) apresenta ante o funcionário estatal competente (usualmente o Secretário de Estado) a ata de constituição da sociedade [*articles of incorporation*]. Este documento contém somente as menções essenciais requeridas para identificar a sociedade ante a autoridade pública competente. Se os requisitos legais se cumprem, o Secretário ou o funcionário respectivo expede um certificado de constituição (*certificate of incorporation* ou *charter*), que dá lugar ao início da existência legal da sociedade. Este certificado representa a permissão outorgada pelo Estado para levar a cabo negócios sob a forma de sociedade comercial” (REYES, 2013, p. 183).

²⁸ Ao tempo em que foi redigido este texto, Louisiana era o único Estado-membro que não havia aderido à lei uniforme em matéria de *partnerships*, por exemplo.

²⁹ A *partnership* equivale tanto à *sociedade em nome coletivo*, na qual os sócios respondem ilimitadamente pelas dívidas sociais, quanto à *sociedade em comum*, nos casos em que existe contrato de sociedade sem o devido registro. Nesse sentido: “Despite the con-

e *Revised Uniform Partnership Act* – RUPA, de 1997, posteriormente revisado também em 2011 e 2013). Outras, porém, ainda não deslancharam. É o caso das leis uniformes sobre sociedades limitadas (*Limited Liability Company* – LLC). Tanto o original ULLCA (*Uniform Limited Liability Company Act*, de 1995) quanto a versão revisada (*Revised Uniform Limited Liability Company Act* – RULLCA, de 2006, revisado por último em 2013) sofreram e continuam sofrendo profundas críticas, a ponto de alguns autores sugerirem que os Estados-membros simplesmente as ignorem³⁰.

Fato é que, ao lado da legislação federal e estadual, também algumas “leis uniformes” desempenham papel de relevo no Direito Societário norte-americano.

3.2. Market for Corporations: de New Jersey a Delaware

O primeiro Estado-membro a sagrar-se vencedor na disputa para atrair o registro do maior número de sociedades foi New Jersey³¹. Até o início do século XX, ele chegou a concentrar 95% das grandes companhias abertas dos Estados Unidos, sendo que as receitas provenientes dessa atividade representavam 60% do orçamento do Estado³². Ocorre que, em 1913, Woodrow Wilson, então Governador de New Jersey, modificou súbita e substancialmente a legislação desse Estado, introduzindo regras desfavoráveis para as companhias nele incorporadas³³.

sensual nature of the relationship, however, the failure of the associates to label themselves ‘partners’, or to think of themselves as belonging to a partnership, is irrelevant. If they share in the profits and in the control of a business they are partners as a matter of law and are subject to the rights and liabilities that flow from that status, like it or not” (KLEIN; COFFEE; PARTNOY, 2010, p. 63). Vide ainda Ribenstein (2006).

³⁰“Given the controversial nature of many of RULLCA’s changes and the fact that LLC law has matured over the twelve years since ULLCA, there is even less reason to think that RULLCA will achieve uniformity than there was for ULLCA. [...] there is no reason to expect that RULLCA would be a better model than many of the sophisticated state LLC statutes that state legislators and bar committees have produced over the last twenty years. Even if legislators conclude that some of RULLCA’s provisions are clearly superior to existing law, they should not adopt RULLCA unless they are satisfied that the benefits of RULLCA exceed the costs of creating uncertainty by abandoning prior case law and precedents. [...] uniform lawmaking is a questionable endeavor and should only be undertaken where a uniform state law is likely to be useful. The limited liability company does not fall under this category” (RIBSTEIN, 2007, p. 79-80).

³¹“At the turn of the century [from sec. XIX to XX], New Jersey and not Delaware dominated the corporate charter market” (ROMANO, 1993, p. 42).

³²“In 1896, New Jersey granted 834 charters and received \$800,000 in filling fees and franchise charters. By 1903, 2,347 firms had incorporated there, between them paying \$2,189,000, an amount that accounted for 60 per cent of the state’s revenue. An astonishing 95 per cent of the country’s major corporations were incorporated in New Jersey” (TALBOT, 2008, p. 15).

³³“Woodrow Wilson, New Jersey new governor adopted those unfavorable rules also known as the ‘Seven Sisters Act’” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 155). Igualmente: “As a lame-duck governor about to assume the presidency, Woodrow Wilson had legislation implemented that revamped the state’s corporation code; among

Na época, o político fez pronunciamento público afirmando que a mudança na legislação marcaria “uma nova era na vida empresarial de New Jersey”. (TRENTON, 1913) (E de fato marcou, só que para pior...)

Aproveitando-se do clima de insegurança ocasionado por esse deslize, outro Estado ocupou o espaço, tornando-se líder na área, posição que ostenta até hoje, com larga vantagem sobre os demais. Trata-se de Delaware³⁴, escondido, desde então, como *state of incorporation* por cerca de 60% das companhias abertas norte-americanas³⁵.

Curioso notar que Delaware não é um Estado-membro extenso, tampouco notável por sua produção agrícola ou industrial. Também não é polo tecnológico ou de turismo. Então, por que motivo atrai a maioria das companhias abertas norte-americanas? O sucesso de Delaware não se deve a um único fator, mas ao somatório de vários aspectos³⁶. Convém mencionar, sucintamente, alguns deles.

other reforms, it redefined business trusts, which had been a distinctive New Jersey organizational innovation, and restricted corporate acquisitions and stock ownership. [...] the business trust were enacted by a bare two-thirds margin in the twenty-one member New Jersey senate (14 to 7)” (ROMANO, 1993, p. 42).

³⁴“Delaware’s dominance is a stable and persistent phenomenon: it has been the leading incorporation state since the 1920s” (ROMANO, 1993, p. 8).

³⁵Delaware Department of State: Division of Corporations. Disponível em: <<http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2015. Veja-se ainda: Bebchuk (2003).

³⁶“Why do corporations choose Delaware? I think the answer is not one thing but a number of things. It includes the Delaware General Corporation Law which is one of the most advanced and flexible corporation statutes in the nation. It includes the Delaware courts and, in particular, Delaware’s highly respected corporations court, the Court of Chancery. It includes the state legislature which takes seriously its role in keeping the corporation statute and other business laws current. It includes the Secretary of State’s Office which thinks and acts more like one of the corporations it administers than a government bureaucracy. There are other, less tangible, factors that go into the mix that make Delaware appealing to corporations and other business forms. There is the fact that Delaware is a small state whose populace is generally probusiness.

Em primeiro lugar, desponta a *legislação societária*, mais permissiva que a de outros Estados-membros em relação à conduta dos administradores da companhia, o que os motiva a optar pela incorporação em Delaware. Além disso, tal legislação é clara, objetiva e bem sistematizada.

Outra vantagem competitiva é o *Judiciário* de Delaware, no qual os magistrados são altamente treinados para lidar com litígios empresariais. Não são selecionados por concurso público nem gozam de vitaliciedade; ao contrário, são indicados pelo Governador, para o exercício da função, preferencialmente entre advogados com notório conhecimento em Direito Societário, para mandato por prazo fixo³⁷. Consequentemente, existe forte incentivo para que se mantenham atualizados e sensíveis às demandas empresariais, sob pena de não serem reconduzidos ao cargo. Isso faz com que a jurisprudência empresarial desse Estado-membro seja considerada a melhor do país, servindo de referência para os demais.

Além disso, a entidade local de representação dos advogados, nos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é notória por reunir profissionais especializados em Direito Societário, o que eleva o nível da assessoria jurídica nessa matéria (*legal opinions*), mesmo

[...] There is the fact that lawyers all over the country feel comfortable with Delaware corporation law. [...] Each of these elements contributes to Delaware’s special appeal as a legal home for business entities” (BLACK JUNIOR, 2007, p. 3).

³⁷“The court’s small size and continuity in membership facilitate the development of judicial expertise in business law and enhance the predictability of corporate law decisions. Judges are appointed to twelve-year terms by the governor, from a list submitted by a judicial advisory council, with the consent of the senate, and they often have a background in business law. In contrast to life-tenure judges, this appointment process helps to ensure that members of the chancery court will be sensitive to the state’s policy of responsiveness in corporate law, since judges who ignore the political consensus in the state will not be reappointed” (ROMANO, 1993, p. 40).

extrajudicialmente, além de cuidar para que haja constante atualização e rápido enfrentamento de novas questões³⁸.

Some-se a tudo isso o fato de Delaware ter-se prevenido para que eventual mudança de governo não causasse insegurança jurídica, por meio de brusca alteração legislativa – fator responsável pela derrocada de New Jersey, como visto – na medida em que a Constituição exige quórum de dois terços, em ambas as casas do Poder Legislativo, para modificações em seu Código de Direito Societário³⁹.

Por essas e outras razões, Delaware conseguiu reunir uma série de *ativos altamente especializados* e difíceis de serem copiados, formando um cenário único de *boa reputação em Direito Societário*⁴⁰. Tudo isso a um custo acessível para as sociedades que desejam usufruir dessa infraestrutura⁴¹.

³⁸“The critical factor for the working of the charter market is the role of the local corporate bar and their clients; the necessary ingredient for competition is that corporate law initiatives be brought to legislatures’ attention and that legislatures are inclined to be responsive to those proposals. The activities of lawyers, coupled with occasional lobbying by firms or business organizations, that bring corporate law initiatives to the legislature, are what drive competition. [...] The perspective of the corporate bar in Delaware is broader than that of the bar in other states, as Delaware attorneys represent both target and acquirer firms, and this impacts Delaware law in the takeover context” (ROMANO, 2005, p. 238, 244).

³⁹“The final institutional device by which Delaware maintains its advantage in the corporate charter market is a constitutional provision that requires a supermajority vote of two-thirds of both houses of the legislature to revise its corporation code. This provision makes it difficult for Delaware to renege on the direction of its code. While the provision may well slow the enactment of corporate law reforms, it increases the likelihood that the legal regime can be no worse than it was at the time of incorporation” (ROMANO, 1993, p. 42).

⁴⁰“Delaware’s preeminence in the corporate charter market results from its ability to resolve credibly the commitment problem in relational contracting. This ability depends on investing in assets, referred to as transaction-specific assets, whose value is highest when used in a specific relation rather than in any other use” (ROMANO, 1993, p. 37).

⁴¹“In particular, Delaware’s pricing strategy ensures that if a rival state establishes a legal infrastructure, that state will not be able to cover the costs of establishing the

Já houve alterações desse cenário ao longo da história, com outro Estado-membro ocupando anteriormente a posição de primazia. Hoje, porém, é pouco provável que Delaware perca seu posto, ainda que certas unidades federadas, como Dakota do Norte, declarem a sua intenção de competir⁴².

Resta, então, verificar em que medida essa primazia é eficiente para o mercado e benéfica para os EUA como um todo. Até porque as críticas a esse modelo podem servir de alerta ao constituinte brasileiro, caso cogite modificar o atual sistema.

3.3. O debate clássico nos EUA: *race to the bottom* ou *race to the top*

A primazia de Delaware em relação aos demais Estados-membros é um inegável dado da realidade. Esse fato apresenta prós e contras. Mais especificamente, discute-se se o *market for corporations* incentiva a deterioração sistemática do Direito Societário, que seria subjugado pelos interesses empresariais (*race to the bottom*); ou se, por outro lado, essa competição seria vantajosa para todo o país (*race to the top*).

Os filiados à primeira corrente criticam o atual modelo, dizendo que ele faz o interesse público sucumbir ao anseio puramente patrimonial das empresas e de seus administradores. Para manter a hegemonia, Delaware precisaria fazer constantes concessões ao interesse

infrastructure. This result is consistent with the empirical observation that no state other than Delaware offers a legal infrastructure such as Delaware’s specialized court [...]” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 150).

⁴²“another state, North Dakota, actively entered the market for corporate charters, drawing intense attention from Delaware and increasing attention from corporate dealmakers and corporate law academic analyses. It’s captured few reincorporations yet – and, hence, little in franchise fees – but the potential can constrain Delaware” (ROE, 2009, p. 125-155).

empresarial, em detrimento dos *stakeholders*⁴³ e da população. Consequentemente, seria recomendável alterar o modelo vigente, para inserir o Direito Societário na competência da União, eliminando a tradicional competição entre os Estados-membros⁴⁴.

Os defensores do atual modelo, por outro lado, enxergam a competência concorrente e o *market for corporations* como traço de singular genialidade do sistema norte-americano⁴⁵.

A despeito das discussões doutrinárias – inclusive com muitas críticas procedentes, que devem ser levadas em consideração –, a prática já consagrou o atual modelo norte-americano como um caso de sucesso, tanto que os EUA têm o mercado de valores mobiliário mais desenvolvido do mundo e são referência em Direito Empresarial.

Assim, no atual cenário, mais profícuo do que criticar esse sistema é analisar o debate contemporâneo, que enfatiza o papel crescente do legislador federal em matéria de Direito Societário.

3.4. Debate contemporâneo: o papel crescente do legislador federal

Tradicionalmente, os Estados-membros norte-americanos sempre ostentaram posição de destaque na regulamentação do *market for corporations*. Coube a eles disciplinar as questões centrais referentes ao funcionamento das companhias incorporadas em seu respectivo território, seja no plano legislativo (*state sta-*

tutes), seja por meio da jurisprudência local. Havia o senso comum de que o sistema funcionava satisfatoriamente dessa maneira.

Isso não significa, entretanto, que toda a legislação comercial dos EUA provenha de fontes estaduais. Como já dito, algumas matérias são de competência da União e uniformemente reguladas em todo o país, como a falência (*bankruptcy*), a negociação de valores mobiliários (*securities*), a concorrência (*antitrust*) e a propriedade intelectual (*intellectual property*).

Porém, historicamente, o Direito Societário não era uma área que atraísse os olhares do Congresso. As intervenções nesse domínio costumavam ser esporádicas e pontuais⁴⁶. Por essa razão, a corrente majoritária sobre o *market for corporations* construiu seus estudos baseando-se nas fontes estaduais.

Ocorre que esse cenário vem mudando. O papel do legislador federal – que, repita-se, sempre existiu – tem aumentado consideravelmente sua importância nas últimas décadas, a ponto de alguns afirmarem que hoje Washington (símbolo do legislador federal) é tão ou mais relevante que Delaware (símbolo da competição restrita aos Estados-membros)⁴⁷. Indicativo disso seria o fato de que Delaware vem acompanhando de perto as discussões societárias travadas no Congresso, a fim de adequar sua legislação interna às novas pautas, de maneira antecipada (possivelmente na esperança de sanar o problema, a fim de que a lei federal sequer precise ser editada)⁴⁸.

⁴³ Numa conceituação propositadamente singela, *stakeholders* são todos aqueles diretamente afetados pela atividade da empresa, ainda que não sejam sócios, como os empregados e consumidores.

⁴⁴ Defensor emblemático dessa corrente: Cary (1974).

⁴⁵ Expoente dessa posição: Winter (1977). Vide, por todos: “There is no reason to believe that where state laws are inadequate, a national corporation law would be better, and there is, indeed, some reason to believe that it would be worse” (ROMANO, 1993, p. 148).

⁴⁶ “United States has two parallel, at times interacting, systems of corporate law. One is state-made and one – incomplete but powerful – is federal” (ROE, 2009, p. 3).

⁴⁷ “Perhaps we should just rest there with a core fact – Washington acts in corporate governance, and does so substantially and frequently – and what, for now, we can call a conjecture – that Delaware pays attention and at times incorporates Washington-based views into its own thinking” (ROE, 2009, p. 20).

⁴⁸ “States’ failure to mount a meaningful challenge to Delaware’s dominant position implies that the main threat

Nesse novo contexto, Washington tem inegável ingerência no *market for corporations*, tanto direta quanto indiretamente. Diretamente porque, nas hipóteses de competência da União, a legislação federal aplica-se em detrimento das leis estaduais, que poderão atuar apenas supletivamente, naquilo em que não contrariarem o disposto pelo legislador federal. E, indiretamente, porque a simples discussão de certas questões societárias, no Congresso, vem servindo de mecanismo de pressão sobre os Estados-membros, para que modifiquem sua legislação interna. Até porque, se não o fizerem voluntariamente, isso pode vir a ser imposto por lei federal⁴⁹.

Outra distinção entre o papel da União e o dos Estados-membros, ao tratar de Direito Societário, é o fato de que estes últimos atuam, principalmente, por meio da legislação e da jurisprudência locais. Diversamente, no âmbito federal, as agências reguladoras também desempenham papel de relevo, com destaque para a *Securities and Exchange Commission* (SEC), equivalente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira⁵⁰.

O “ativismo” do legislador federal em Direito Societário foi motivado pelas crises econômicas das últimas décadas e por escândalos envolvendo companhias de grande porte, como a Enron. Tais fatores levaram o Congresso a perceber que o Direito Societário, eminentemente estadual, não estava funcionando a contento. Ele até poderia ser satisfatório para regular a generalidade das questões, mas certos ajustes – em geral contrários ao interesse das companhias e de seus administradores – demandavam urgente intervenção federal, para debelar as crises em curso e prevenir a ocorrência de outras⁵¹. E, por serem contrários ao interesse empresarial, possivelmente esses ajustes não seriam voluntariamente incorporados pelos Estados, sobretudo por Delaware, cuja reputação se assenta, em alta medida, no fato de ser receptivo aos anseios empresariais. Assim, intervir na legislação estadual tornou-se questão central no Congresso, a fim de resguardar a economia e a população do país.

that Delaware faces is federal intervention” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 134).

⁴⁹ “There is a large federal presence in corporate law. [...] Delaware has a great deal of discretion, especially on technical matters, but that discretion is not without limit. When the corporate issue is big enough, Washington is often where American corporate law is made” (ROE, 2009, p. 33).

⁵⁰ “While state corporate law has largely relied on judge-made standards, federal law has used both judge-made standards and agency-made regulations” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 137).

⁵¹ “The upshot is that some federal interventions – most importantly, those that require Congress to act – often take place in response to a financial or other crisis providing lawmakers with compelling reasons to respond to the public outcry and restore confidence” (BAR-GILL; BARZUZA; BEBCHUK, 2006, p. 158).

Por essas razões, hoje já não é mais possível compreender o *market for corporations* sem levar em conta a legislação federal, cujo papel se amplia a cada dia, sobretudo nos momentos de crise.

4. Breves notas sobre a atuação societária transnacional na União Europeia

Em inúmeras questões a União Europeia apresenta um sistema jurídico peculiar. Isso se verifica também no Direito Societário, em que a experiência comunitária não se confunde com o *market for corporations* dos EUA, nem com o modelo brasileiro de rígida competência privativa da União. Esta parte do trabalho pretende abordar, brevemente, algumas características do sistema comunitário europeu.

Como é notório, a União Europeia constitui o maior exemplo de integração em bloco formado por Estados soberanos. Uma integração não apenas econômica – como já se verificava, há décadas, em algumas partes do mundo –, mas também política, monetária, social e, no que mais importa a este estudo, integração jurídica:

Pese embora a existência já de alguns espaços vocacionados para a integração à data da criação das Comunidades Europeias, nos anos 50 (como era o caso do Benelux), estas traduziram-se na primeira tentativa, na História Universal, de criação, no plano transnacional, de um espaço geopolítico com vocação para a integração plena, quer dizer, para a integração, não apenas econômica, mas também política.

Até então a Comunidade Internacional conhecia quase apenas relações jurídicas interestaduais, de mera coordenação horizontal das soberanias dos Estados. Por isso, a sua Ordem Jurídica, o Direito Internacional, era, quase só, uma Ordem Jurídica vocacionada para dirimir conflitos entre Estados, ditados pelo individualismo destes no plano internacional[...].

Desta visão societária tradicional do Direito Internacional afastou-se o Direito Comunitário, opondo-lhe uma concepção comunitária das relações entre Estados, baseada, não no individualismo destes, mas na solidariedade entre eles, que visava a criação, entre os Estados envolvidos, de um espaço de integração. A palavra integração não fora até então conhecida no plano transnacional, porque constituía monopólio do Direito Constitucional interno e da Teoria do Estado, ao dar formas ao conceito de Estado. [...].

A integração europeia não dispensa, porém, o papel dos Estados nem faz desaparecer o conceito de soberania estadual. Dito de outra forma, o motor da integração vai ser a bivalência – melhor: a dialéctica – entre, por um lado, a integração e, por outro, a soberania ou a interestadualidade. [...].

É este o plano de fundo sobre o qual se desenvolve hoje a Ordem Jurídica da União Europeia (QUADROS, 2013, p. 25-26).

Essa singular experiência de integração entre Estados soberanos alcançou, inclusive, os planos *legislativo e judiciário*, possibilitando a edição de normas jurídicas e decisões judiciais que não são simplesmente deste ou daquele Estado-membro, mas do bloco como um todo (legislação e jurisprudência genuinamente europeias). Exemplo disso são as Diretivas e Regulamentos⁵² do Parlamento Europeu, além das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE⁵³.

Evidentemente, para se atingir tal patamar de integração, é preciso contar com a colaboração dos agentes econômicos, com destaque para as sociedades empresárias. Dessa forma, a integração europeia sempre se preocupou em reduzir custos de transação e favorecer o comércio transnacional, para que os empresários pudessem atuar em todo o bloco, da maneira mais uniforme (*rectius, harmônica*) possível⁵⁴. As restrições comerciais que anteriormente eram definidas por cada país, segundo sua cultura, legislação e interesse local tornaram-se matéria comunitária, com a fixação de denominadores comuns, a serem observados por todos os Estados-membros do bloco⁵⁵. Consequentemente, hoje a regra é que as sociedades empresárias constituídas em qualquer país do bloco podem atuar livremente nos demais, não sendo a sua nacionalidade, por si só, empecilho a essa atuação.

Mais do que a simples atuação societária transfronteiriça (empresa nacional de determinado país, atuando no território de outros pa-

⁵² “Entre as fontes comunitárias, além das normas do Tratado [refere-se ao Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia, bem como ao Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992, que ampliou as competências dessa Comunidade, convertendo-a na União Europeia], merecem atenção os regulamentos e as diretivas. Os regulamentos, obrigatórios em todos os seus elementos, têm alcance geral e são diretamente aplicáveis em cada Estado membro (art. 189, § 2, Tratado CEE), mesmo nas relações privadas, como regras de conduta dos indivíduos. A diretiva requer, ao contrário, um ato de cada Estado membro que a transforme em normas aplicáveis no ordenamento interno. Todavia, há algum tempo foi individuada uma categoria de diretivas com eficácia direta (somente nas relações entre cidadãos e autoridades estatais: a chamada eficácia vertical): para tanto, é necessário que elas sejam incondicionadas, suficientemente precisas e que tenha vencido o prazo concedido ao Estado membro para a sua recepção no direito interno” (PERLINGIERI, 1999, p. 13-14).

⁵³ “O Tratado de Lisboa estende a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia – assim passou a ser designado – a todo o espaço de liberdade, segurança e justiça. [...] É certo que a jurisdição do TJ é geral, mas convém chamar a atenção para o facto de que – tal como sucedia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa [...] – não é total, na medida em que o Tratado prevê, no artigo 276º do TFUE [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia], idênticas exceções: a) A fiscalização da validade ou da proporcionalidade de operações de polícia; b) A decisão sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna” (MARTINS, 2014, p. 350-351).

⁵⁴ “The European Community was established with the goal, *inter alia*, of forming a genuinely common market between Member States. This entailed the removal of barriers to trade and competition, and of other less direct distortions. The variety of different national solutions to the questions of company law formed the original impetus for the European company law programme” (ARMOUR, 2005, p. 6).

⁵⁵ Vide, por exemplo, a exposição de motivos da diretiva sobre fusões transfronteiriças de sociedades limitadas: União Europeia (2005).

íses do bloco, sem ser considerada estrangeira), algo já tradicional na União Europeia, esta foi pioneira ao disciplinar também as primeiras iniciativas de *supranacionalidade societária*. Ou seja, foram criados tipos societários que não são simplesmente alemães, italianos, franceses, portugueses ou pertencentes a qualquer país-membro da União. Pelo contrário, são tipos genuinamente europeus. O melhor exemplo disso é a *Societas Europaea* (SE), cujo funcionamento rege-se, primeiro, pelo Regulamento Comunitário, em segundo lugar por seu próprio estatuto e, apenas em seguida, pela legislação interna de cada Estado em que exerce suas atividades⁵⁶. Além da SE, existem outras iniciativas supranacionais, como a *Societas Cooperativa Europaea* (SCE) e o *Agrupamento Europeu de Interesse Econômico* (AEIE). Aprofundar-se no estudo dessas iniciativas, entretanto, não é o objetivo deste texto⁵⁷. Basta frisar que a União Europeia alcançou um grau de integração tão grande a ponto de transcender a mera atuação empresarial transfronteiriça, tendo gestado as primeiras iniciativas societárias supranacionais.

Neste ponto, o leitor mais atento já deve ter percebido que o tratamento dado ao Direito Societário na União Europeia é assaz diverso do modelo brasileiro e do *market for corporations* norte-americano.

Com efeito, no bloco comunitário europeu, a discussão não tem por objeto a competência legislativa *interna* do país em matéria societária – tal como ocorre no Brasil –, muito menos a competência dos Estados-membros da Federação – como sucede no *market for corporations* norte-americano –, mas sim a *atuação supranacional das sociedades*, amparada em *normas comunitárias* de harmonização legislativa.

A questão que se põe agora é a seguinte: em termos de Direito Societário, haveria na União Europeia competição entre países-membros do bloco? Em outras palavras, o sistema comunitário europeu permite – ou até mesmo incentiva – que eles travem uma disputa para atrair o registro do maior número possível de sociedades? Seria razoável cogitar de um *market for corporations* ou *market for charters* europeu?

Para responder a tal indagação, é preciso efetuar breve remissão histórica sobre a evolução legislativa e jurisprudencial do bloco comunitário.

⁵⁶“a SE rege-se pelo Regulamento e, a seguir, nas hipóteses por ele autorizadas, pelos Estatutos da SE [...]. Isso é, no campo da *societas europaea*, a autonomia da vontade é arrrolada como o segundo elemento de regência, nítido indicativo do prestígio dos interesses privados junto à ordem comunitária. Exaurido o primeiro patamar da autonomia da vontade, nas matérias estranhas ao Regulamento ou por ele parcialmente tratadas, passa-se às legislações dos Estados-Membros específicas sobre SE; depois, às legislações locais relativas a sociedades anônimas; e, finalmente, retorna-se aos estatutos, quando essas normas locais assim permitirem, ou seja, um segundo plano de respaldo à autonomia da vontade” (FÉRES, 2013, p. 200).

⁵⁷ Para tanto, recomenda-se a leitura de Cordeiro (2005) e Cassottana e Nuzzo (2006).

Na década de 50, a *versão original* dos Tratados Constitutivos da Comunidade Europeia – conhecidos como “Tratado de Roma”⁵⁸ – não previa a possibilidade de livre atuação societária transnacional. Não era possível, por exemplo, constituir sociedade num determinado Estado-membro da Comunidade e atuar em outro(s), submetendo-se às regras do Estado de origem. Esse entendimento vigorou até o final da década de 80, contando, inclusive, com o respaldo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Veja-se, por exemplo, o caso *Daily Mail*.

Em síntese, o *Daily Mail* é uma sociedade regularmente constituída no Reino Unido, responsável por renomado jornal local. Ela pretendia transferir sua administração e domicílio fiscal para a Holanda, mantendo sede na Inglaterra, apenas para reduzir a tributação sobre uma operação de venda de ativos que planejava realizar, tendo em vista que a carga tributária na Holanda era consideravelmente menor. A legislação inglesa até admitia esse tipo de transferência, desde que houvesse autorização do Tesouro britânico, o que não ocorreu. Diante dessa negativa, o *Daily Mail* ingressou com ação judicial, tendo o Tribunal local suspenso o exame do caso e o encaminhado ao TJUE, que decidiu que a transferência de domicílio fiscal era assunto a ser decidido *internamente* por cada Estado-membro⁵⁹.

⁵⁸ “o Relatório Spaak, de Maio de 1956, inclui os projectos de dois Tratados, visando criar, respectivamente, a *Comunidade Económica Europeia* e a *Comunidade Europeia da Energia Atómica* (CEEA ou Eurátono). As negociações em torno dos dois projectos andam depressa e, em 25 de Março de 1957, são assinados em Roma, dois Tratados, que criam aquelas Comunidades, embora só o que criou a CEE tenha ficado conhecido por *Tratado de Roma*” (QUADROS, 2013, p. 40).

⁵⁹ “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal, pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo High Court of Justice, Queen’s Bench Division, conforme decisão de 6 de fevereiro de 1987, declara: a) Os artigos 52º e 58º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estádio actual do direito comunitário,

Ou seja, caminhou em sentido contrário à integração comunitária e à atuação transnacional das sociedades.

Anos depois, alterações nos Tratados de integração, acompanhadas de mudança no posicionamento do TJUE, permitiram superar esse entendimento. Emblemático a respeito foi o caso *Centros*, de 1999. Dois cidadãos dinamarqueses constituíram a sociedade *Centros Ltd.*, registrada na Inglaterra e no País de Gales. Todavia, a atividade empresarial – importação e exportação de bebidas – era desenvolvida exclusivamente no território dinamarquês. A sociedade tinha sido constituída fora da Dinamarca apenas para evitar a legislação desse país, que fixava elevado capital mínimo. Pelo entendimento vigente desde o caso *Daily Mail*, haveria irregularidade nessa atuação. Porém, ao julgar o caso *Centros*, o TJUE deu uma guinada em seu posicionamento, decidindo de forma paradigmática no sentido de que *não se exige que a atividade empresária seja exercida exclusivamente no Estado em que constituída a sociedade, assim como as legislações nacionais não podem estabelecer restrições desarrazoadas ou excessivas à atuação transfronteiriça*⁶⁰.

Desde então, consolidou-se na União Europeia o princípio conhecido como *liberdade de estabelecimento*, que permite à sociedade

não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.”

⁶⁰ “Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça, pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Höjesteret, por despacho de 3 de Junho de 1997, declara: Os artigos 52º e 58º do Tratado CE opõem-se a que um Estado-membro recuse o registro de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer atividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste Estado uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas” (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

nacional de qualquer dos Estados-membros do bloco atuar no território dos demais, ou mesmo neles constituir filial, sem que seja tratada como estrangeira. Por exemplo, uma sociedade alemã pode desenvolver livremente suas atividades no território da Itália, ou ali constituir filial⁶¹ (CORDEIRO, 2005).

Nota-se, assim, que a virada na jurisprudência em prol da atuação societária transnacional, na Europa, é algo relativamente novo. E, mesmo se tendo tornado assunto frequente nos últimos anos⁶², ainda sofre considerável resistência⁶³. Tanto que iniciativas como a *Societas Europea* e o *Agrupamento Europeu de Interesse Econômico* não alcançaram o êxito que deles se esperava⁶⁴.

Considera-se pouco provável que a Europa venha a experimentar uma autêntica competição em Direito Societário, semelhante ao *market for corporations*, dos EUA, por várias razões. Primeiro, porque a *estrutura do mercado de valores mobiliários europeu* é totalmente diversa do

⁶¹ Inúmeros outros julgados do TJUE consolidaram esse entendimento, mas aqui não é o espaço adequado para abordá-los em detalhes. Fica, apenas, a referência a alguns deles, para quem se interessar pelo aprofundamento no tema: Überseering (2002), *Inspire Art Ltd.* (2003), Sevic (2005), Cadbury Schweppes (2006) e Cartesio (2008).

⁶² “My final remarks show that the discussion on corporate mobility will not subside: there is still a lot of work to be done. After fifty years, corporate mobility has finally received the attention it deserves: it has become a hot topic!” (LENNARTS, 2008, p. 5).

⁶³ Algumas das causas dessa resistência seriam: “First, residual frictions, such as tax barriers, continue to make European firms highly immobile and, hence, deter lawmakers from jumping on a chartering competition bandwagon. For instance, a member state may freely impose conditions to a firm wishing to transfer its administrative seat while retaining the corporate status under the law of the state of origin if its purpose is tax avoidance. Second, the lack of a common history, culture and language further reduces the possibility of the emergence of US-style corporate mobility and lawmaking in the Europe. Third, national lawmakers continue to resist encroachments on their corporate lawmaking discretion. National regimes long ago created barriers to corporate mobility to preserve their national lawmakers’ autonomy” (BRATTON; McCAGHERY; VERMEULEN, 2008, p. 5). Ainda: “First, it is argued that there may be little legal benefit to be had from ‘jurisdiction-shopping’. The existing harmonization initiatives have reduced the differences between Member States’ company laws, at least compared with those that existed between States’ corporate laws in the US [...]. A second factor concerns the nature of share ownership patterns. Unlike their Anglo-American counterparts, public companies in continental Europe typically have concentrated share ownership, with control being exercised by a single large blockholder or a coalition of blocks. Thirdly, some argue that problems over litigation will act as a brake on regulatory arbitrage. A company whose centre of business is located in Member State B but which has reincorporated in Member State A would then have to decide where disputes should be litigated. To do so in Member State A would, it is thought, be undesirable in many cases, because of the need to retain different lawyers, to follow a different procedural system, and to consider issues in a different language. On the other hand, litigation in Member State B would have the obvious drawback of having judges in Member State B decide questions on the laws of Member State A, with accompanying problems of linguistic and conceptual translation. A fourth and closely related difficulty [...] The languages of possible states of reincorporation are likely to be different from that spoken by the company’s management. Moreover, any suggestion regarding change is likely to encounter hostility from incumbent legal advisers” (ARMOUR, 2006, p. 18).

⁶⁴ “Only one hundred and eight SEs have been formed and corporate law forum shopping has not been a salient motivation. [...] This suggests that the Commission’s efforts to find an attractive alternative for firms seeking to pursue cross-border activities or migration strategies have been wasted” (BRATTON; McCAGHERY; VERMEULEN, 2008, p. 15).

modelo norte-americano: neste impera a pulverização do capital, o predomínio dos administradores (controle gerencial) e a constante preocupação com os conflitos de interesse (*agency conflicts*) entre administrador e acionistas; diferentemente, no bloco europeu predominam o controle concentrado e o conflito de interesses entre acionista controlador *versus* minoritários⁶⁵. Cenários fáticos diferentes demandam abordagens jurídicas distintas.

Além disso, nos EUA há *apenas um idioma oficial*, o que simplifica e reduz custos de transação na mudança de um Estado-federado para outro. Diversamente, a União Europeia convive com vários idiomas oficiais em que certas expressões de um país simplesmente não encontram equivalentes – ou não o encontram de maneira satisfatória – na língua dos outros. E isso encarece a mobilidade societária, ainda que não seja, por si só, fator determinante.

Acrescente-se o fato de que a *harmonização legislativa* levada a efeito na Europa reduziu consideravelmente a discrepância entre os vários Direitos internos, o que também contribui para diminuir o interesse das empresas em se deslocar de um país para outro, dentro do mesmo bloco. Se a legislação tende a ser harmônica, os benefícios advindos da mudança não compensariam os custos. Nesse caso, o fator decisivo para a atração de empresas não seria o Direito, mas o *funcionamento prático do mercado*. Determinados países europeus apresentam mercado mais favorável para certas atividades. Igualmente importante seria a *carga tributária*, também definida no plano interno de cada país. Nesse caso, a questão desloca-se do prisma jurídico para o econômico, algo que escapa ao objeto deste texto.

⁶⁵Sobre a diferente configuração do conflito de interesses ao redor do mundo, recomenda-se a leitura do clássico “The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach” (THE ANATOMY, 2004).

Quarto aspecto distintivo importante é que Delaware, nos EUA, desenvolveu não apenas regras jurídicas, mas todo um *sistema* voltado ao rápido, eficaz e menos custoso acolhimento das necessidades empresariais. Além da legislação, também o Judiciário, a Advocacia e outras instituições exercem papel de relevo. Algo que até hoje não foi superado pelos concorrentes. Portanto, o protagonismo de Delaware deve-se a um *somatório de fatores*. Na Europa, porém, não se vislumbra Estado que esteja desenvolvendo algo semelhante. Pelo contrário, a evolução caminha no sentido de suprimir diferenças, em prol do regime comunitário, tanto no plano legislativo quanto judicial. Apenas o Reino Unido, em razão do idioma, do vínculo histórico com os EUA e das características de seu mercado de valores mobiliários (mais próximo dos EUA dos que os demais Estados europeus) apresenta alguns elementos desse sistema⁶⁶. Porém, ainda não o suficiente para se tornar um “novo Delaware”.

Deve-se levar em conta, ademais, que parcela substancial das receitas de Delaware provém das taxas de constituição de sociedades (*incorporation fees*), algo que não ocorre em qualquer país europeu, onde essas taxas ainda não são significativas em relação ao Produto Interno Bruto (PIB).

Desse modo, no cenário atual, o que se verifica é uma preocupação diferente nos EUA e na Europa. No primeiro, existe competição entre Estados-membros pertencentes à *mesma Federação* e, portanto, sujeitos ao poder central soberano (legislador federal – União), que se tem mostrado atuante nos últimos anos. Tal competição baseia-se, em grande medida, nas *escolhas* de cada Estado-membro.

⁶⁶“Throughout Europe, the UK is perhaps uniquely positioned to capitalise on these procedural aspects of corporate law choice” (ARMOUR, 2006, p. 20).

Diversamente, na União Europeia a disputa é travada entre *países* – soberanos ou com soberania compartilhada. Ademais, em virtude do processo de harmonização legislativa, a competição pauta-se mais por *questões de mercado* do que propriamente pelo Direito (que tende a ser comum, ao menos no que toca aos aspectos centrais). Não se nega a possibilidade de que alterações legislativas de um Estado-membro do bloco influenciem os demais – por exemplo, a redução ou supressão de capital mínimo para a constituição de sociedades⁶⁷. Isso é uma forma de competição, embora ainda incipiente e muito distante do que ocorre no modelo norte-americano.

No Brasil, por sua vez, *sequer se cogita a possibilidade de haver competição*. A competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário elimina a possibilidade de que os Estados-membros façam escolhas diferenciadas, com o objetivo de atrair, para seu território, o registro do maior número possível de sociedades⁶⁸. Nunca, ao longo da história, o Brasil adotou modelo diverso. Nem mesmo no meio acadêmico são debatidos os prós e contras de eventual mudança⁶⁹.

5. Epílogo de um futuro improvável: possíveis efeitos de se adotar, no Brasil, a competência concorrente em Direito Societário

Já foi dito que o Brasil, ao longo da história, sempre adotou o modelo de competência privativa da União em matéria de Direito Societário. Esse modelo está profundamente arraigado na cultura do País. E, a bem da verdade, vem funcionando satisfatoriamente.

Isso não significa, entretanto, que o meio acadêmico deva simplesmente fechar os olhos para outras opções, como se elas não existissem.

⁶⁷ “There seems little doubt that the particular conditions which originally gave rise to Delaware’s ascendancy at the turn of the twentieth century will not be replicated in Europe. Yet simply because no European state will have the same incentives as Delaware does not mean that regulatory competition cannot emerge. [...] It appears that continental legislatures have already become concerned at the prospect of large-scale evasion of their legal capital requirements through incorporations in the UK. Some, such as France and Spain, have already relaxed their capital maintenance regimes; others, such as Germany, are considering ways to respond. The UK government, which has already acknowledged its desire to ensure English company law is internationally ‘competitive’, has recently announced further deregulation of legal capital requirements in relation to private companies [...]” (ARMOUR, 2006, p. 29).

⁶⁸ Nas áreas em que a possibilidade de competição existe – como no âmbito tributário – os resultados não foram dos melhores. Basta lembrar a “guerra fiscal”, que será mencionada adiante.

⁶⁹ Basta ver que a generalidade dos Manuais de Direito Comercial, ao tratar da competência legislativa, limita-se a mencionar o art. 22, I da Constituição Federal. Não costumam abordar a opção de outros países, nem quais seriam as consequências de eventual mudança do modelo brasileiro.

É importante refletir sobre os prós e contras de eventual opção diversa, como o sistema de competências estaduais dos EUA. Note-se que outros centros já atentaram para a relevância desse tipo de discussão. Na União Europeia, por exemplo, o tema tem ganhado fôlego nos últimos anos, com vários estudos abordando as vantagens e desvantagens de um *market for corporations* comunitário.

O presente texto pretendeu estender a discussão ao modelo brasileiro, visto que a temática é praticamente inexplorada na doutrina nacional. Desse modo, nas linhas seguintes serão ponderados alguns aspectos relacionados à possível adoção da competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre Direito Societário.

Como ainda não apresenta características sequer próximas do estágio avançado de integração vivenciado pela União Europeia – e tende a não apresentá-las no curto prazo –, o Mercosul, ao menos por enquanto, não serve de parâmetro para a propositura de alterações ao modelo brasileiro. Por conseguinte, *as comparações mais interessantes dizem respeito ao sistema norte-americano*. E, nesse caso, a grande diferença entre Brasil e EUA é que neste os Estados-membros ainda exercem papel de destaque no funcionamento do Direito Societário (apesar do recente “ativismo” do legislador federal), ao passo que no Brasil esse papel é quase integralmente reservado à União. Até por força da tradição histórica do nosso país.

No Brasil, geralmente o papel dos Estados-membros no Direito Comercial é secundário. Diz respeito, por exemplo, à organização meramente administrativa das Juntas Comerciais⁷⁰. Inexiste a possibilidade de competição normativa entre unidades federadas, para atrair o registro do maior número possível de companhias, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos⁷¹.

O instrumento jurídico para efetivar tal mudança seria inserir a expressão “Direito Societário” no artigo 24, I, da Constituição Federal (CF), que trata da competência concorrente⁷². Com isso, os Estados-membros poderiam legislar sobre a matéria, à semelhança do que já fazem em relação ao Direito Tributário e Urbanístico, por exemplo. Por outro lado, a uniformidade indispensável a certas áreas do Direito Co-

⁷⁰“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] III - juntas comerciais” (BRASIL, 1988).

⁷¹“as empresas brasileiras, fruto do sistema político em que se inserem, vivem, em regra, amarradas a sistema jurídico único, impedindo-as de exercer opções, mais ou menos vantajosas aos agentes que nela se inserem ou ao seu redor gravitam” (CASTRO, 2010, p. 535).

⁷²“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (BRASIL, 1988).

mercial – como os títulos de crédito – seria preservada, uma vez que as demais matérias comerciais permaneceriam regidas pelo art. 22, I, da CF, que trata da competência da União⁷³. Desse modo, seria possível introduzir regra especial para o Direito Societário, sem prejuízo de se preservar a tradição histórica para as demais questões comerciais.

A principal vantagem dessa inovação seria permitir que o Direito Societário se adaptasse às peculiaridades de cada parte do País, especialmente em virtude de suas dimensões continentais. Dois assuntos ilustram bem esse aspecto. O primeiro deles é o *enquadramento do pequeno empresário*. Atualmente, no modelo de competência privativa da União, o valor máximo de referência para esse enquadramento é nacionalmente uniforme⁷⁴. Isso faz com que sociedades situadas em mercados tão disparem quanto São Paulo e Acre tenham que se submeter ao mesmo limite. Na prática, como em São Paulo a economia é bastante desenvolvida e o custo de vida tende a ser maior, sociedades “pequenas” em relação à realidade local (ou seja, em relação a seus concorrentes) ficam excluídas do regime simplificado aplicável ao pequeno empresário, porque auferem receita bruta anual superior a esse limite. Diversamente, no Acre e em outros Estados-membros nos quais a economia é menos desenvolvida, empresas tidas como “grandes” para a realidade local conseguem obter o enquadramento como pequeno empresário. Nesse contexto, a adoção de tetos estaduais permitiria graduar o Direito Societário segundo as peculiaridades regionais. O mesmo pode ser dito em relação ao *capital mínimo para constituição da EIRELI*, hoje nacionalmente unificado⁷⁵. Também aqui a criação de faixas estaduais seria bem vinda.

É claro que a mudança ora cogitada – como qualquer mudança, aliás – tem pontos positivos e negativos. A depender do modo como os Esta-

⁷³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988).

⁷⁴ “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). [...] Art. 18-A. [...] § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo” (BRASIL, 2006).

⁷⁵ “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País” (BRASIL, 2002).

dos-membros exercerão sua competência legislativa, pode-se vivenciar, no Direito Societário, uma “guerra” semelhante à que o País conheceu no Direito Tributário com a “guerra fiscal”. Nesse cenário, parafraseando a nomenclatura comumente utilizada nos EUA, poderia haver uma “corrida para o fundo” (*race to the bottom*), com os Estados-membros abdicando do interesse público e sofrendo diversos prejuízos, a ponto de se tornarem reféns das companhias neles instaladas.

Isso sem falar que, mesmo atualmente, com o sistema de competência privativa da União, já existe *expressiva concentração de companhias abertas no Estado de São Paulo*. Uma análise empírica⁷⁶ de 101 empresas abertas e registradas até o dia 25/9/2009 constatou que tinham sede em São Paulo nada menos que 59 delas. Ou seja, *cerca de 58% do total*. Em segundo lugar, vinha o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 18 empresas, equivalente a 18%. Minas Gerais, por sua vez, figurava em quarto lugar, com 5 empresas, aproximadamente 5%. Somados, os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul reuniam 96 empresas, correspondendo a *95% do total*. Ou seja, a participação das demais regiões do País era ínfima, à época da pesquisa.

Em vista dessas estatísticas, e sabendo-se que São Paulo reúne alguns ativos semelhantes aos de Delaware (como o Judiciário de vanguarda e sensível às demandas empresariais), além de apresentar a economia mais desenvolvida do Brasil, é de se esperar que a adoção da competência concorrente contribua para acentuar, ainda mais, tal concentração, em prejuízo dos demais Estados. E, nesse caso, ter-se-ia o aumento das desigualdades regionais, na contramão do que deseja a Lei Maior⁷⁷.

Outro ponto a ser ponderado é que a competência concorrente faria com que, de regra, os *litígios submetidos ao Poder Judiciário seriam decididos, em última instância, no respectivo Estado-membro* (Tribunal de Justiça local), pois envolveriam a interpretação de norma estadual. Nesse caso, não haveria participação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a não ser que a causa envolvesse, também, lei federal ou questão constitucional.

Não se pode esquecer, também, que a *estrutura do mercado de valores mobiliários* brasileiro é completamente diversa da dos EUA, onde imperam a pulverização do capital entre inúmeros acionistas e o controle gerencial; isso faz com que o principal conflito de interesses ocorra entre administrador e acionistas. No Brasil, por sua vez, a concentração

⁷⁶ (CASTRO, 2010, p. 535).

⁷⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

do capital e a figura do acionista controlador ainda são características marcantes do sistema, apesar da paulatina mudança introduzida pelo Novo Mercado da BM&FBovespa⁷⁸.

Portanto, no curto prazo, o *trade off* entre benefícios e perdas não recomenda a adoção, no Brasil, do sistema de competência concorrente em Direito Societário. O que não significa – nunca é demais frisar – que o tema possa ser esquecido. Afinal, a conjuntura do País é dinâmica e, no futuro, tal modificação pode mostrar-se vantajosa.

6. Conclusão

A intenção deste texto não foi desacreditar o atual modelo de competência legislativa da União em Direito Comercial (nele incluído o Direito Societário). O objetivo foi comparar, sucintamente, a opção brasileira com as adotadas pelos EUA e pela União Europeia, a fim de verificar se esses modelos estrangeiros podem fornecer sugestões úteis ao ajuste do sistema nacional; se simplesmente confirmam que a opção brasileira é a mais acertada para a realidade do País; ou se, ao contrário, indicam a necessidade de completa reformulação do modelo pátrio.

Apesar dos avanços que a modificação do atual sistema poderia trazer – permitindo, por exemplo, a adequação do Direito Societário às realidades locais de cada Estado-membro –, tal mudança certamente traria o risco de graves inconvenientes, capazes de ampliar as desigualdades regionais.

Assim, num *trade off* entre perdas e ganhos, entende-se que, no atual estágio de desenvolvimento da Federação brasileira, o modelo tradicional de centralização de competência legislativa, em vigor, ainda é o mais conveniente. Entretanto, nada obsta que, no futuro, essa discussão seja retomada, conduzindo a conclusões diversas, baseadas numa outra realidade e num outro estágio de desenvolvimento do País. Afinal, como dizia Guimarães Rosa: “as coisas mudam no devagar depressa dos tempos” (ROSA, 2001).

⁷⁸ Para se ter uma noção quantitativa da mudança, na década de 80, Nelson Eizirik realizou estudo empírico por meio do qual concluiu que, em média, o acionista controlador das companhias abertas brasileiras detinha cerca de 70% do capital votante, ao passo que apenas 15% das companhias apresentavam controle minoritário. Justamente por isso, tal autor concluiu que o controle gerencial no Brasil não passava de um mito. Mais recentemente, Érica Gorga analisou todas as sociedades listadas no Novo Mercado da BM&FBovespa, até o ano de 2006, concluindo que, de 92 sociedades anônimas, nada menos do que 45, ou seja, praticamente a metade, apresentavam controlador que não detinha a maioria dos direitos de sócio (controle minoritário). Ou seja, já era possível perceber a dispersão do controle (EIZIRIK, 1987; GORGA, 2008).

Sobre os autores

Leonardo Netto Parentoni é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Empresarial e Direito, Tecnologia e Inovação na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Empresarial no IbmeC, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal na Advocacia-Geral da União (AGU), Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: parentoni@gmail.com

Bruno Miranda Gontijo é graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: brunomiranda@live.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁷⁹

LEGISLATING IN CORPORATE LAW: AN OVERVIEW OF BRAZILIAN, NORTH-AMERICAN AND EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legislative competence in Corporate Law, and aims at drawing a parallel between the Brazilian and US legal system. Furthermore, expanding the considerations to also discuss, albeit briefly, transnational corporate activity in the European Union. In effect, Brazil, historically has always adopted the Federal Government's exclusive competence model to legislate on Corporate Law. Thus, it is important to reflect on how other countries have acquired different centennial experiences with high degree of success. This could shed light on the Brazilian national model, allowing reflection for an unprecedented paradigm shift, or at least provide scientific arguments for the improvement of this model.

KEYWORDS: CORPORATE LAW. LEGISLATIVE COMPETENCE. HARMONIZATION OF LAW.

Referências

- ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ARMOUR, John. Who Should Make Corporate Law? In: CURRENT Legal Problems 2005. London: Oxford University Press, 2006. v. 58.
- BAR-GILL, Oren; BARZUZA, Michael; BEBCHUK, Lucian Arye. The market for corporate law. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 162, p. 134-172, 2006.
- BEBCHUK, Lucian Arye; COHEN, Alma. Firms' Decisions Where To Incorporate. *Journal of Law and Economics*, v. 46, p. 383-425, out. 2003.
- BLACK JUNIOR., Lewis S. *Why Corporations Choose Delaware*. Delaware: Delaware Department of State, 2007.

⁷⁹ Sem revisão do editor.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1850.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1934.

_____. Constituição de 1937. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente da República em 10.11.1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

_____. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembleia Constituinte. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1994.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006.

BRATTON, William W.; McCAGHERY, Joseph A.; VERMEULEN, Erik P.M. How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?: A Comparative Analysis. *ECGI - Working Paper Series in Law*, n. 91, p. 1-37, jan. 2008.

CARY, William L. Federalism and corporate law: reflections upon Delaware. *Yale Law Journal*, v. 83, n. 4, p. 663-705, mar. 1974.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Concorrência legislativa em matéria societária: um possível instrumento de desenvolvimento econômico e social. In: PODER de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison-Wesley, c2000.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito europeu das sociedades*. São Paulo: Almedina Brasil, 2005.

EIZIRIK, Nelson Laks. O Mito do 'controle gerencial', alguns dados empíricos. *Revista de direito mercantil, industrial, económico e financeiro*, v. 26, n. 66, p. 103-106, abr./jun. 1987.

FÉRES, Marcelo Andrade. Societas Europaea (SE): o tipo da sociedade anônima transnacional no âmbito da Europa. In: DIREITO societário: estudos sobre a lei de sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345-375.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GILSON, Ronald J. Globalizing corporate governance: convergence of form or function. *Columbia Law School Working Paper*, n. 174, p. 1-35, maio 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229517>. Acesso em: 13 jan. 2016.

GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership: from concentrated towards dispersed ownership?: evidence from Brazil and consequences for emerging countries. *Cornell Law School Working Papers*, v. 42, p. 537-600, set. 2008. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clsofs_papers/42/>. Acesso em: 13 jan. 2016.

GRAU, Eros Roberto. Atualização da Constituição e mutação constitucional (art. 52, x, da Constituição do Brasil) (Rcl 4.335). In: _____. *Sobre a prestação jurisdicional: direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. *Yale Law School Working Paper*. n. 235, p. 1-37, jan. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204528>. Acesso em: 13 jan. 2016.

IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Roma: Laterza, 2003.

KLEIN, William A.; COFFEE, John C.; PARTNOY, Frank. *Business organization and finance*: legal and economic principles. 11. ed. New York: Foundation Press, 2010.

KOBAYASHI, Bruce H.; RIBSTEIN, Larry E. Delaware for small fry: jurisdictional competition for limited liability companies. *University of Illinois Law Review*, v. 2011, n. 1, p. 91-144, 2011.

LENNARTS, Marie-Louise. Company mobility within the EU, fifty years on: from a non-issue to a hot topic. *Utrecht Law Review*, v. 4, n. 1, p. 1-5, mar. 2008.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil, e leis da marinha*: dos tribunaes, e causas de commercio. Lisboa: Ex libris, 1811.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014.

MAZZEI, Rodrigo. *Código de processo civil do Espírito Santo*: texto legal e breve noticia histórica. Vila Velha: Editora ESM, 2014.

MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRADO, Viviane Muller (Coord.). Uma conversa sobre direito societário comparado com o professor Klaus Hopt. *Cadernos Direito GV*, v. 6, n. 2, mar. 2009.

QUADROS, Fausto de. *Direito da união europeia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

REYES, Francisco. *Direito societário americano*: estudo comparativo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RIBSTEIN, Larry E. The evolving partnership. *University of Illinois Law & Economics Research*, v. 68, p. 819-857, out. 2006.

_____. An analysis of the revised uniform limited liability company act. *Virginia Law & Business Review*, v. 3, n. 1, p. 36-80, 2007.

ROE, Mark J. Delaware and Washington as corporate lawmakers. *The Delaware Journal of Corporate Law*, v. 34, n. 1, p. 1-34, abr. 2009.

_____. Delaware's shrinking half-life. *Stanford Law Review*, v. 62, n. 1, p. 125-155, dez. 2009.

ROMANO, Roberta. *The genius of american corporate law*. Washington: AEI Press, 1993.

_____. Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance?. *ECGI - Law working paper series*, n. 26, p. 212-231, mar. 2005.

ROSA, João Guimarães. *Primeiras estórias*. 49 ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

TALBOT, Lorraine. *Critical company law*. New York: Routledge, 2008.

THE ANATOMY of corporate law: a comparative and functional approach. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TOMAZZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

TRENTON, N. J. Wilson says honest men need not fear. *The New York Times*, 21 fev. 1913. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=990DE4DA133BE633A25752C2A9649C946296D6CF>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nº 81/87*. Luxemburgo, 27 set. 1988. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b243f0d-f348-4ff1-94a5-022b01a208a4.0009.06/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo no C-212/97*. Luxemburgo, 9 mar. 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0212&qid=1430586146243&from=PT>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada. *Jornal oficial da União Europeia*, 25 nov. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0056&from=PT>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

WINTER, Ralph K. State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation. *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 2, p. 251-292, jun. 1977.

Estado prestador versus Estado regulador

Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil

ALINE VITALIS

Resumo: É universal o desafio de promover o direito à proteção à saúde, e ela tem sido um dos principais problemas da socialidade. O objetivo do presente estudo é demonstrar e retratar as novas funções do Estado regulador também na promoção do direito fundamental à saúde, utilizando-se como referência o contexto brasileiro. É analisada, com base em exemplos concretos, a atuação reguladora, garantidora e incentivadora do Estado na promoção da saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Modelo de Estado. Regulação. Realidade brasileira.

1. Introdução

Analizar o direito à saúde é por si só um desafio. O envolvimento direto e a repercussão na esfera do direito à vida tornam a matéria revestida de uma complexidade intrínseca, especialmente quando é abordada a questão da sustentabilidade, cuja análise é imprescindível no momento presente. A dualidade da preservação da saúde como um direito básico do indivíduo e os custos inerentes à sua efetivação – principalmente quando se consideram a escassez e a limitação dos recursos e as inúmeras políticas públicas a serem atendidas e realizadas pelo Estado – tornam a discussão sobre o direito à saúde, sua configuração e limites algo inevitável em qualquer comunidade política organizada.

Nesse contexto, e diante dos novos desafios que emergem para a concretização dos direitos sociais, mais especificamente, do direito à saúde, vislumbra-se a remodelação do Estado Social, que de Estado tradicionalmente “prestador” passa a deter funções regulatórias, garantidoras,

incentivadoras e até de “ativação” dos próprios agentes sociais, para que eles participem com maior intensidade da resolução de questões e problemas da própria sociedade, deixando ao Estado uma função de natureza subsidiária.

Alguns exemplos dessa “nova” atuação do Estado serão abordados no presente trabalho, utilizando-se como referência o modelo de prestação do direito à saúde no Brasil, explicitando-se o contexto regulatório em que está inserido.

2. O direito social à saúde no contexto histórico e econômico atual

O direito à saúde¹ caracteriza-se como direito de “segunda geração”² por excelência,

¹ Deve-se destacar, de início, que o próprio conceito de “saúde” enseja questionamentos. Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde é o “estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de enfermidades”. Em razão da generalidade da definição, não são poucas as críticas ao seu conteúdo, que se revela muito amplo e de difícil materialização. Para João Carlos Loureiro, “no domínio do direito internacional, assistimos à emergência de um paradigma pós-westfaliano, configurando-se a saúde como um verdadeiro bem público global.” Contudo, apesar de fazer referência ao fenômeno da internormatividade e ao constitucionalismo multinível, o próprio autor reconhece que os Estados continuam a desempenhar um papel essencial na proteção e promoção da saúde, citando como exemplos o Serviço Nacional de Saúde em Portugal e o Sistema Único de Saúde no Brasil, financiados por impostos (LOUREIRO, 2008, p. 36-37). O autor também menciona a existência de questionamentos quanto à denominação “direito à saúde”, como direito a ser saudável, dado o caráter imprevisível de contingências e enfermidades. Em verdade, ter-se-ia um direito à proteção da saúde, materializado no aspecto de o Estado impedir condutas de terceiros que prejudiquem a saúde do indivíduo, bem como em prestações positivas referentes a cuidados com a saúde propriamente ditos (LOUREIRO, 2008, p. 55-56).

² Há autores que substituem o vocabulo “geração” por “dimensão”; todavia, as expressões são aqui utilizadas como sinônimas. Os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos do homem em sua individualidade, vinculados à ideia de segurança, liberdade, igualdade e propriedade. Os direitos de segunda geração, por sua vez, abrangem os direitos sociais, econômicos e culturais, implicando a prestação ou garantia de concessão a todos os indivíduos por parte do poder público; entre esses direi-

comumente associado à necessidade de prestação ou de garantia do Estado para a sua realização. Conforme ressalta José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 58), os direitos sociais diferem das liberdades e dos direitos de participação democrática, denominados direitos de “primeira geração”, porque implicam a “exigência de comportamentos estaduais positivos”, configurando “direitos através do Estado”³ e não propriamente “direitos contra o Estado”. O direito à saúde corresponde, pois, a um direito fundamental social, que, por depender de uma prestação estatal e por implicar custos, geralmente bastante elevados, é diretamente afetado em períodos de crise econômico-financeira⁴.

tos, citam-se alguns direitos dos trabalhadores, os direitos à habitação, à saúde, à segurança social, ao ensino, à cultura etc. A terceira geração abrange os direitos metaindividuais, coletivos e difusos, que transcendem a esfera individual; como exemplo, citam-se o direito do consumidor e a proteção ao meio ambiente. Na atualidade, há autores que propugnam, ainda, a existência de direitos de quarta e quinta dimensão, consubstanciados, respectivamente, nos “novos direitos” referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, bem como nos direitos advindos da sociedade e das tecnologias da informação (WOLKMER, 2012).

³ Para José Carlos Vieira de Andrade, os direitos sociais são realizados por meio da organização de um sistema estadual, que, “especialmente através de leis e de atos da Administração, deve definir e executar, conforme as circunstâncias, políticas (de trabalho, habitação, saúde e assistência, ambiente, ensino etc.) que facultem e garantam o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos”. O mesmo autor destaca que, a partir da configuração dos direitos sociais, o homem, de sujeito individual de direitos (na perspectiva dos direitos de primeira geração), passa a estar “socialmente situado e inserido”, ensejando uma “posição social da pessoa” (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 59-61). As normas jurídicas que preveem direitos sociais concedem aos indivíduos “posições jurídicas subjetivas” ou pretensões perante o Estado, conforme Vieira de Andrade (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 363).

⁴ Para a melhor compreensão da crise econômico-financeira desencadeada em 2008 e que permanece gerando efeitos no capitalismo global, merece leitura Nunes (2011, p. 1-48). Quanto à vinculação direta entre o Estado Social e a crise econômico-financeira, reconhece Suzana Tavares da Silva que o “Estado Social não é apenas um produto financeiro do Estado fiscal, ele está também intimamente associado à forma de intervenção do poder público na economia” (TAVARES, 2014, p. 188). Também merece referência José Carlos Vieira de Andrade, para

Ao tratar o desenvolvimento como liberdade – mais especificamente, ao se referir aos meios de expandir as “liberdades” usufruídas pelos membros da sociedade –, Amartya Sen (2010b, p. 16) destaca que a expansão das liberdades depende essencialmente de elementos determinantes distintos do simples crescimento do PIB econômico ou das rendas individuais, destacando a relevância de direitos sociais como a educação e saúde, que propiciam o desenvolvimento social. Para o autor, é inegável o fato de que “as oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica” (SEN, 2010b, p. 26). A esse respeito, não se pode olvidar que, entre as funções essenciais dos denominados Estados Sociais, está a tentativa de igualar minimamente os “pontos de partida”, objetivando alcançar uma igualdade de oportunidades entre os integrantes da sociedade, que propiciem efetivamente o livre desenvolvimento do indivíduo⁵. E, nesse aspecto, a promoção dos direitos à saúde e à educação é primordial e tem um papel estratégico na conformação do desenvolvimento social da população, com repercussões também no desenvolvimento econômico como um todo.

É inegável a importância da previsão constitucional dos direitos econômicos e sociais, também denominados de “direitos do bem-estar” (SEN, 2010a, p. 503), ainda que não faltem críticas quanto à viabilidade da realização de tais direitos, especialmente em períodos de crises econômicas. Por um lado, consoante ressalta Amartya Sen (2010a, p. 503), “o significado ético destes direitos oferece um bom fundamento para se vir a apostar nas realizações por eles provocadas, nomeadamente, na medida em que criam pressão, ou contribuem, para o surgimento de alterações, não só nas atitudes sociais, mas também nas próprias instituições.” Ainda, é válido destacar que a previsão de direitos fundamentais passa a condicionar e estabelecer diretrizes para o legislador ordinário e para o próprio administrador público na elaboração, respectivamente, de legislação que estabeleça conteúdos mínimos dos direitos sociais, bem como de políticas públicas que visem à realização efetiva dos mencionados direitos⁶.

quem o conteúdo concreto dos direitos sociais “depende dos recursos sociais existentes e é determinado por opções políticas, por vezes conjunturais, na sua afetação” (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 61).

⁵ A esse respeito, como bem destaca Amartya Sen: “A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas” (SEN, 2010b, p. 18).

⁶ Para José Carlos Vieira de Andrade, “as políticas de habitação, saúde, segurança social, educação, cultura etc., dadas as suas complexidade e contingência, não podem estar determinadas nos textos constitucionais e a sua realização implica opções autônomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções” (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 181). Visivelmente, afasta o autor a legitimidade do Poder Judiciário para preencher ou

O grande desafio, pois, é buscar os meios e instrumentos para a implementação efetiva desses direitos⁷, ainda que tal desiderato implique a reformulação dos modelos tradicionais de prestação de serviços de cunho social, de modo a aumentar a participação da própria sociedade, mediante o reforço do vínculo de solidariedade social⁸, bem como uma remodelação da atuação estatal.

estabelecer o conteúdo dos mencionados direitos, o que vai de encontro ao ativismo judicial reinante no Brasil neste domínio. Sobre o ativismo judicial no Brasil na área da saúde, recomenda-se a leitura de Coutinho (2007, p. 179-186).

⁷ A propósito, é importante considerar que a natureza jurídica dos direitos sociais varia conforme cada ordenamento jurídico, podendo ser: princípios políticos, normas programáticas, finalidades do Estado, princípios jurídicos, normas de organização, garantias institucionais ou direitos subjetivos públicos (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 358-359).

⁸ Ressalte-se que o exercício da cidadania também pressupõe solidariedade social, um sentimento de pertencer a um grupo, a uma coletividade, e de se importar com o outro, uma vez que o outro também integra o grupo social, fazendo parte do todo coletivo. Antonio Madrid apregoa que o princípio da solidariedade apresenta-se na contemporaneidade como um princípio que permite a configuração de uma sociedade mais justa, a partir de uma atuação conjunta entre Estado e sociedade (MADRÍD, 1998). Ressalta-se que a crise e a necessidade de reformulação do Estado emergem como uma oportunidade de resgate da própria solidariedade e cidadania (ativa e participativa), aqui entendida como a integração ao coletivo, fazendo surgir um novo modelo de Estado, agora com maior participação da própria sociedade civil. Paradoxalmente, em meio à crise, desponta um modelo de coesão social mais voltado à cidadania e à solidariedade ativa dos próprios cidadãos. Volta-se a refletir sob a ótica da existência também de deveres e não apenas de direitos, advindos da integração em uma coletividade. Passa-se a questionar a extensão, o conteúdo e os limites dos deveres e da responsabilidade do cidadão perante o Estado, especialmente no que se refere à corresponsabilidade em relação às necessidades sociais dos demais membros da sociedade. Durante muito tempo, e ainda há fortes resquícios na sociedade atual, utilizou-se o argumento de que ao Estado cabia suprir todas as necessidades de cunho assistencial e social dos cidadãos (concepção paternalista), entendendo-se o Estado como um ente abstrato, à parte da coletividade e da própria sociedade. Para Gabriel Real Ferrer: “En definitiva, la solidaridad está siempre presente en las relaciones de la Administración, en cuanto conjunto orgánico al servicio del grupo político, con los ciudadanos, bien porque aquélla exige determinadas conductas al particular en aras, precisamente, a la materialización de la solidaridad colectiva, bien porque éste recibirá determinadas prestaciones fruto de la acción solidaria del grupo. Dicho de otro modo, sea en la dimensión pasiva de per-

Não há debate sobre a crise do Estado do Bem-Estar Social e sobre as possíveis novas configurações do Estado Social que não abarque, com destaque, as questões relativas à realização do direito social à saúde. O direito à saúde, tradicionalmente concebido (no modelo europeu) sob o enfoque da universalidade e igualdade de acesso⁹, é tratado por muitos como uma das grandes conquistas do Estado Social. Todavia, justamente com o intuito de se identificarem meios de manutenção da universalidade desse direito – com níveis mínimos de qualidade, sem olvidar princípios como a sustentabilidade financeira dos Estados¹⁰ e a justiça intergeracional –, surgem discussões e,

ceptor, sea en la activa de prestador – o contribuyente, es decir, el que contribuye, no necesariamente en términos económicos, al funcionamiento colectivo –, lo que late tras toda relación del ciudadano con la Administración es la manifestación de los vínculos solidarios que le unen al grupo político que es el Estado” (FERRER, 2003, p.145).

⁹ Deve-se ressaltar que a realização do direito à saúde não é universal ou equânime em todos os países. Logicamente, os modelos possíveis e adequados variam conforme a capacidade financeira e organizativa de cada Estado. Assim, não há como se exigir, por exemplo, que um país como Uganda propicie as mesmas condições de acesso à saúde (tecnologia, medicamentos etc.) que a Inglaterra. Essa questão, especialmente a dos limites e distinções das prestações relativas ao direito à saúde conforme as condições financeiras dos Estados, foi tangencialmente abordada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso N. versus Reino Unido, julgado em 2008, em que uma cidadã de Uganda, estando ilegal no Reino Unido, pretendia continuar residindo em Londres para ter acesso a um tratamento de SIDA melhor do que o oferecido em seu país de origem, alegando, para tanto, a violação ao artigo 3º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). A pretensão da requerente não foi acolhida e um dos fundamentos foi o de que o artigo 3º da CEDH não impõe aos Estados-partes a obrigação de aliviar as disparidades de prestações relativas ao direito à saúde, decorrentes de diferenças econômicas e sociais entre os países, mediante a “provisão de cuidados médicos livres e ilimitados a todos os estrangeiros que não tenham o direito de permanecer dentro de sua jurisdição, o que implicaria uma carga demasiado grande para os Estados-partes” (ZHOURI, 2011, p. 133).

¹⁰ No tocante à sustentabilidade financeira do Estado e ao custo dos direitos fundamentais, afirma José Casalta Nabais que: “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre

consequentemente, ideias para a reformulação e a construção de novos modelos de Estado Social¹¹, com enfoque na regulação e na maior eficiência e efetividade na garantia de direitos.

Saliente-se que o problema de gestão da saúde pública e a viabilização do direito à saúde é universal; todavia, não há um modelo único ou exclusivo a ser universalmente adotado, pois a realidade de cada Estado é diversa, inclusive em termos econômicos¹². Indiscutivelmente, o nível de implementação do direito à saúde dependerá das condições existentes em cada Estado, inclusive dos recursos financeiros disponíveis e da respectiva afetação. Portanto, as medidas adequadas e aptas à promoção e realização do direito à saúde são variáveis, não se podendo olvidar a margem de apreciação de cada Estado para considerar e optar pelos mecanismos que entenda mais apropriados, conforme as circunstâncias e os condicionamentos específicos de sua própria realidade (VENTURA, 2005, p. 62).

2.1. A sustentabilidade do Estado e os desafios para a realização dos direitos sociais

Como já se mencionou, os direitos fundamentais sociais, por dependerem de uma atuação estatal, não prescindem de certas condições de fato e de direito para a sua efetiva implementação. A esse respeito, afirma José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 179) que, para a satisfa-

que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos” (NABAIS, 2007, p. 749).

¹¹ A questão da reconfiguração da “socialidade” em um contexto global é destacada por Suzana Tavares da Silva, para quem “a arena global não é apenas a arena da internoratividade, é também a arena da economia de mercado e da globalização econômica, fenômenos que influenciaram de forma determinante uma nova arrumação da ‘questão social’” (SILVA, 2014, p. 179). Entre as possibilidades aventadas, tem-se a necessidade de uma maior participação da sociedade no que se refere à socialidade, mediante instrumentos complementares aos sistemas públicos, que passam a não ser exclusivos, podendo, em alguns casos, ser subsidiários. Para Antônio Carlos dos Santos, “a preservação e consolidação do Estado Social (sob a forma de Estado Neo-Social) é um objetivo político de natureza civilizacional e ético”, que implica a definição do modelo de Estado Social pretendido, bem como a melhoria da sua organização, funcionamento e financiamento (SANTOS, 2013, p. 51-52). Também José Carlos Vieira de Andrade propugna um modelo de “governança colaborativa” entre Estado e sociedade civil, de tal modo que coexistam prestações sociais públicas e privadas, objetivando a “melhor e mais eficiente realização dos direitos sociais, no contexto de um duplo equilíbrio: entre o Estado e a Sociedade, entre a justiça social e a eficiência do mercado” (VIEIRA DE ANDRADE, 2015, p. 36-37).

¹² Nota-se que não há uniformidade na prestação de serviços de saúde. A propósito, conforme ressalta João Carlos Loureiro, “ao contrário do que se possa pensar, o direito internacional não garante, em termos genéricos, o acesso gratuito aos cuidados de saúde” (2008, p. 61). Há países que adotam modelos de sistema nacional de saúde, financiado essencialmente pelos impostos, como Portugal, bem como países em que o acesso aos cuidados de saúde depende de seguros de saúde. No último caso, enquadram-se os Estados Unidos. Em Portugal, exemplificativamente, a Constituição reconhece a todos o direito à proteção da saúde, cuja realização se funda em um Serviço Nacional de Saúde (SNS), de caráter universal, geral e tendencialmente gratuito (artigo 64º, n. 1 e 2, alínea a).

ção das prestações “a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos”.

Nas palavras de Ana Paula Barcellos (2008, p. 133), “em um contexto de recursos públicos escassos, aumento de expectativa de vida, expansão de recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde – ou, mais precisamente, o direito a prestações de saúde – formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais”.

Verdadeiramente, a escassez e a limitação de recursos à disposição do Estado para a satisfação das necessidades de cunho social, econômico e cultural são uma constatação objetiva ou um “*dado* da experiência nas sociedades livres” (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 179), assim como a necessidade de realização de escolhas mediante a implementação de políticas públicas. É sabido que os recursos são limitados; porém, são muitas as atribuições e os objetivos que o Estado busca e deve realizar.

Nota-se, pois, que a sustentabilidade tornou-se um princípio presente na configuração do Estado Constitucional. Em seu sentido estrito, a sustentabilidade implica a preocupação com a manutenção de recursos em longo prazo, mediante a realização de ações de planejamento, estratégias econômicas e imposição de obrigações de conduta e resultados (CANOTILHO, 2012, p. 6)¹³. Para João Loureiro¹⁴, o princípio da sustentabilidade mostra-se constitucionalmente estruturante também no que se refere ao sistema de saúde, exigindo-se o cumprimento de requisitos de justiça no processo de distribuição e afetação dos recursos da saúde, bem como a consideração da justiça intergeracional, de modo a acarretar uma repartição temporalmente adequada dos recursos públicos.

Nessa realidade, o modo de provisão de serviços públicos tem sido objeto de intensas discussões. Uma das questões levantadas diz respeito à possibilidade de cobrança pelos serviços públicos conforme o potencial de se pagar por eles; ou seja, aqueles relativamente mais abastados pagariam pelos benefícios recebidos ou dariam uma contribuição considerável para cobrir os custos, possibilitando ao Estado reduzir o ônus

¹³ Destaca-se, ainda, que o autor identifica três pilares essenciais da sustentabilidade, em seu sentido amplo: a) a sustentabilidade ecológica; (b) a sustentabilidade econômica e (c) a sustentabilidade social. Elementos como eficiência e maior participação da sociedade, associada a uma “auto-responsabilidade e auto-organização da própria sociedade”, passam a ser relevantes em um quadro político voltado à sustentabilidade (CANOTILHO, 2012, p. 6-8).

¹⁴ Referindo-se à racionalidade no gasto com a saúde e ao racionamento de recursos, visando à sustentabilidade do sistema, o autor cita a expressão utilizada no direito anglo-saxônico: *some healthcare for all versus all healthcare for some*, destacando, ainda, a falácia da expressão “a saúde não tem preço” (LOUREIRO, 2008, p. 71-72).

fiscal e destinar os recursos públicos aos economicamente mais necessitados.

Num contexto em que se constatou a necessidade de preservação da sustentabilidade do Estado, algumas questões devem ser abordadas no tocante à promoção de serviços tidos como essenciais, abrangendo, inclusive a assistência médica e os serviços públicos gratuitos de saúde e educação. A esse respeito, segundo Amartya Sen (2010b, p. 174), deve-se perquirir o grau em que os beneficiários necessitam dos mencionados serviços e quanto a pessoa poderia pagar pelo gozo dos serviços (e efetivamente pagaria se não houvesse provisão pública e gratuita). Reconhece o autor que tais questionamentos soariam absurdos para aqueles que consideram que os serviços públicos e gratuitos de saúde e educação correspondem a direitos inalienáveis dos cidadãos, cujo afastamento comprometeria a própria sociedade contemporânea. Todavia, refere-se à inviabilidade de tal concepção ser aceita em termos absolutos, uma vez que a escassez e a limitação dos recursos econômicos, bem como as “escolhas fundamentais” – que devem ser operacionalizadas em políticas públicas para sociedades cada vez mais complexas – tornam premente a discussão sobre custeio e novas formas de promoção do bem-estar social que não dependam exclusivamente do Estado.

Corroborando tal perspectiva, defende Suzana Tavares da Silva (2014, p. 189-190) que a socialidade constitui uma tarefa constitucional fundamental; todavia, o contexto de realização não necessariamente implica a prestação de serviços públicos e gratuitos, podendo a atuação estatal, embasada numa opção política, corresponder à garantia de que os serviços serão efetiva e adequadamente prestados pelo mercado, devidamente regulado. A esse respeito, ao analisar o contexto atual, também

José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 66) apregoa que “o paradigma do Estado Social *prestashop* é substituído pelo Estado Social *regulador, garantidor e incentivador*”, que passa a promover e incentivar a colaboração dos agentes sociais e econômicos na realização do interesse público.

A partir da priorização de um modelo voltado à maior eficiência e eficácia, o grande desafio passa a ser o incremento da gestão dos recursos públicos, de modo a potencializar a obtenção de resultados. Nesse contexto, o surgimento de um mercado regulado, no qual os agentes privados produzam bens e serviços, inclusive de natureza social, sob a regulação estatal, em esferas outrora de atribuição exclusiva do Estado, torna-se uma das opções pro-pugnadas (SILVA, 2014, p. 179)¹⁵. Segundo J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 350), é possível afirmar que “o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado Regulador de serviços públicos essenciais.” Também no âmbito do direito à saúde, tal possibilidade se concretiza, ainda que de modo complementar ou suplementar ao serviço público propriamente dito¹⁶, o que será analisado no presente trabalho a partir do estudo da realidade brasileira.

¹⁵ Para João Carlos Loureiro, ao tratar do direito à proteção da saúde, “tem-se assistido a um processo de empresarialização do sistema, de parcerias com os sectores privado e social, de introdução da nova Gestão Pública (*New Public Management*). A tradicional regulação em termos de direito público vê-se confrontada com o desenvolvimento de uma crescente utilização do direito privado” (LOUREIRO, 2008, p. 62-63).

¹⁶ Nota-se que também a Constituição Portuguesa, no artigo 64º, n. 3, alíneas *d* e *e*, prevê a função reguladora do Estado, nos termos seguintes: “3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: (...) *d*) disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e qualidade; *e*) disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;” (PORTUGAL, 2005).

3. O direito à saúde na Constituição brasileira

A Constituição brasileira, no artigo 6º, ao dispor sobre os direitos sociais, inclui expressamente o direito à saúde no rol ali estabelecido¹⁷. O artigo 196 do texto constitucional, por sua vez, apregoa que “a saúde é *direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Importa destacar que a possibilidade de execução de ações e serviços de saúde por entes privados, bem como a atividade reguladora do Estado nesse âmbito encontram-se expressamente previstos nos artigos 197 e 199, da Constituição¹⁸. Vê-se, pois, que a própria Constituição de 1988, na sua redação originária¹⁹, ao mesmo tempo em que estabeleceu a saúde como um direito social universal e dever do Estado, também reconheceu a possibilidade de a atuação estatal realizar-se por meio da atividade reguladora e fiscalizadora do mercado. Observa-se, assim, que a Constituição em nenhum momento estatuiu a exclusividade da prestação de serviços públicos e estatais de

¹⁷Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

¹⁸Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (BRASIL, 1988).

¹⁹Tal observação decorre do grande número de Emendas Constitucionais à Constituição de 1988. Todavia, em relação ao artigo 197, cumpre observar que até a presente data não houve qualquer alteração na sua redação original. Portanto, em 1988, a Constituição já previa a regulação na área da saúde e a possibilidade de prestação de serviços privados nesse domínio.

saúde; diversamente, mencionou também a possibilidade de atuação privada para o atendimento e assistência da população em matéria de saúde.

Logicamente, dada a relevância do direito à saúde e o caráter estratégico de tal atividade para o desenvolvimento social e econômico do próprio País²⁰, também foi definida a atividade de fiscalização e regulação do Estado na esfera da prestação de serviços de saúde. Evidencia-se, pois, que a garantia do direito à saúde não necessariamente implica a prestação de serviços públicos e gratuitos de saúde. E tal constatação no sistema brasileiro decorre da própria leitura sistemática da Constituição Federal, consoante o que já se mencionou. Conclui-se que o *dever* do Estado no que se refere ao direito à prestação de saúde também estará devidamente cumprido mediante uma atividade *garantidora*, fundada na regulação adequada dos serviços prestados no âmbito privado.

O sistema brasileiro funda-se no Sistema Único de Saúde (SUS)²¹, de caráter público,

²⁰Nas palavras de Amartya Sen, em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*: “há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população” (SEN, 2010b, p. 191).

²¹O Sistema Único de Saúde é considerado o maior sistema público, universal e gratuito de prestação de serviços de saúde do mundo, abrangendo todos os brasileiros (mais de 200 milhões de pessoas, incluindo-se aqui os cerca de 150 milhões de cidadãos que não têm planos de saúde suplementar). Deve-se ressaltar que todo e qualquer cidadão tem direito à prestação de serviço de saúde pelo SUS, independentemente de relação formal de trabalho ou contribuição à seguridade social. O sistema exclusivamente privado, por sua vez, corresponde a um sistema suplementar, que já abrange aproximadamente 50 milhões de usuários, ou seja, 25% da população brasileira, conforme dados extraídos do sítio do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – <<http://portalsaudesaude.saude.gov.br>> e <www.ans.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2015. Segundo Sidney Feitosa Farias, o SUS representa o “maior projeto público de inclusão social do Brasil” e apresenta números imponentes: são realizados anualmente, em média, 1,4 bilhão de procedimentos ambulatoriais, 44 milhões de consultas especializadas e 250 milhões de consultas básicas por uma rede composta de

universal e gratuito, bem como num sistema privado, objeto de medidas de caráter regulatório. Entre os princípios que regem o SUS, destacam-se a universalidade de acesso, a integralidade no atendimento, a equidade, a descentralização e a participação social. Os princípios estruturais são extraídos diretamente da Constituição Federal, mais especificamente do artigo 198: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo²²; II - *atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – *participação da comunidade*.”

Para Geisa Vilarins, Helena Shimizu e Maria Gutierrez (2012, p. 641), a descentralização das ações de saúde para estados e municípios, implementada pela Constituição Federal, ensejou a divisão de responsabilidades e atribuições entre as esferas de governo federal, estadual e municipal, o mesmo ocorrendo entre os

mais de 5,8 mil hospitais, sessenta mil unidades ambulatoriais e quinhentos mil leitos. Apesar da expressividade dos números mencionados, o SUS apresenta também enormes dificuldades, tais como problemas de financiamento, incipiente regulação, precariedade das relações de trabalho e falhas no modelo de gestão descentralizada, o que implica a existência de hospitais mal distribuídos pelo território, além da falta de leitos, de qualidade e de eficiência (FARIAS, 2011, p. 1.045).

²²Há uma conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. Busca-se a descentralização dos serviços de saúde para os Municípios, por ser a unidade política “mais próxima” dos cidadãos. Nos termos do artigo 8º, da Lei nº 8.080/1990, “as ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.” O objetivo da regionalização é a agregação de Municípios em regiões para que seja dado o atendimento integral à população, no que se refere à saúde, já que não é economicamente viável a manutenção de centros de excelência ou de unidades de atendimento complexo e de internação em todos os municípios do País.

cidadãos, o setor público e o setor privado. A esse respeito, merece referência o artigo 2º, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, ressaltando o parágrafo 2º do mencionado artigo que *o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*.

Destaca-se, ainda, que o artigo 199, § 1º, da Constituição, expressamente estabelece a possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS)²³, segundo as diretrizes deste, mediante o estabelecimento de contrato de direito público ou convênio, dando-se preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos. Portanto, as instituições privadas também podem integrar o próprio Sistema Único de Saúde, ao realizarem convênios e celebrarem contratos públicos com os entes federados²⁴. Vê-se, pois, que a estrutura das

²³O Sistema Único de Saúde (SUS) é assim definido pelo artigo 4º, da Lei nº 8.080/1990: “Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º. Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.” E o parágrafo 2º, do artigo 4º, por sua vez, expressamente estabelece que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

²⁴Conforme estatísticas na área de saúde, relativas ao ano de 2009, obtidas através dos resultados da pesquisa de Assistência Médico-Sanitária (AMS) e divulgadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no sítio <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/ams/ams2009/ams2009.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015 –, o número de leitos existentes no Brasil era de 431.996, sendo 152.892 (35,4%) públicos e 279.104 (64,6%) privados. O número de internações no ano de 2008, conforme a mesma pesquisa, foi de 23.198.745, sendo 8.141.517 em estabelecimento públicos e 15.057.228 em estabelecimentos privados. Os estabelecimentos priva-

entidades privadas, inclusive a relativa aos recursos humanos, leitos e equipamentos médicos, pode ser utilizada, ainda que parcialmente, para a garantia de um acesso universal ao direito à saúde, mediante o respectivo repasse de recursos públicos.

Há, portanto, cooperação e colaboração entre os setores público e privado, não se exigindo que a prestação do serviço de saúde, mesmo a realizada no âmbito do Sistema Único de Saúde, seja efetivada unicamente em centros de atendimento ou hospitais públicos. Nota-se, pois, a necessidade de instrumentos regulatórios tanto em relação à prestação dos serviços privados financiados por planos de saúde ou recursos particulares, quanto à prestação privada de assistência médico-hospitalar conveniada ao Sistema Único de Saúde – além, é claro, do controle das próprias entidades públicas que prestam diretamente serviços de saúde.

Uma das grandes dificuldades para a efetivação do direito à saúde para todos está em aspectos relacionados à gestão em geral, abrangendo elementos de administração, logística, recursos humanos e financeiros, estrutura física e operacional, especialmente em se considerando a dimensão geográfica do País, o contingente populacional, bem como as imensas desigualdades regionais existentes²⁵. Em tal contexto, “a utilização do processo regulatório como instrumento de gestão” (VILARINS, 2012) pode ser essencial para se equalizar e reduzir as distorções relacionadas à necessidade, à demanda e à oferta, tanto em relação a agentes públicos quanto a privados. Para Magalhães Júnior (2002), a regulação não é um sinônimo de gestão, mas sim um de seus elementos constituintes e uma importante ferramenta para sua operacionalização.

Constata-se, assim, no quadro da prestação de serviços de saúde no Brasil, abarcando os setores público e privado, que a melhoria dos instrumentos regulatórios (marco legal regulatório) – ou melhor, da aplicação prática desses instrumentos – é imprescindível para se alcançar maior eficiência na utilização dos recursos e eficácia no atingimento de resultados em prol da saúde da população. É flagrante, pois, que os provedores de serviços na área da saúde devem estar sempre sob regulação, independentemente de serem entes públicos ou privados, pois “a

²⁵ dos que informam prestar atendimento ao SUS foram responsáveis por 72,4% das internações no setor. É evidente, pois, a relevância dos serviços de saúde prestados por privados, no Brasil, e consequentemente, a necessidade de regulação do setor.

²⁵ O Brasil é o quinto país do mundo em extensão territorial (área de 8.515.767 km²), equivalendo aproximadamente a 96 vezes a extensão territorial de Portugal. Com mais de 202 milhões de habitantes, ocupa também a posição de quinto país mais populoso do planeta. O multiculturalismo e a diversidade étnica também são características do País, bem como as desigualdades regionais. Todos esses fatores influenciam e acarretam desafios para a administração de questões relevantes para os cidadãos, especialmente relacionadas à gestão, abrangendo aqui a viabilização do acesso efetivamente universal ao direito à saúde.

ação regulatória otimiza os recursos disponíveis e favorece o devido acesso dos usuários” (VILARINS, 2012, p. 641). Daí a relevância da função reguladora do Estado, que se evidencia de forma incontestável em áreas essenciais para o próprio desenvolvimento do País, como é o caso da saúde.

4. Os múltiplos papéis do Estado regulador na área da saúde

A regulação pública da economia, em sentido amplo, consiste num conjunto de medidas convencionadas de natureza legislativa e administrativa, por meio das quais os poderes públicos, diretamente ou mediante delegação, determinam, controlam ou influenciam o comportamento dos agentes econômicos, com o objetivo de evitar que tais comportamentos gerem efeitos danosos aos interesses socialmente legítimos, bem como de orientá-los no sentido de serem socialmente desejáveis (MARQUES; SANTOS; GONÇALVES, 2014, p. 207).

Para Vital Moreira (1997, p. 34), a regulação implica o “estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos”. Considerando que a área da saúde é estratégica e traz em seu bojo uma finalidade pública essencial, também relacionada à garantia de uma adequada prestação dos serviços e atendimento aos usuários, é imprescindível a existência de instrumentos regulatórios²⁶.

²⁶J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 831) afirmam que “o direito à protecção da saúde analisa-se numa série de *direitos dos utentes dos serviços e direitos dos doentes*, entre os quais se contam o direito de acesso, liberdade de escolha, direito à autonomia e informação, direito à privacidade, direito ao acompanhamento, direito

Geralmente, a regulação é realizada com a intervenção estatal, por meio de regras, leis e normas, no mercado de prestação de serviços ou no sistema de saúde. Uma grande variedade de instrumentos, incluindo incentivos positivos ou negativos, integra a atividade de regulação. Há também diversas formas de exercício da função regulatória, abrangendo a definição do arcabouço legal, a regulação da competitividade, o estabelecimento de parâmetros mínimos de excelência e, ainda, as várias formas de incentivos financeiros²⁷ (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008, p. 770).

O papel do Estado regulador²⁸ consubstancia-se precipuamente na definição de critérios de organização e prestação dos serviços de saúde, a partir do estabelecimento de prioridades. Também não se pode desconsiderar a relevância da elaboração de regras para a atuação dos agentes econômicos no âmbito do mercado e da concorrência, além, é claro, do estabelecimento de mecanismos de controle e avaliação de resultados, em um modelo que prima pela eficiência. Para Vilarins, Shimizu e

a tratamento em prazo clinicamente razoável com gestão racional e eficiente ajuste de lista de espera, direito à participação democrática dos doentes ou associações de doentes na definição de escalas de prioridades e na definição de períodos de espera clinicamente aceitáveis, direito a procedimentos de queixa e de apreciação das mesmas, etc. Por outro lado, a prestação de cuidados de saúde caracteriza-se por uma fundamental ‘assimetria de informação’ entre os prestadores e beneficiários deles, que torna impossível o controlo destes sobre os cuidados prestados. Tudo isso, bem como a necessidade de supervisão da regularidade e da eficiência dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, pode justificar a criação de uma *entidade reguladora e supervisora para a saúde* [...], com jurisdição tanto para o sector público quanto para o sector privado [...].

²⁷Entre as formas de incentivos financeiros, estão as isenções, as imunidades e as renúncias fiscais.

²⁸Para Marisa Apolinário, não se trata propriamente de destacar a regulação como uma nova função do Estado, uma vez que a regulação dos mercados já existia em outros modelos estatais. Trata-se, diversamente, de enfatizar o caráter preponderante da mencionada função no atual contexto econômico-social, o que possibilita a utilização da denominação de Estado *regulador* para o “novo” modelo de Estado (APOLINÁRIO, 2015, p. 81-82).

Gutierrez (2012, p. 643), a garantia do acesso da população a serviços adequados e assistência qualificada em matéria de saúde, mediante uma rede organizada de serviços, pressupõe a “atuação direta do Estado na busca do estabelecimento de regras definidas para atuação dos mercados, o que configura a passagem de um Estado prestador para um Estado regulador, de fato.”

Na área de saúde, analisando-se a realidade brasileira, a regulação estatal é realizada normalmente em três níveis de atuação: (a) regulação de sistemas de saúde; (b) regulação da atenção à saúde; e (c) regulação do acesso à assistência ou regulação assistencial (SCHILLING; REIS; MORAIS, 2006; VILARINS; SHIMIZU; GUTIERREZ, 2012, p. 641). A regulação de sistemas de saúde objetiva essencialmente a definição de normas, o monitoramento, a fiscalização, o controle e a avaliação dos serviços de saúde e é geralmente exercida por órgãos reguladores, de âmbito nacional ou regional, abrangendo as agências reguladoras e o próprio Ministério da Saúde. A regulação da atenção à saúde, por sua vez, tem por finalidade a produção de ações diretas de atenção à saúde, direcionando-se aos prestadores de serviços de saúde públicos e privados, e abrangendo as ações de contratação, de controle, de regulação do acesso à assistência, de avaliação da atenção à saúde e de auditoria. Por fim, a regulação assistencial promove a equidade do acesso aos serviços de saúde, assegurando a integralidade da assistência e propiciando o ajuste entre a oferta e a demanda, ou seja, às reais necessidades do cidadão (VILARINS; SHIMIZU; GUTIERREZ, 2012, p. 641).

A esse respeito, apregoa-se que uma maior efetividade e eficiência na prestação de serviços na área de saúde podem ser obtidas por intermédio da regulação²⁹, que deve ser vista como uma ação estratégica do Estado sobre prestadores e provedores dos serviços de saúde. Nesse aspecto, um dos mecanismos de regulação internacionalmente utilizados é a “contenção da liberdade de prática dos profissionais, com o fim de estabelecer um padrão de contratualização e racionalidade no uso dos meios de diagnóstico e tratamento” (FARIAS, 2011, p. 1047).

Também merece nota o posicionamento de Sidney Feitoza Farias (2011, p. 1.044-1.045), ao defender que, sob a ótica da equidade na assistência à saúde, a regulação é imprescindível, e sua finalidade é garantir que sejam atingidos os objetivos sociais do sistema de saúde, com base no equilíbrio das inúmeras falhas de mercado e/ou falhas do governo

²⁹ Segundo Ana Sofia Ferreira, “o objetivo primordial do desenvolvimento de estratégias e mecanismos de regulação terá, portanto, de ser o de compatibilizar a (desejável) introdução de inovações e empreendedorismo no funcionamento dos sistemas de saúde com a responsabilidade social que cabe ao Estado de garantir melhores resultados em saúde, num contexto de maior efetividade e equidade” (FERREIRA, 2004, p. 318).

que caracterizam o setor. O autor afirma ser a regulação uma das funções essenciais do Estado em qualquer estágio de desenvolvimento, uma vez que enseja o estabelecimento de regras e padrões de contratos e de níveis mínimos de qualidade, necessários à prestação de serviços de alta relevância para a sociedade. Em síntese, o exercício do poder coercitivo e regulador do Estado funda-se na “necessidade de garantia de padrões aceitáveis e previsíveis para a prestação de serviços à sociedade, que livremente o mercado *per si* não é capaz de garantir.” (FARIAS, 2011, p. 1.046).

A seguir, a título exemplificativo, serão expostas sucintamente algumas atividades de cunho *regulatório, garantidor e incentivador* do Estado brasileiro, no âmbito da realização do direito à saúde.

4.1. A regulação no Sistema Único de Saúde (SUS)

Entre suas atribuições, o Sistema Único de Saúde tem funções de natureza regulatória, nos termos do artigo 200 da Constituição Federal, abrangendo as seguintes atividades: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; c) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; f) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

Merece referência, ainda, a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pela Lei nº 9.782/1999, que atua em todos os setores da economia relacionados a produtos e serviços passíveis de afetar a saúde da população brasileira. A agência detém competência tanto para a definição de preços e monitoramento do mercado (regulação econômica) quanto para a regulação sanitária, abarcando o registro de medicamentos. Para Sandra Mara Campos Alves, a criação da Anvisa está diretamente relacionada à ideia de substituição do *Estado executor* pelo *Estado regulador*, com o objetivo de se alcançar maior eficiência estatal mediante a descentralização das ações regulatórias (ALVES, 2012, p. 34).

No processo de institucionalização do SUS, diversas ações regulatórias foram introduzidas juridicamente pelas Leis nºs 8.080 e 8.142, ambas de 1990³⁰. Um dos maiores desafios é efetivamente implementar as políticas regulatórias, que ainda se revelam insuficientes na prática, especialmente no tocante à seleção de prioridades e adequação entre demanda e oferta de assistência à saúde, considerando-se os limites financeiros dos sistemas de saúde, em geral (FARIAS, 2011, p. 1.045, 1.047)³¹.

Verifica-se que a atividade regulatória no âmbito do Sistema Único de Saúde caracteriza-se, essencialmente, pela fiscalização e controle da produção de equipamentos, substâncias, medicamentos e produtos diversos que afetam

³⁰ Entre os objetivos do Sistema Único de Saúde, estabelecidos na Lei nº 8.080/1990, destacam-se: (a) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (b) a formulação de política de saúde destinada a promover, nas esferas econômica e social, a redução dos riscos de doenças; (c) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, mediante a realização integrada de ações assistenciais e de atividades preventivas.

³¹ Segundo o autor, a falta de uma política de regulação efetiva do SUS relacionada à adequação entre a oferta e demanda acarreta problemas relativos à insuficiência de leitos e à falta de vagas para diversas modalidades de tratamento.

diretamente a saúde ou que lhe são imprescindíveis³², tais como hemoderivados, vacinas, substâncias tóxicas, psicoativas e radioativas. Outra atividade é a participação na política pública de formação de recursos humanos na área da saúde no País. Logicamente, tais atividades denotam a relevância da saúde para o desenvolvimento social e econômico, o que implica a realização pelo Estado de atividades de planejamento, fiscalização e controle, de conotação eminentemente regulatória.

4.2. O Estado garantidor: a regulação no âmbito da saúde suplementar

A atividade reguladora do Estado em relação aos serviços privados de saúde mostra-se essencial. A esse respeito, destacam Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho (2014, p. 829) que “o direito à saúde é também um direito à segurança dos tratamentos médicos que o Estado deve assegurar. Mesmo quando objeto de atividade empresarial submetida ao princípio do lucro, a saúde e a medicina devem relevar de uma função pública e social.”

No Brasil, a prestação privada de serviço de saúde divide-se em dois subsetores: o de saúde suplementar e o liberal clássico. O subsetor liberal clássico é composto por serviços particulares autônomos, em que os profissionais estabelecem as condições de tratamento e sua própria remuneração, alcançando clientela própria e específica, ao passo que a saúde suplementar é financiada pelos planos e seguros de saúde, sujeitando-se à regulação exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei nº 9.961/2000³³.

³² Um exemplo concreto de atuação regulatória do Estado brasileiro, que se tornou referência mundial, foi a “quebra” de patente de medicamentos para tratamento da SIDA.

³³ No âmbito da saúde suplementar, os prestadores de assistência médica são privados, credenciados pelos planos ou seguros de saúde ou pelas cooperativas médicas, serviços próprios dos planos e seguros de saúde, serviços conveniados ou contratados pelo subsistema público, que são contratados pelas empresas de planos e seguros de saúde que integram a rede credenciada. Em síntese, a denominação de saúde suplementar advém da opção do beneficiário de pagar um seguro ou plano privado para ter acesso à assistência médica, sem prejuízo do direito de acesso ao sistema público, que é universal. Por vezes, o sistema privado revela-se complementar e não meramente suplementar, nos casos de existência de limitação do sistema de saúde público, o que enseja a complementação da cobertura de determinados serviços pelo sistema privado (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008, p. 768-769). A saúde suplementar é composta pelos segmentos de autogestão, medicina de grupo, seguradoras e cooperativas. O segmento de autogestão corresponde aos planos próprios patrocinados ou não pelas empresas empregadoras, apresentando natureza não comercial. Os demais segmentos (medicina de grupo, seguradoras e cooperativas de trabalho médico) têm natureza comercial ou mercantil. As seguradoras, vinculadas ou não a entidades bancárias, representam a modalidade empresarial mais recente no mercado de assistência médica suplementar e abarcam 16% dos usuários. As cooperativas de trabalho médico, também denominadas Unimed, abrangem 25% dos usuários. Por fim, o segmento da medicina de grupo, caracterizado pela associação de grupos de médicos com o empresariado, alcança 40% dos beneficiários da assistência médica suplementar (MALTA, 2004, p. 434).

A Lei nº 9.656/1998 introduziu alguns elementos de regulação pública na assistência médica suplementar: ampliação da cobertura assistencial obrigatória, resarcimento ao SUS de atendimentos e procedimentos realizados pelo setor público³⁴, necessidade de registro das operadoras de seguros e planos de saúde, acompanhamento de preços e obrigatoriedade de comprovação de solvência e da existência de reservas técnicas para atuação no mercado.

Quanto à saúde suplementar, ou seja, aquela prestada no âmbito privado por meio de planos e seguros de saúde, merece referência a atividade reguladora da ANS³⁵, uma autar-

³⁴ Apesar da previsão legal, até hoje é grande a dificuldade de se implementar o dever de as operadoras de seguro ou planos de saúde procederem ao reembolso aos cofres públicos dos gastos com os serviços de saúde prestados por entidades públicas e pelo SUS aos beneficiários de planos de saúde. Uma das grandes dificuldades é o cadastro e o cruzamento de dados dos atendimentos realizados pelo SUS em relação aos usuários de planos de saúde.

³⁵ A atividade *reguladora* da Agência Nacional de Saúde Suplementar está definida no artigo 4º da Lei nº 9.961/2000, destacando-se os itens a seguir transcritos: “Art. 4º. Compete à ANS: I – propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar – Conspara a regulação do setor de saúde suplementar; II – estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III – elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades; IV – fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; V – estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; VI – estabelecer normas para o resarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS; VII – estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; [...] XIV – estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XV – estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; XVI – estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XVII – autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; XVIII – expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologa-

quia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, e responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades relacionadas à assistência suplementar de saúde, com vistas à promoção do interesse público (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008, p. 775). Nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplemen-

ção de reajustes e revisões; XIX – proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; XX – autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; XXI – monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; XXII – autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; XXIII – fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXIV – exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXV – avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; XXVI – fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; XXVII – fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; XXVIII – avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXIX – fiscalizar o cumprimento da disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXX – aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXXI – requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas; XXXII – adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; [...] XXXVI – articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; XXXVII – zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; XXXVIII – administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta lei; XXXIX – celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; [...]” (BRASIL, 2000).

tar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores³⁶, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Entre os objetivos estratégicos da regulamentação e regulação de setor de saúde suplementar, destacam-se:

1) assegurar aos consumidores de planos privados de assistência à saúde cobertura assistencial integral e regular as condições de acesso; 2) definir e controlar as condições de ingresso, operação e saída das empresas e entidades que operam no setor; 3) definir e implantar mecanismos de garantias assistenciais e financeiras que assegurem a continuidade da prestação de serviços de assistência à saúde contratados pelos consumidores; 4) dar transparência e garantir a integração do setor de saúde suplementar ao SUS e o resarcimento dos gastos gerados por usuários de planos privados de assistência à saúde no sistema público; 5) estabelecer mecanismos de controle da abusividade de preços; 6) definir o sistema de regulamentação, normatização e fiscalização do setor de saúde suplementar (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008 p. 776-777).

A instituição da ANS também possibilitou um maior conhecimento do setor de saúde suplementar, com base na coleta de dados e informações, e o estabelecimento de critérios para a entrada de operadoras de planos e seguros de saúde no mercado, com o consequente acompanhamento da respectiva situação econômico-financeira, de modo a impedir que os consumidores (as pessoas físicas beneficiárias dos planos e seguros de saúde) venham a ser lesados pela má gestão financeira das empresas (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008, p. 777).

É evidente que o “consumo de ações de saúde difere do consumo de serviços em geral, pois não se operam escolhas livres no ato da decisão de consumo” (MALTA, 2004, p. 439). Isso porque o usuário é desprovido de conhecimento técnico, não dispõe das informações necessárias para decidir o que consumirá. Como destaca Deborah Carvalho Malta (2004, p. 439), não se aplicam as premissas comuns do livre mercado, pois, em se tratando de saúde, em muitas ocasiões o “consumo” é imposto por situações de emergência.

Portanto, a atividade regulatória do Estado é essencial como instrumento de *normatização, controle e fiscalização* dos serviços de saúde, dado o inegável interesse público subjacente à realização adequada do direito à prestação do serviço de saúde. Nota-se, pois, que o Estado aqui

³⁶ Antes da criação da ANS, a proteção dos beneficiários de seguros ou planos de saúde era realizada essencialmente por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), com a propositura de ações judiciais fundadas na alegação de violação ao direito do consumidor.

detém essencialmente a função *garantidora*³⁷ dos serviços de saúde prestados por privados, de modo a assegurar que os serviços e o atendimento sejam adequadamente realizados³⁸.

4.3. O Estado *incentivador* na área da saúde: exemplos de políticas públicas bem sucedidas

Alguns modelos de regulação foram desenvolvidos enfatizando-se a natureza punitiva; outros, por sua vez, apresentam um processo de regulação compreensiva fundado em ações educativas; e existem, ainda, os que unem essas duas formas de abordagem, classificadas como de regulação responsiva. O modelo regulatório adotado normalmente depende da situação a ser regulada, da concepção do agente regulador, bem como do ambiente organizacional dos prestadores de serviço (FARIAS, 2011, p. 1046).

São diversos os papéis desempenhados pelo Estado no setor de saúde, muito embora esteja sempre presente a “centralidade” estatal na configuração de um efetivo sistema de cuidados de saúde, seja mediante a prestação direta, seja mediante as diversas modalidades de *regulação, garantia e incentivo*. Em síntese, o Estado permanece como sujeito central e essencial na criação e administração de sistemas

³⁷ Para Pedro Costa Gonçalves, “a responsabilidade de regular, de definir regras de conduta e de impor a respectiva aplicação aos operadores económicos que oferecem bens no mercado e prestam serviços, designadamente serviços de interesse geral, eleva a regulação pública à condição de principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia” (GONÇALVES, 2013, p. 12).

³⁸ Nessa perspectiva, um exemplo recente da atuação regulatória da ANS em defesa dos consumidores e beneficiários foi a suspensão temporária da comercialização de novos contratos de determinados planos de saúde, em razão do não cumprimento dos prazos máximos de atendimento ou por negativa de cobertura de procedimentos obrigatórios, ensejando, ainda, a aplicação de multa às operadoras. A decisão da ANS fundamentou-se no número de reclamações dos beneficiários de planos de saúde formalizadas junto à agência, inclusive por meio eletrônico.

de saúde, muito embora a forma de sua atuação seja variável. A partir desse pressuposto, conforme destaca Richard Saltman (2012, p. 1.677), a análise do comportamento estatal no âmbito da saúde é aspecto-chave, abrangendo os tipos de decisões tomadas, o grau de efetividade das mencionadas decisões, bem como o catálogo de alternativas políticas passíveis de substituir as decisões anteriores, logicamente tendo também por consideração a interface do Estado com os demais agentes envolvidos no âmbito da saúde (pacientes, médicos, prestadores de serviço, fornecedores, seguradoras, entre outros).

Nesse contexto, a atuação do Estado como agente *indutor* ou *incentivador* de comportamentos dos privados mostra-se relevante em face dos resultados alcançados, sem olvidar o considerável volume de instrumentos legislativos e regulatórios utilizados para essa finalidade. Em síntese, o Estado busca a realização dos objetivos mediante um complexo conjunto de determinações ou obrigações impostas aos destinatários das normas (*sticks*), ou mediante induções de comportamentos com incentivos ou recompensas (*carrots*). Esse conjunto de obrigações e incentivos pode ser direto ou indireto, intencional ou não intencional, e é o equilíbrio de tais medidas que constitui o grande desafio da atuação do Estado *incentivador* no âmbito da saúde³⁹.

A propósito dos incentivos (*carrots*) concedidos pelo Estado como mecanismos indu-

³⁹ Segundo o autor, “ultimately, it is this mix of sticks and carrots – and the specific balance within this mix – that defines how state-oriented or market-oriented policy in a particular health sub-sector in a specific State actually is. It is, therefore, State decisions about the composition of this mix, and in response to efforts to change that composition, which typically are a central focus of health reform efforts [...]. This search for a better balance between State and market sets a useful conceptual stage for a discussion of the roles of regulation and incentives in European health systems” (SALTMAN, 2012, p. 1.678).

tores de comportamento, e a título exemplificativo, merece referência o disposto no artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição: “são isentas de contribuições para a Seguridade Social as entidades benfeicentes de assistência social que atendam aos requisitos da lei”. A Lei nº 12.101/2009⁴⁰, que dispõe sobre a certificação de entidades benfeicentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social, estabelece em seu artigo 4º, I e II, que, para ser considerada benfeicente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deve celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS, bem como ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60%. Nota-se, pois, que a concessão do incentivo fiscal, consubstanciado na isenção

das contribuições para a seguridade social, está condicionada à prestação de serviços pela entidade de saúde ao SUS, donde se infere a atuação estatal indutora de comportamentos, na perspectiva de Estado *incentivador*.

Como visto, o Estado por vezes atua como agente *incentivador* ou mesmo *ativador* dos próprios integrantes da sociedade, estimulando-os a determinado comportamento em prol da coletividade e do bem comum. No âmbito da saúde, há casos em que o incentivo do Estado para a realização de um comportamento benéfico ou a cessação de um comportamento maléfico traz consequências relevantes para o indivíduo e para a própria sociedade.

A atuação do Estado regulador, no âmbito da promoção da saúde, também pode apresentar-se sob a forma de *incentivo* a determinados comportamentos dos cidadãos e dos agentes privados, que tenham por escopo a melhora da saúde e do bem-estar em geral. Assim, não há dúvidas de que o desincentivo a comportamentos indesejados, por um lado, e a promoção dos mais adequados à saúde é uma função importante de políticas públicas estatais, que gera consequências em relação à redução futura de dispêndio de recursos públicos com a tentativa de reparação e restauração da saúde, uma vez que as medidas de natureza preventiva sabidamente são muito mais eficazes e menos custosas.

Como exemplos, podem ser mencionadas duas políticas públicas, uma de incentivo e outra de desincentivo, adotadas pelo Estado brasileiro, que se revelaram bem sucedidas no âmbito da saúde. A primeira é campanha antitabagismo, que demonstra a preocupação do Estado em influenciar os comportamentos dos cidadãos, a fim de reduzir o hábito de fumar e, consequentemente, os malefícios à saúde decorrentes de tal comportamento. O outro exemplo é a campanha conjunta do Ministério

⁴⁰ Lei nº 12.101/2009. “Art. 1º. A certificação das entidades benfeicentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades benfeicentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei. [...] Art. 4º. Para ser considerada benfeicente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento: I – celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS (*inciso com redação dada pela Lei nº 12.868, de 15/10/2013*); II – ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); III – comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados (*inciso com redação dada pela Lei nº 12.453, de 21/7/2011*). § 1º. O atendimento do percentual mínimo de que trata o *caput* pode ser individualizado por estabelecimento ou pelo conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, desde que não abranja outra entidade com personalidade jurídica própria que seja por ela mantida. § 2º. Para fins do disposto no § 1º, no conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, poderá ser incorporado aquele vinculado por força de contrato de gestão, na forma do regulamento. § 3º. Para fins do disposto no inciso III do *caput*, a entidade de saúde que aderir a programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde fará jus a índice percentual que será adicionado ao total de prestação de seus serviços ofertados ao SUS, observado o limite máximo de 10% (dez por cento), conforme estabelecido em ato do Ministro de Estado da Saúde (*parágrafo acrescido pela Lei nº 12.868, de 15/10/2013*)” (BRASIL, 2009).

da Saúde e de agentes de comunicação em prol do estímulo à doação de órgãos.

Conforme estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA), em parceria com a Universidade de Georgetown, em Washington, o número de fumantes no Brasil foi reduzido à metade em 20 (vinte) anos, como resultado de um conjunto de medidas e ações idealizadas pelo Ministério da Saúde, em conjunto com o INCA, a partir do ano de 1989 – medidas que compõem o Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT)⁴¹. Estima-se que, no período compreendido entre 1989 e 2010, foram evitadas 420.000 mortes decorrentes do tabagismo⁴² a partir da adoção de medidas como: (a) o aumento dos tributos sobre os produtos derivados do tabaco; (b) a promulgação de leis de restrição de cigarro em ambientes fechados; (c) a restrição da publicidade desse tipo de produto; (d) a existência de programas de tratamento contra o tabagismo no Sistema Único de Saúde; (e) as advertências dos problemas de saúde nas embalagens; (f) as campanhas na mídia contra o cigarro. Trata-se, pois, de um exemplo bem sucedido de implementação de políticas públicas e regulatórias com o intuito de *desincentivar* um comportamento danoso dos indivíduos à própria saúde e à saúde de terceiros, demonstrando o papel do Estado como ente (*des*)incentivador.

Outro exemplo recente, que também merece destaque pelos resultados já alcançados, é a campanha idealizada pelo Ministério da Saúde e veiculada pela mídia, com o intuito de estimular a doação de órgãos, desde que com o consentimento da família de pessoas falecidas⁴³. No período compreendido entre 2008 a 2014, o Brasil registrou uma redução de 41,7% no número de pessoas que aguardam na fila de espera por transplantes de órgãos, o que está diretamente associado ao aumento do número de doadores efetivos no Brasil. Deve-se ressaltar que o País se

⁴¹ Tal programa tem o objetivo de reduzir o número de fumantes e a mortalidade relacionada ao consumo de derivados do tabaco, a partir de um modelo fundado em ações educativas, de comunicação, de atenção à saúde, bem como em medidas legislativas e econômicas. Busca-se, em síntese, uma atuação coordenada do Estado e da sociedade para a prevenção da iniciação do tabagismo, o incentivo à cessação de fumar e a proteção da população no que se refere à exposição à fumaça ambiental do tabaco. (Informações extraídas do sítio <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo>. Acesso em: 10 jun. 2015).

⁴² O mesmo estudo aponta que se as medidas já adotadas permanecerem em vigor, até 2050 terão sido evitadas no país 7 milhões de mortes devido ao uso do tabaco. (Informação extraída do sítio <www.inca.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2015).

⁴³ No Brasil, a Lei nº 9.434/1997 estabelece, em seu artigo 4º, que “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” (BRASIL, 1997).

tornou referência mundial em transplantes e que mais de 95% dos procedimentos são financiados pelo Sistema Único de Saúde⁴⁴.

Tais ações demonstram um relevante papel do Estado *incentivador* de comportamentos, no âmbito da promoção e proteção do direito à saúde, também sob a ótica preventiva, no caso do desestímulo ao hábito de fumar. Por conseguinte, tem sido ampla a atuação estatal, no que se refere ao direito à saúde, ao abranger aspectos *regulatórios*, *garantidores* e de *incentivo* de comportamentos, o que transcende em muito a concepção unívoca de Estado *prestashop*.

5. Conclusão

Direito fundamental social ou de segunda geração, o direito à proteção da saúde é um dos mais afetados em tempos de crise econômico-financeira, razão pela qual é evidente a atualidade da discussão de “novos” modelos e limites da atuação estatal para a sua concretização.

Neste trabalho, procurou-se demonstrar o caráter multifacetário da atuação do Estado no âmbito do direito à saúde, utilizando-se como exemplo concreto a realidade brasileira. Demonstrou-se que a concepção de Estado essencialmente *prestashop* de serviços públicos se mostra insuficiente para a análise das múltiplas dimensões e funções do “novo” Estado *regulador*, ao abranger os papéis de *garantidor*, *incentivador* e *ativador* de comportamentos dos próprios agentes privados. Nesse aspecto, o grande desafio na atualidade é justamente encontrar meios de se atingir um maior grau de eficiência e eficácia, inclusive por meio do recrudescimento da participação da sociedade na realização do interesse público, mediante o fortalecimento do vínculo de solidariedade social.

Não se pode desconsiderar que os desafios são inúmeros para a realização do direito fundamental à saúde. E, para além da tradicional limitação dos recursos orçamentários, talvez o maior deles esteja relacionado à dificuldade de gestão e a uma maior eficiência administrativa, organizacional e regulatória, o que é evidente no caso brasileiro.

É importante mencionar, ainda, que o efetivo acesso ao direito à saúde é um problema universal, mas não existe uma “fórmula mágica” ou um modelo único passível de ser indiscriminadamente adotado pela generalidade dos países, dadas as especificidades econômicas, sociais e culturais inerentes a cada um. Considerando-se as “novas” atuações do

⁴⁴ Informações extraídas do sítio <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/01/sistema-unico-de-saude-financia-95-dos-transplantes-no-brasil>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

Estado *regulador* no âmbito do direito à saúde, verifica-se que também não há um *padrão* absoluto, exclusivo e universal de socialidade. Diversamente, a realidade, a escassez e o próprio contexto histórico têm-se encarregado, como sempre, de despertar o ser humano para a contínua necessidade de reflexão e de mudanças.

Sobre a autora

Aline Vitalis é mestrandona em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; e procuradora da Fazenda Nacional.

E-mail: alinevitalis@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁵

STATE PROVIDER VERSUS REGULATORY STATE: A DIAGNOSIS OF THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL

ABSTRACT: The challenge of promoting the right to health protection is universal and features one of the main problems of sociality in today's context. The aim of this study is to demonstrate and portray the new regulatory state functions regarding to the promotion of the fundamental right to health, using as reference the Brazilian context. The regulatory role of the state in health care systems, in its many aspects, is also studied.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH. STATE MODEL. REGULATION. BRAZILIAN REALITY.

Referências

ALVES, Sandra Mara Campos. A participação da sociedade no processo de produção normativa da Anvisa por meio da consulta pública. In: DELDUQUE, Maria Célia; ROMERO, Luiz Carlos. (Org.). Produção Normativa em Saúde: políticas setoriais e regulação. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 31-43.

AMADOR, Olívio Mota. Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise. *Revista de concorrência e regulação*, v. 3, n. 10, p. 143-157, abr./jun. 2012.

APOLINÁRIO, Marisa. *O Estado regulador: o novo papel do Estado*. Coimbra: Almedina, 2015.

⁴⁵ Sem revisão do editor.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo. v. 1, p. 133-160. Jul. 2008.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1990.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 fev. 1997.

_____. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, 4 jun. 1998.

_____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 29 jan. 2000.

_____. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. *Diário Oficial da União*, 30 nov. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 88, p. 1-12, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 2 v.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo poder judiciário no tocante à saúde pública. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n. 47, p. 179-186, jan./jun. 2007.

FARIAS, Sidney Feitosa et al. A regulação no setor público de saúde no Brasil: os (des) caminhos da assistência médico-hospitalar. *Ciência & saúde coletiva*, v. 16, suplemento 1, p. 1043-1053, mar. 2011.

FEITOSA, José do Vale Pinheiro. A equidade do SUS e o mercado de planos privados de saúde no ambiente regulado pelo Estado. In: PRODUÇÃO normativa em saúde: políticas setoriais e regulação. Brasília: Senado Federal, 2012.

FERNANDES, Adalberto Campos. A crise e as escolhas políticas em saúde. *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, v. 6, n. 1, p. 107-114, 2013.

FERREIRA, Ana Sofia. Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?. *Análise Social*, Lisboa, n. 171, p. 313-337, 2004.

FERRER, Gabriel Real. La solidaridad en el derecho administrativo. *Revista de administración pública*, n. 161, p. 123-179, 2003.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 35-74, 2008.

MADRID, Antonio, El derecho en las organizaciones no gubernamentales. In: TRABAJO voluntario o participación?: elementos para una sociología del tercer sector. Madrid: Tecnos, 1998. p. 135-168.

MAGALHÃES, Denilson Ferreira de. A normatização do SUS na ótica municipalista. In: PRODUÇÃO normativa em saúde: políticas setoriais e regulação. Brasília: Senado Federal, 2012.

MAGALHÃES JUNIOR, H. M. Regulação Assistencial: a busca de novas ferramentas no SUS para enfrentar o desafio de garantir a assistência com equidade. *Revista pensar BH: política social*, n. 2, fev./abr. 2002.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Perspectivas da Regulação na Saúde Suplementar diante dos Modelos Assistenciais. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 9, n. 2, p. 433-444, abr./jun. 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito económico*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MARTINS, Antônio. Estado Social: uma perspectiva econômico-fiscal. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, v. 6, n. 1, p. 67-82, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 24. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, solidariedade e sustentabilidade: esboços de um retrato jurisprudencial. In: A ECONOMIA social e civil: estudos. v. 1. Coimbra: Instituto jurídico, 2015. p. 61-104.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração profissional*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NABAIS, José Casalta, A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de direito público da economia*, v. 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009

_____. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: *SUSTENTABILIDADE fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-59.

_____. A crise do Estado fiscal. In: *TRAJECTÓRIAS de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, p. 19-59.

NUNES, Antônio José Avelãs. Uma leitura crítica da atual crise do capitalismo. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 54, p. 1-163, 2011.

NUNES, João Arriscado. Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 87, p. 143-169, dez. 2009.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do; CAETANO, João Carlos. Saúde suplementar no Brasil: o papel da agência nacional de saúde suplementar na regulação do setor. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 767-783, 2008.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República, 2005.

SALTMAN, Richard B. Regulating incentives: the past and present role of the state in health care systems. *Social Science & Medicine*, v. 54, n. 11, p. 1677-1684, jun. 2012.

SANTOS, Antônio Carlos dos. Vida, Morte e Ressurreição do Estado Social?. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, v. 6, n. 1, p. 37-65, 2013.

SANTOS, Fábio Bezerra dos. A eficácia do direito à saúde: um debate acerca de cidadania, eficiência e desenvolvimento em tempos de crise. *Revista Jurídica (FIP)*, v. 2, p. 29-50, 2006.

SCHILLING, C. M.; REIS, A.T.; MORAES, J.C. (Org.). *A política de regulação do Brasil*. Brasília: OPAS, 2006. 116 p.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp; HARTMANN, Michélle Chalbaud Biscaia. A regulação do sistema privado de saúde brasileiro e o código de defesa do consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 67, p. 123-142, set. 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2010a. Disponível em: <<http://www.almedina.net/catalog/Livros/prefacios/9789724043241introducaoecapitulo1.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010b.
- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. SUSTENTABILIDADE fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011. p. 61-87.
- _____. Regulação económica e Estado fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar. *Scientia Iuridica*, n. 328, p. 113-140, jan./abr. 2012.
- _____. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- VENTURA, Catarina Sampaio. O direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos. *Lex Medicinae*, Coimbra, v. 2, n. 4, p. 49-68, 2005.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. In: A ECONOMIA social e civil: estudos. Coimbra: Instituto jurídico, 2015. v. 1, p. 23-42.
- VILARINS, Geisa Cristina Modesto; SHIMIZU, Helena Eri; GUTIERREZ, Maria Margarita Urdaneta. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 95 p. 640-647, out./dez. 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: OS NOVOS direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15-48.
- ZHOURI, Fernanda Pereira. O direito social à saúde: breve estudo de caso. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 129-146, jun. 2011.

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas

O estado da questão

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

Resumo: A problemática concernente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, própria da emergência das democracias constitucionais no pós-segunda guerra mundial, está no cerne de intermináveis debates respeitantes à precisão de seu alcance. O problema teórico, de fundamentação dessas posições jurídicas intangíveis, é obnubilado pelo problema prático, de sua aplicação. Nesse quadrante, plúrimas são as estratégias argumentativas voltadas à defesa de diferentes cabildres para a autoridade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. O presente trabalho escrutina as principais correntes na literatura continental e, após contrastá-las e pô-las ao teste do ceticismo, aponta aquela orientação que, no atual estado da arte, melhor exprime a solução a ser, tópica e sistematicamente, construída pela atividade hermenêutica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estado constitucional. Relações entre particulares. Constitucionalização do direito civil.

Introdução

Os ares do constitucionalismo democrático após a Segunda Grande Guerra, oriundos de importantes transformações do modelo de Estado de Direito (FIORAVANTI, inédito), realçaram a importância menos da fundamentação teórica dos direitos fundamentais – de resto espinhosa, porque, ao tempo em que se colocam como estruturas fundantes são, eles mesmos, infundados¹ (COSTA, 2010, p. 257)

Recebido em 19/8/15

Aprovado em 17/9/15

¹ Essa inferência é reforçada pela descrição que Lopes faz do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em Düring: “a dignidade humana expressa uma especificação ma-

– que de sua concretização no quotidiano da pessoa concretamente situada, novo epicentro axiológico dos ordenamentos constitucionais² (DUQUE, 2014, p. 111). Nesse panorama, inserem-se dois problemas referentes aos direitos fundamentais: um prático, que diz respeito à sua aplicação, e um teórico, relativo à sua fundamentação (MARTINS-COSTA, 2003, p. 62). A comunidade jurídica especializada tem-se limitado a debater estratégias argumentativas direcionadas à resolução primeiro. É o que ilustram Fachin e Ruzyk (2003, p. 88) na seguinte passagem:

A incidência valorativa dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas tomadas pela sua noção de indivíduos é processo em construção. Nada obstante a noção de direitos fundamentais tenha sua origem na garantia de liberdades do indivíduo frente ao Estado, com uma eficácia vertical, o processo histórico acabou por alargar o espectro e o campo de eficácia desses direitos.

A distensão do escopo protetivo das normas garantidoras de direitos fundamentais é própria do abrangente fenômeno da constitucionalização do direito civil, conforme explicitam os mesmos autores (FACHIN e RUZYK, 2003, p. 98).

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o problema da realização dos direitos fundamentais, em suas múltiplas direções e intensidades, tem sido amplamente discutido em dois desdobramentos: o da aplicabilidade às relações entre particulares e o modo e a intensidade com que essa eficácia, se existente, opera. Assim:

terial independente de qualquer tempo e espaço, que consiste em considerar como pertencente a cada pessoa um espírito impessoal, o qual a torna capaz de tomar suas próprias decisões a respeito de si e de tudo que lhe gira em torno. Precisamente por isso é que o conteúdo material de um direito fundamental identifica-se com a própria dignidade humana” (LOPES, 2004, p. 9).

² A esse propósito, diz Engle (2009, p. 167, tradução nossa): “Impulsionada pela tendência do pós-guerra, a constituição alemã adotou, como ponto focal em sua estrutura, a proteção da dignidade humana (i.e., direitos humanos)”. No original: “In keeping with the global post-war trend, the focal point of the post-war constitutional structure of Germany is the protection of human dignity (i.e. human rights)”. A propósito, e apenas por apreço conceitual, saliente-se, com Lôbo (1999, p. 101), que constitucionalização e publicização do direito civil não se confundem: “a publicização deve ser entendida como processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”.

A questão que está por detrás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares? Se sim, e mais importante, que efeitos podem ser esses e de que forma poderão ser realizados? Ainda que a ideia seja simples, a resolução do problema não o é (SILVA, 2005, p. 174).

Diante desse quadro, propõe-se uma rápida exposição das diversas propostas de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, com especial ênfase no segundo aspecto do problema apontado, na medida em que os autores especializados, em geral, pretendem formular uma *defesa* desta ou daquela solução prática.

1. Premissas gerais das correntes estratégias de aplicação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado: “a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais” (MENDES, 2014, p. 31). Não obstante, é voz corrente na literatura especializada o argumento de que, com

a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os

mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. [...] O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais (SARLET, 2000, p. 118).

O desdobramento dessa assunção, aliado a outros fatores importantes, como o postulado da unidade do ordenamento (*Postulat der Einheit der Rechtsordnung*), e o escasso arsenal de ferramentas à disposição dos aplicadores do direito defrontados com ofensas a direitos fundamentais advindas do domínio privado conduziram à paulatina ampliação do escopo de proteção e aplicação das normas garantidoras dessas posições jurídicas.

Poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre indivíduos e o Estado (relação vertical). [...] O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do “como” esses efeitos são produzidos (SILVA, 2005, p. 174-175).

O *como* (e não o *se*) da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, então, põe-se como ponto de disputa entre duas grandes correntes, flanqueadas, meio a distância, por uma terceira, carente de prestígio na comunidade jurídica brasileira. Dum lado, agrupam-se os adeptos da *eficácia direta* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Doutro, os propagandistas duma *eficácia* (apenas) *indireta*, explicada segundo variadas estratégias argumentativas. A terceira orientação, que “corre por fora”, tem que os direitos fundamentais não vinculam os particulares nas relações com outros privados – e será, apenas *en passant*, aqui considerada.

2. Eficácia indireta: síntese e crítica

A proposta prática de eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, haurida da identificação, nestes, duma ordem objetiva de valores (EP-PING, 2004, p. 44), condiciona esse caráter vinculativo à mediação dum órgão do Estado.

Os adeptos de versões primitivas da eficácia indireta (mais conhecida em sua grafia original, *Mittelbare Drittewirkung*) sustentam ser tarefa do legislador a aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas. “Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação” (SARLET, 2000, p. 123). Esse *approach* prevaleceu no onipresente caso *Lüth*, no qual o Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu que

o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho interpretativo e que integram a ordem pública em sentido amplo (SARLET, 2000, p. 125).

Essa intermediação se operaria pela via das cláusulas gerais, verdadeiras janelas a permitir o ingresso dos direitos fundamentais no domínio direito privado (LEHNER, 1996, p. 73). Assim, “um litígio entre particulares envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas jurídico-privadas, mesmo influenciadas pelos direitos fundamentais, segue sendo um conflito jurídico-civil” (SARLET, 2000, p. 125).

Mas o reconhecimento abstrato do comando de otimização direcionado ao legislador não é de grande valia em ordenamentos que desconhecem o controle das omissões legislativas, conforme prenuncia Ubilllos, tendo em vista o ordenamento espanhol. Ainda, confiar os direitos fundamentais ao legislativo poderia equivaler, por vias transversas, a negar seu caráter fundado na própria ordem constitucional:

Deve-se perguntar, então, se esta intervenção do legislador é condição *sine qua non* para o reconhecimento mesmo do Direito neste cenário, na medida em que os direitos fundamentais somente teriam regência sobre as relações particulares quando e nos esquadros previstos pelo legislador ordinário. Este é o *quid* da questão, o verdadeiro dilema³ (UBILLOS, 2003, p. 310, tradução nossa).

Diante disso, parece que a intermediação do legislador é recomendável, mas não indispensável – ainda que os defensores da eficácia mediata vejam com desconfiança a possibilidade de ponderação direta pelo juiz. É que a

lógica dos direitos fundamentais conduz, indefectivelmente, a este cenário, aponta a um crescente protagonismo judicial, o qual não necessariamente conduz ao caos [...], mas sim a um Estado de Direito eminentemente jurisdiccional⁴ (UBILLOS, 2003, p. 311, tradução nossa).

³No original: “Hay que preguntarse entonces si esa intervención del legislador es condición *sine qua non* para el reconocimiento mismo del derecho en este escenario, hasta el punto de que éste sólo desplegaría eficacia frente a los particulares cuando y en la medida en que el legislador ordinario así lo hubiese previsto. Este es el *quid* de la cuestión, el verdadero dilema.”

⁴No original: “La lógica de los derechos fundamentales conduce indefectiblemente a ese escenario, apunta a un creciente protagonismo de los jueces, un protagonismo que no conduce necesariamente al caos [...], pero sí a un modelo de Estado de Derecho eminentemente jurisdiccional”

Delineia-se, assim, outra linha das estratégias de eficácia mediata dos direitos fundamentais, a qual remete ao juiz como agente do Estado que, por imperativo constitucional, leva em conta os direitos fundamentais na interpretação do direito privado. Ele seria o veículo da materialização dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, dessa

vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estreita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre os particulares (MENDES, 2014, p. 35).

Tal solução, autenticamente alemã, supõe a incapacidade das disposições constitucionais para solucionar diretamente um conflito entre particulares e parte da premissa de que os direitos fundamentais se dirigem, primordialmente, ao Estado. Nesse sentido, a mediação do judiciário (ou o *modelo de aplicação ao judiciário*)

começa com a assunção de que direitos humanos constitucionalizados são protegidos não apenas em face do Estado. Eles não são aplicáveis, direta ou indiretamente, a relações entre particulares. Nada obstante, “Estado” inclui o judiciário. Consecutivamente, o judiciário está proibido de desenovelar o Direito ou conceder remédios jurídicos a problemas concretos, de maneira que viole um direito fundamental⁵ (BARAK, 2001, p. 25, tradução nossa)⁶.

Para escapar da desconexão entre a normativa constitucional e o direito privado, então, segue-se a via *light, decaf*, da atividade jurisdicional, especialmente nas janelas abertas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Novamente, são recorrentes referências ao caso *Lüth*, como exemplo eloquente de concretização dessa proposta, haja vista ter a decisão assentado que

⁵No original: “begins with the assumption that constitutional human rights are protected only against the State. They have no application, direct or indirect, in relationships between private parties. Nonetheless, ‘State’ includes the judiciary. Accordingly, the judiciary is prohibited from developing the common law or granting relief in a specific case in a way that violates constitutional human right”.

⁶Nesse particular, contrastam as posições de Sarlet e Barak, porque este, ao tratar da vinculação do judiciário aos direitos fundamentais, deixa claro que a doutrina em descrição tem ciência de que ela se insere no arco da vinculação do poder público à Constituição. Aquele, por outro lado, diz que os propagandistas da eficácia indireta falham, precisamente, por “confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público, que, em verdade, não mais tem sido questionada em si mesma, a não ser no que diz com a intensidade desta vinculação e as suas aplicações concretas” (SARLET, 2000, p. 142).

os direitos fundamentais não operam apenas em face dos poderes públicos, mas descarta a vigência imediata e incondicionada deles nas relações privadas. Amplia-se a área original de incidência dos direitos fundamentais, mas esta extensão se efetua em sua dimensão de valores objetivos, os quais devem ser interiorizados pelo juiz – e não em sua qualidade de direitos subjetivos, acionáveis de modo imediato, o que degradaria, em alguma medida, o direito fundamental⁷ (UBILLOS, 2003, p. 314, tradução nossa).

Os direitos fundamentais, assim, informariam a prática judicial, mediante fornecimento de parâmetros interpretativos, de que se podem valer os juízes, especialmente quando defrontados com um texto normativo dúbio. E seria assim porque

até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Ueberschreibung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*) (MENDES, 2014, p. 35-36).

Os críticos dessa vertente da doutrina da eficácia mediata têm que ela nada é além de uma *pirueta*, que intenta obnubilar a relevâ-

⁷No original: “los derechos fundamentales no operan sólo frente a los poderes públicos, pero descarta la vigencia inmediata e incondicionada de éstos en las relaciones privadas. Se amplía el área original de incidencia de los derechos fundamentales, pero esta extensión se efectúa en su dimensión de valores objetivos, que el juez ha de interiorizar, y no en su calidad de derechos subjetivos accionables de modo inmediato, degradándose en cierto modo el derecho fundamental”.

cia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Ocorre que este pronunciamento pretende se esconder ou dissolver por debaixo do disfarce ou camuflagem de uma controvérsia acerca da aplicação do direito objetivo. Ao cidadão que invoca o direito presumidamente violado, não se reconhece a titularidade do direito no seio da relação jurídica privada, mas se diz que ele pode vir a se beneficiar de uma correta interpretação da norma de direito privado aplicável a seu caso. Na prática, o resultado é o mesmo [...]. Esta concepção parece, em resumo, um tanto forçada, produto, seguramente, do medo de uma profunda revisão de determinadas matrizes de análise e categorias, inspirada pelo desejo de salvar a todo custo certos princípios, oriundos de contexto muito distinto⁸ (UBILLOS, 2003, p. 315-316, tradução nossa).

As versões primitivas das estratégias definidoras da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares passaram, nos últimos quarenta anos, por importante *upgrade*, consistente na reformulação de sua razão de ser, os deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado. Assim: “A partir da década de setenta, o TCF criou mais uma figura amplamente debatida na doutrina: o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais em face de agressões provenientes de particu-

⁸No original: “Lo que ocurre es que este pronunciamiento se pretende esconder o disolver bajo el disfraz o camuflaje de una controversia en torno a la correcta aplicación del Derecho objetivo. Al ciudadano que invoca el derecho presumiblemente violado no se le reconoce la titularidad de tal derecho en el seno de la relación jurídico-privada, pero se le dice que puede beneficiarse de una correcta interpretación de la norma de Derecho privado aplicable. En la práctica, viene a ser lo mismo [...]. Esta concepción parece, en suma, un tanto forzada, producto seguramente del miedo a una profunda revisión de determinados planteamientos y categorías, inspirada por el deseo de salvar a toda costa ciertos principios formulados en un contexto muy distinto”.

lares (*grundrechtliche Schutzpflichten*)” (MARTINS, 2010, p. 55). Isso “significa que a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais, mas, igualmente, por meio de intervenções dos poderes públicos (*Schutz durch Eingriff*), no sentido de garantir esses direitos contra ameaças diversas” (DUQUE, 2014, p. 110-111). Essa proposta dialoga proficuamente com os pressupostos da formulação de estratégias para aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (a identificação duma *Objektive Wertordnung* – ordem objetiva de valores – e a constatação do perigo que os poderes privados representam aos direitos fundamentais), haja vista implicar

que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais [...] um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares (SARLET, 2000, p. 126).

Os deveres de proteção, assim, implicam atuação positiva do Estado, a qual pode ser reconduzida ao princípio do Estado de Direito (BARAK, 2001, p. 25).

Enfim, o último desdobramento das estratégias de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas corresponde à doutrina estadunidense da *State action*, que amplia o raio de ação das garantias constitucionais, em princípio limitadoras apenas da atuação do Estado, em dois campos “a) quando um particular ou entidade privada exerce função estatal típica; b) quando existem pontos de contato e aspectos comuns suficientes para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular” (SARLET, 2000, p. 134). Seu correspondente tedesco, a tese da convergência estatalista,

sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado [...], de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros [...] dos direitos fundamentais não passa de um “problema aparente” (SARLET, 2000, p. 133).

O conjunto de estratégias unificado pelo escopo de proposição duma eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é objeto de severas críticas, as quais se resumem a dois pontos: (i) sua débil fundamentação dogmática – “a ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta, senão impossibilita, uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer numa dada situação de conflito” (MENDES, 2014, p. 46); e (ii) sua eventual desnecessidade:

o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. [...] A discussão [...] se refere exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal⁹ (MENDES, 2014, p. 46).

3. Eficácia direta: síntese e crítica

A fórmula de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, notavelmente defendida por Nipperdey, foi acatada pelo Tribunal Alemão do Trabalho (FABISCH, 2010, p. 109). Isso o tornou objeto de várias críticas, assim sintetizadas: (i) o art.1º, III, da Lei Fundamental de Bonn prevê a vinculação apenas do Estado¹⁰; (ii) a eficácia imediata acabaria por suprimir a autonomia privada; (iii) a aplicação direta encontraria óbice no fato de que, ao contrário da relação estado-cidadão, os particulares merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção. Nesse sentido:

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1º da Lei Fundamental, segundo a qual “os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade” (*Grundlage jeder Gemeinschaft*). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas [...] enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas. Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa (MENDES, 2014, p. 41).

Aliás, conforme salientado por Andrade (2003, p. 281), mesmo quando o texto constitucional fala em aplicação direta, faltam esclarecimentos quanto aos termos em que se processa essa vinculação e em que medida ela se dá. Sem embargo da contundência dessas críticas, a dimensão prática – a efetivação da estratégia de resolução do problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados – da tese da eficácia indireta parece acenar para a irrelevância

⁹“Com efeito, tanto as noções de uma ordem de valores objetiva e a assim denominada ‘eficácia irradiante’ dela decorrente padecem não apenas de um grau acentuado de indeterminação quanto ao seu conceito e significado [...] mas, principalmente, pouco revelam sobre a fundamentação de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais em se cuidando de vinculação direta” (SARLET, 2000, p. 141).

¹⁰Diz a Lei Fundamental de Bonn (Grundgesetz – GG): Art. 1 (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. No original: “Artikel 1 (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

dos esforços envidados para fundamentá-la e erigi-la. Isso porque seus resultados coincidem com os advindos da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Em abrangente suma, diz Ubillos:

A teoria da eficácia imediata implica que, com normativa legal de desenvolvimento ou sem ela, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão [...]. É uma falsa disjuntiva: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, em determinados casos, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação destes direitos, através da lei. Ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e, também, mais conveniente) é que seja o legislador a concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas, quando inexiste tal mediação, as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas¹¹ (UBILLOS, 2003, p. 316-317, tradução nossa).

Consequentemente,

mesmo dentre os que não admitem [...] uma vinculação direta dos atos de particulares aos direitos fundamentais, já se encontram importantes manifestações criticando a tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminadas e cláusulas gerais (SARLET, 2000, p. 145-146).

Essa limitação contrasta com o princípio da vinculação de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais. Por simetria, a ideia de *Schutzpflicht* (dever de proteção) não basta para afastar uma vinculação direta dos sujeitos privados nas relações entre si. “Da mesma forma, não é a existência, nas relações entre particulares, de conflitos entre titulares de direitos fundamentais que irá afastar, ao menos em princípio, uma vinculação direta dos sujeitos privados” (SARLET, 2000, p. 143). É que, malgrado a plêiade de questões ainda em aberto, parece acertada a assunção de que “uma norma de direito fundamental tem que ser interpretada da forma que lhe garanta maior efetividade possível” (DUQUE, 2014, p. 98). Assim,

¹¹No original: “La teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como ‘razón primaria y justificadora’ (no necesariamente la única) de una determinada decisión [...] Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privatos en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradación de esos derechos, a través de la ley. Ambas las modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que se el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente”.

como princípios constitucionais elementares para a vida social, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas como direito público ou como privado, visto se afirmarem como uma espécie de “telhado” do direito constitucional [...]. [Mas] a utopia deve ceder lugar ao realismo, fruto da constatação em torno da necessidade de se agregar aquilo que se pode denominar de capacidade de realidade funcional (*Funktionelle Realitätsfähigkeit*) (DUQUE, 2014, p. 99).

Daí se infere, no mínimo, a necessidade de observância dos direitos fundamentais nas relações privadas, afinal, “o direito privado, assim como todo e qualquer ramo do direito legislado, não pode constituir uma espécie de ‘gueto’ à margem da constituição” (DUQUE, 2014, p. 101).

Com efeito, a tese sustentada pelos adeptos da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é a de que “em princípio, todos os direitos fundamentais – à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares” (SARLET, 2000, p. 147). Isso porque, ao lado da existência de direitos fundamentais textualmente direcionados aos particulares,

tanto o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso I), quanto os direitos humanos (inciso II), por sua natureza indisponível, vinculariam sempre até mesmo o Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, inquestionável a vinculação do poder público e dos próprios agentes privados. [...] Também uma interpretação sistemática e teleológica implica o reconhecimento de uma vinculação multidirecionada (vertical e horizontal) do art. 1º da Lei Fundamental. [...] Para além disso, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não se encontra sujeita às agressões oriundas do Estado, mas também de particulares, já que, em verdade, pouco importa de quem provém “a bota no rosto do ofendido” (NEUNER apud SARLET, 2000, p. 149).

Os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade humana (MARTINS-COSTA, 2003, p. 67-69), o qual “ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional” (SARLET, 2000, p. 150). A esse argumento, soma-se a premissa de fundamentação geral da *Drittewirkung*, de que “nenhum titular de direitos fundamentais tem a permissão de violar um bem jurídico fundamental de outro, ao mesmo tempo em que uma convivência social entre diferentes titulares de direitos, com interesses distintos, é inevitável” (DUQUE, 2014, p. 102). Afigura-se, então, insustentável a tese de eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso é corroborado pelo reconhecimento

de que “cada vez mais encontramos menos relações entre particulares caracterizadas por uma tendencial igualdade, o que não afasta [...] a vinculação direta de todos os particulares, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social” (SARLET, 2000, p. 153). Evidencia-se, assim:

que os direitos fundamentais não poderiam garantir uma proteção efetiva, caso os particulares não pudessesem aplicá-los em determinadas relações privadas. A partir daí, abre-se caminho para uma penetração controlada, mas eficaz, dos valores constitucionais no direito privado e, com isso, para a própria possibilidade de controle do conteúdo de contratos privados com base na Constituição (DUQUE, 2014, p. 110).

O problema, então, para os porta-vozes dessa estratégia de aplicação dos direitos fundamentais, estaria resolvido em sua primeira dimensão: todos os direitos fundamentais aplicam-se, com força vinculante, às relações jurídicas polarizadas por sujeitos particulares. Questão crucial permanece, contudo, em aberto, sobretudo no que tange aos critérios empregáveis para estimativa da medida na qual, em cada situação particular, dá-se a vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais. É que “A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros encontra, naturalmente, limites. [...] A polivalência dos direitos fundamentais não se resolve em uma transposição mecânica e incondicionada deles ao campo das relações jurídico-privadas¹² (UBILLOS, 2003, p. 332, tradução nossa) – quer dizer: a mecânica de sua vinculação aos particulares, qualquer que seja a estratégia argumentativa de aplicação a que se vincule, não prescinde do concurso de postura hermenêutica a um só tempo tópica e sistemática, conforme se verá adiante. E assim é porque a influência dos valores constitucionais no direito privado não pode fugir ao controle,

“de modo a tornar-se tão intensiva, a ponto de acabar com a racionalidade própria do direito privado, o que lhe privaria de cumprir sua função precípua”, haja vista a impossibilidade de o direito constitucional substituir sua racionalidade à do direito privado, “sob pena de quebra do próprio ordenamento jurídico” (DUQUE, 2014, p. 107).

Entre os critérios formulados por autores especializados, dois comportam menção, em homenagem a seu refinamento teórico (que não os imuniza à crítica, por óbvio): o bifásico, compreensivo da *desigualdade*

¹²No original: “La eficacia frente terceros de los derechos fundamentales encuentra, naturalmente, límites. [...] La polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas”.

fática e da qualidade dos interesses juridicamente tutelados em conflito, e o da ponderação.

A primeira resposta, formulada por Sarmento, opera segundo duas chaves conceituais: (a) dicotomia simetria/assimetria entre as partes¹³; (b) a qualidade dos interesses em disputa, cindidos em questões existenciais e questões patrimoniais. O primeiro se comprehende como desigualdade fática entre os polos da relação de direito privado. Isso o torna problemático, porque

- (1) Sarmento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material;
- (2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca;
- (3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado (SILVA, 2005, p. 176).

Ora, a desigualdade material, de *per se*, não tem o condão de interferir na autenticidade das vontades conformadoras duma relação jurídica. Ainda que sua constatação possa compor a argumentação jurídica, sua leitura deve ser restritiva, com reservas. Silva sugere, nesse quesito, “que o decisivo é a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela” (SILVA, 2005, p. 176-177). O segundo critério importa pela

tentativa de evitar, para usar a expressão de García Torres e Jiménez-Blanco, um “totalitarismo dos direitos fundamentais” ou, na expressão do próprio Sarmento, a “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais” (SILVA, 2005, p. 177).

A segunda resposta, articulada pela ideia de ponderação, parte da assunção de que os direitos fundamentais (compreensivos da autonomia privada)¹⁴ têm estrutura principiológica. Isto é: direitos fundamentais são, na dicção de Alexy (1985), mandamentos de otimização¹⁵. Situações de conflito, então, não se resolveriam pela superposição de um sobre o outro, mas segundo precedências *prima*

¹⁴ “Dentre a totalidade dos direitos básicos que devem ser considerados, estão os de dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade, os quais abarcam a autonomia privada individual, da qual deriva a Liberdade contratual. Por isso, a Liberdade de contratar é, ela mesma, uma Liberdade constitucional e um Direito fundamental”. No original: “included among the entirety of basic rights that must be considered are the basic rights of human dignity and personal development, and these encompass the individual's autonomy of will, from which the principle of freedom of contract is derived. Freedom of contract, therefore, is in itself a constitutional freedom and a constitutional right” (BARAK, 2001, p. 35).

¹⁵ “O ponto fulcral da distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades fático-jurídicas existentes. Princípios são, consequentemente, mandamentos de otimização, caracterizados por serem passíveis de satisfação em diferentes graus e por não depender a medida de sua satisfação somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras colidentes”. No original: “Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt” (ALEXY, 1985, p. 75).

¹³ “quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito” (SARMENTO, 2004, p. 303).

facie, que “não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto” (STEINMETZ, 2004, p. 215). O emprego deste raciocínio, que encontra algum eco também em Sarlet (2000, p. 157), à tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais implicaria o delineamento de quatro precedências *prima-facie*:

1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.
4. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada (SILVA, 2005, p. 178).

Dois são os problemas desse modelo: (i) a importância dada à (des) igualdade fática entre as partes; e (ii) o emprego da proporcionalidade para solução de problemas hauridos de relações nas quais o Estado não toma parte. As falhas inerentes à tomada da desigualdade fática entre as partes como parâmetro para a vinculação destas aos direitos fundamentais foram apontadas *supra*. Especificamente quanto às distorções geradas pelo emprego da proporcionalidade,

esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. [...] E, diante disso, as precedências *prima facie* estabelecidas pelo próprio Steimetz perdem um pouco de seu sentido, já que mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo (SILVA, 2005, p. 179).

O recurso à proporcionalidade, apesar dessas inconsistências, também é proposto por Ubillos, ainda que noutros termos e com menor rigor. Para ele, dois são os critérios empregáveis na ponderação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: (i) a capacidade de penetração destes direitos na esfera privada deveria ser maior quando houver relação assimétrica, análoga à estabelecida entre cidadãos e poder público¹⁶; (ii) a incidência dos direitos fundamentais no tráfego privado será tanto mais intensa quanto maior a afetação da dignidade humana, cujo respeito é fundante para o direito público e para o privado. Assim:

Assumida a necessidade de elucidar, em cada caso e mediante a correspondente ponderação, o alcance do direito fundamental no conflito concreto surgido entre particulares, cremos que nenhuma objeção insuperável pode se fazer a esta modalidade de *Drittewirkung* [...]. Nenhuma limitação inadmissível da liberdade individual se deduz da mera afirmação de que os direitos fundamentais também regem, *ex constitutione*, as relações jurídico-privadas¹⁷ (UBILLOS, 2003, p. 334-335, tradução nossa).

A chave para a delimitação do alcance da força vinculante dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, então, reside na definição dos critérios que hão de orientar o intérprete na complexa tarefa de articular e harmonizar a vigência dos direitos fundamentais com os princípios e valores específicos do direito privado. “Em caso de colisão, a ponderação é ineludível e não tem por que se resolver, necessariamente, em favor do titular do direito fundamental”¹⁸ (UBILLOS, 2003, p. 336, tradução nossa).

4. A posição de SMITS. Elementos para uma abordagem cética?

É patente a invocação de direitos fundamentais, por autores especializados e Tribunais, para a resolução de casos típicos de direitos privado.

¹⁶ Neste quesito, em quase nada diverge de Steinmetz (2004) e Sarmento (2004), de modo que as críticas a este dirigidas também aqui se aplicam.

¹⁷ No original: “Asumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho fundamental en el concreto conflicto surgido entre particulares, creemos que ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de Drittewirkung. [...] Ninguna limitación inadmisible de la libertad individual se deduce de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, *ex Constitutione*, en las relaciones jurídico-privadas”.

¹⁸ No original: “En caso de colisión, la ponderación es ineludible y no tiene por qué resolverse necesariamente en favor del titular del derecho fundamental”.

A questão que se coloca, sem que se extrapolem os lindes do problema prático dos direitos fundamentais, respeita ao emprego desse raciocínio e à avaliação de sua real valia à estabilização de expectativas socialmente difundidas. Diante desse quadro, Jan Smits (2006) formula três argumentos caros a sua postura cética em relação à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações interprivadas.

O primeiro deles relaciona-se à subsidiariedade dos direitos fundamentais na fundamentação de decisões proferidas diante de conflitos hauridos de relações entre particulares. Assim:

O primeiro argumento para justificar o limitado valor jaz na própria ideia da eficácia indireta [...] as regras desenhadas para relações entre privados têm prioridade sobre os direitos fundamentais. O direito privado pode ser interpretado à luz dos direitos fundamentais, mas, no fim, pode não ser por eles absorvido: as normas de direito privado continuam decisivas para o deslinde do caso. [...] A essência da doutrina da eficácia mediata é de que o direito privado existente, em larga medida, já expressa os valores por detrás dos direitos fundamentais e que, portanto, deve-se aplicar o direito privado e não os direitos fundamentais. Isso quer dizer que a referência aos direitos fundamentais, no mais das vezes, oferece pouco de novo¹⁹ (SMITS, 2006, p. 15).

¹⁹No original: "The first argument why the use of fundamental rights can only have limited value lies in the idea of indirect effect itself. [...] the rules designed for relationships between private parties have priority over fundamental rights. Private law can be interpreted in the light of fundamental rights, but can in the end not be absorbed by these rights: the private law rules remain decisive for deciding the case. [...] The essence of the doctrine of indirect effect is that the existing private law is to a very large extent already an expression of the values behind fundamental rights and therefore one should apply private law and not fundamental rights. This means that reference to fundamental rights does not offer anything extra most of the time".

O argumento da subsidiariedade, então, reporta ao problema do eventual sufocamento do direito privado, tido como sede dos valores de uma sociedade justa, pelo direito público. Contudo, fornece resposta diferente daquela sugerida pelos convictos propagandistas da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais: em vez da aplicação mitigada dos direitos fundamentais às relações entre particulares, seu confinamento no rol de posições jurídicas direcionadas apenas contra o Estado, com a ressalva de que podem informar a interpretação de textos normativos de direito privado.

A tese é problemática porque supõe a incolumidade da vetusta fronteira entre o público e o privado, quando, em rigor, esta já se diluiu bastante. Evidentemente, não se intenta negar a existência de alguma clivagem. Nem mesmo os defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados chegam a esse extremo, conforme testemunha Ubillos (2003, p. 305, tradução nossa):

Ninguém em seu pleno juízo pode pretender o desaparecimento da fronteira entre as duas esferas, a pública e a privada, porque a invasão da sociedade pelo Estado, a abolición da esfera privada, é justamente o traço mais característico de um regime totalitário. Mas não se pode negar que essa fronteira vem se esfumando e é, pois, cada vez menos nítida. [...] O panorama é confuso e será ainda mais no futuro²⁰.

Na mesma linha, complementa Fioravanti (2013, p. 21):

²⁰No original: "Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la frontera entre las dos esferas, la pública y la privada, porque la invasión de la sociedad por el Estado, la abolición de la esfera privada, es justamente el rasgo más característico de un régimen totalitario. Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido difuminando, es cada vez menos nítida. [...] el panorama es confuso y va a serlo todavía más en el futuro".

A partir daqui, dessa raiz, surge finalmente a resposta à pergunta que colocamos: o modelo constitucional de relação entre Públíco e Privado é, em última análise, o da dupla limitação e, portanto, do duplo valor da Constituição, que se opõe sempre a um e a outro se ela mesma, e os direitos fundamentais nela consagrados, todas as vezes que as razões de um e de outro tornam-se imoderadas, sejam as razões de um Públíco que pretende invadir a esfera dos indivíduos, ou a de um Privado que, em razão de sua potência econômica, pretende dominar a cena pública. Pode-se dizer também: a Constituição socorre sempre o mais fraco, o Públíco quando é invadido arbitrariamente pelo Privado, e vice-versa. Abandonar esse modelo significa, portanto, correr riscos gravíssimos para os dois lados.

Relido em seus pressupostos, o argumento da subsidiariedade, então, parece apontar menos para a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas que para sua eficácia indireta ou mediata, possivelmente concretizada mediante a estruturação do direito privado a partir dum “código flexível, informado pelas diretrizes constitucionais, capaz de dar fluidez necessária aos regramentos da Lei Fundamental” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 86).

O segundo argumento cinge-se na assunção de que os direitos fundamentais seriam demasiadamente difusos e inaptos ao oferecimento de balizas suficientes para decidir casos concretos. Assim, o balanceamento de duas posições jusfundamentais em conflito seria exercício próprio do direito privado. Segundo Smits, isso ficou claro em diversos julgamentos referentes a *wrongful birth* (no Brasil, tratados sob a rubrica de *nascimento indesejado*), resolvidos, com tranquilidade, pelo BVG, sem recurso aos direitos fundamentais, mas consideravelmente dificultados por incursões em debates sobre a dignidade humana (SMITS, 2006, p. 17). Em suma: o argumento é de que

os direitos fundamentais, em especial a noção de dignidade humana, são excessivamente vagos. Podem influenciar no adequado deslinde duma controvérsia entre particulares, mas jamais poderiam ser o argumento decisivo para tanto (SMITS, 2006, p. 18). A transcendência da tese à vagueza da dignidade humana é assim demonstrada:

A propósito, um caso similar foi decidido na Alemanha e na Holanda. Em ambos, havia um criminoso condenado a uma longa pena. Ao tempo da condenação, o caso recebeu grande cobertura e fotos do criminoso foram publicadas em jornais de grande circulação. Alguns anos após a condenação, começou-se a questionar se a republicação destes materiais afrontaria a personalidade e a liberdade do preso. O tribunal holandês (*Hoge Raad*) decidiu este conflito entre a intimidade e a liberdade de imprensa pela prevalência da intimidade. O tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por seu turno, decidiu, mediante recurso aos mesmos argumentos, mas via ponderação diferente, que a liberdade de imprensa deveria prevalecer. O argumento é que o balanceamento de direitos fundamentais em casos de direito privado não oferece as balizas de que as cortes precisam²¹ (SMITS, 2006, p. 18, tradução nossa).

Apesar de contundente, a tese diz mais com a eficácia indireta que com a ineeficácia

²¹ No original: “In this respect, a similar case was decided in Germany and in the Netherlands. In both cases, there was a criminal that was convicted to a long sentence. At the time of the crime and the conviction, the case received a lot of publicity and pictures of the criminal were published in the national newspapers. A few years after the conviction, the question arose whether it would infringe upon the criminal's privacy to publish these pictures again. The Dutch *Hoge Raad* decided this conflict between privacy and freedom of the press by holding that privacy should prevail. The German *Bundesverfassungsgericht* on the other hand held, making use of the same arguments but weighing these in a different way, that the freedom of the press was superior. My point is that in weighing fundamental rights in private law cases, these rights do not offer the guidance the court needs”.

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Outra não é a conclusão advinda de sua leitura conjunta com textos subscritos por defensores da eficácia indireta (e da subsidiariedade dos direitos fundamentais na resolução de conflitos): “A despeito de suas particularidades, o certo é que os códigos civis elaborados na segunda metade do século XX em diante já não têm a pretensão de plenitude legislativa (...): a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos ‘regulativa’ e mais ‘ordenatória’” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 76-77). Nesse prisma, as

características culturalistas do novo Código viabilizam uma incessante comunicação e complementariedade intertextual entre o Código e os Direitos Fundamentais, o que é especialmente possibilitado pela conexão entre a estrutura e a linguagem utilizada. A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permissivas das três ordens de conexão sistemática referidas (MARTINS-COSTA, 2003, p. 77-78).

O segundo elemento oferecido para a construção duma visão cética a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, portanto, endossa, com reservas, as propostas de eficácia mediata.

A terceira tese de Smits, enfim, respeita à não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Esse argumento, ao contrário dos primeiros, não se pretende teórico, mas substancial. Diz:

A função dos direitos fundamentais se imbrica com a separação entre direito público e direito privado e tem se desenvolvido ao longo dos últimos dois séculos. [...] Nesta visão tradicional, os direitos fundamentais têm a função de proteger o privado das ingerências do público. [...] A vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações entre privados, portanto, jamais encontrará justificativa na mesma razão pela qual os direitos fundamentais vinculam o Estado. Isso também explica por que particulares nunca se vinculam, diretamente, aos direitos fundamentais. No máximo – este é o núcleo da doutrina da eficácia indireta – eles se vinculam aos valores que subjazem aos direitos fundamentais e que também integram o direito privado²² (SMITS, 2006, p. 19-20, tradução nossa).

²²No original: “The function of fundamental rights is closely connected to the separation of public and private law as has been developed over the last two centuries. [...] In this traditional view, fundamental rights have the function of guarding against the public from meddling with private affairs. [...] The enforcement of fundamental rights in private relationships can thus never find its justification in the same reason why fundamental rights can be enforced *vis-à-vis* the State. It also explains why private parties are never directly bound by fundamental rights. At most – this is the core of the doctrine of indirect effect – they are bound by the values underlying the fundamental rights that are also part of the private order”.

As premissas desse raciocínio, como já se viu, renovaram-se. Senão estrutural e mitigada pela dialética da complementariedade, hoje a dicotomia público-privado é apenas operativa. Não basta para afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interprivadas – se tanto, pode aparatar a tese de que essa aplicabilidade é apenas mediata. O apelo da tese de Smits, contudo, não se anula pela metamorfose de suas premissas. É que, de fato, parece paternalista falar que pessoas plenamente capazes não possam dispor de seus direitos fundamentais. Em rigor, fazê-lo é negar a própria razão de ser desses direitos: a promoção da dignidade humana. Mas isso não significa que a tutela constitucional da pessoa ceda diante da autonomia privada (de outra pessoa), conforme explica o autor:

Isso não quer dizer que renunciar direitos fundamentais pela via negocial seja sempre possível. Se estiver claro que a pessoa a dispor de seus direitos fundamentais esteja em posição de dependência ao fazê-lo, então é claro que ela deve ser protegida. [...] Mas há casos em que é possível dispor de direitos fundamentais. Em relações privadas, os valores de uma sociedade justa são decisivos e estes valores podem implicar que, em alguns casos, a liberdade contratual valha mais que outros direitos fundamentais”²³ (SMITS, 2006, p. 20).

A justificativa, ressalvada sua salutar abertura liberal, é assombrosamente semelhante aos critérios formulados por Sarmento (2004), Ubillos (2003) e Steinmetz (2004), de que se

²³No original: “This is not to say that contracting away fundamental rights is always possible. If it is clear that the person giving away his rights was in a dependent position when he did so, then of course he should be protected. [...] But there are cases in which it is possible to ‘contract away’ one’s fundamental rights. In private relationships, the values of a just society are decisive and these values may entail that in certain cases freedom of contract is valued more than other fundamental rights.”

falou anteriormente. Isto é: a fundamentação do argumento albergado pela rubrica *agentes privados não estão vinculados aos direitos fundamentais* parece apparentada com os critérios defendidos por propagandistas da eficácia direta – ainda que mitigada – dos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁴.

À guisa de fechamento, Smits consigna que o ceticismo em relação ao uso de direitos fundamentais na resolução de disputas entre particulares não pode obnubilar duas importantes funções daqueles nos debates que os cercam: (i) “direitos fundamentais podem ser fonte de inspiração para o que se considera uma sociedade justa, inclusive entre pessoas privadas”²⁵ (SMITS, 2006, p. 21-22, tradução nossa); (ii) “eles podem servir como um alerta para a corte, no sentido de que a dignidade humana está em risco. Uma referência a uma violação de direito fundamental por uma pessoa em face de outra pode tornar claro o quanto sério é o assunto”²⁶ (SMITS, 2006, p. 22, tradução nossa). Mas isso não quer dizer que eles devam ser utilizados como fundamento suficiente para a decisão, porque é o direito privado que deve bastar.

Apesar de arrematar com a defesa da suficiência do direito privado para a resolução de conflitos privados, também as passagens transcritas guardam importantes pontos de contato com as estratégias argumentativas de defesa da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁴Nesse sentido, não é incomum se dizer que, apesar da acalentada disputa, as estratégias de eficácia direta e indireta guardam mais semelhanças que contrastes (STARK, 2001, pp. 98-99).

²⁵No original: “Fundamental rights can be a source of inspiration for what is considered to be a just society, also among private persons”.

²⁶No original: “they can serve as a warning sign to the court that human dignity is at stake. A reference to a violation of a fundamental right by one person vis-à-vis another may make clear how serious the matter is”.

5. O modelo da eficácia indireta ampliada

O modelo da eficácia indireta vitaminada, proposto por Barak, dialoga com todas as estratégias argumentativas expostas e fornece resposta mais abrangente e consentânea com o estado da questão. Em essência, a proposta assim se expressa:

Na medida em que o direito privado existente não ofereça um remédio adequado – nominalmente, apesar da violação do direito constitucional, nenhum remédio é disponibilizado pelo direito privado –, o modelo da eficácia indireta fortalecida determina que o direito privado deva ser revisto, de modo a prover o remédio tal qual demandado pela situação concreta [seja mediante nova interpretação de ferramentas existentes, seja pela criação de novas ferramentas]²⁷ (BARAK, 2001, p. 30, tradução nossa).

Essa concepção, diz Barak (2001, p. 29-30), não se confunde com o modelo da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, porque não arrefece a importância do direito privado, tido como complicado e extensivo sistema de arranjos e equilíbrios voltados à viabilização da vida em comum. Todavia, vai além da singeleza do modelo de eficácia indireta:

Nenhuma diferença existe entre as duas situações em que o direito privado desenvolveu adequadamente ferramentas para expressar os direitos fundamentais. [...] A diferença substantiva se torna conspícuia nos casos em que o direito privado não contém as ferramentas e instituições necessárias à absorção dos direitos fundamentais²⁸ (BARAK, 2001, p. 31, tradução nossa).

A explicação é que a concepção tradicional do modelo da eficácia indireta nega o remédio nesse caso, ao passo que a versão fortificada o concede por intermédio de ferramentas integradas, compreensivas do desempenho de atividades legislativas, da colmatação de lacunas pela via judicial, da renovação de velhas estruturas e do desenvolvimento de

²⁷ No original: “To the extent that existing private law does not grant an appropriate remedy – namely, despite the violation of the constitutional right, no remedy is available in private law – the strengthened indirect application model mandates that private law must be revised to provide the remedy as needed [either through new interpretations of existing tools or by creating new ones].”

²⁸ No original: “No difference exist between the two in situations where private law has developed appropriate tools to give expression to constitutional human rights. [...] The substantive difference between the two models is conspicuous in cases where private law does not contain the legal tools or institutions for the absorption of constitutional human rights”.

novas ferramentas que se amoldem às respostas que se buscam, observadas as *limitation clauses*.

Desse modo, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares perpassaria o estabelecimento de distinção entre o escopo de proteção da norma garantidora da posição jusfundamental e o nível de proteção que lhe é dado. Assim:

O escopo do direito remete ao raio de ações capturadas por sua moldura [...]. O nível de proteção dos direitos humanos se determina pela consideração de valores, interesses e princípios merecedores de proteção. [...] O direito privado determina o nível de proteção a ser oferecido aos direitos fundamentais nas relações interprivadas. [...] Ao produzir legislação que avança nos limites desta proteção, o legislador deve observar as cláusulas constitucionais limitadoras e ponderar, adequadamente, os demais direitos fundamentais²⁹ (BARAK, 2001, p. 32-33, tradução nossa).

Os esquemas de valoração e balanceamento albergados pelo direito privado, nesse contexto, estariam ocasionalmente suscetíveis a ponderação pelo Judiciário, no exercício de sua função criativa. Mais especificamente, casos difíceis, nos quais duas ou mais posições jusfundamentais estejam em conflito, devem ser resolvidos mediante ferramentas já existentes no próprio direito privado (ainda que relidas e, portanto, ressignificadas); ou, se inexistentes, por intermédio do balanceamento dos interesses em jogo, à luz da unidade do ordenamento (BARAK, 2001, p. 41-42). Permitem-se, assim, os ajustes necessários à oxigenação e permanente reformulação do sistema (não apenas prospectiva, mas também material e formal).

6. Concretização da proposta de eficácia indireta ampliada: o concurso da hermenêutica

Considerando-se o que se expôs nas seções precedentes, parece que a proposta de BARAK é a que consegue resolver melhor o problema prático de aplicação dos direitos fundamentais sem descuidar da dinâmica própria do direito privado e de seu fio condutor, a prerrogativa de

²⁹ No original: “The scope of the right refers to the range of actions captured within its framework. [...] The level of protection of human rights is determined through consideration of values, interests and principles deserving protection. [...] Private law determines the level of protection to be afforded to human rights relative to other human beings. [...] In formulating legislation that sets forth the limitations on the extent of protection granted to constitutional human rights in private law, the legislature must conform to the constitutional limitations clause [...]. Legislation that has passed the limitations clause tests as appropriately weighed constitutional human rights”

autorregulamentação de interesses privados. Porém, sua concretização não é tão simples, dada a indispensabilidade de interpretação dos próprios textos normativos consagradores de direitos fundamentais,

de modo que não se corra o risco de transformá-los em modelos abstratos. A dignidade humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração. Caso contrário, de espaços de abertura não-sistêmica [...], os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 100).

Com efeito, a hermenêutica dos direitos fundamentais sempre há que ser tópico-sistemática. Tópica, porque consistente em “procedimento racional que se dirige a refletir por problemas a partir da abertura semântica de alguns significantes ou signos linguísticos”; e sistemática, porque “se opera com plúrima noção de sistema, haurido então em vários significados, ora como conjunto de conceitos, ora como a composição de sentidos verificados pela função, mas sempre aberto, poroso e plural, de tal modo que se apresenta aqui o limite externo, o da unidade do sistema” (FACHIN, 2015, p. 7). Com isso, pretende-se elidir o risco de que o rol de posições jusfundamentais seja, tal qual os códigos de outrora, encarado como um todo de respostas *prêt-à-porter* a problemas projetados no futuro³⁰, e aproximar o sistema da flexibilidade própria ao trato com “problemas concretos, buscando no sistema a melhor

entre várias possíveis soluções” (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 100). Nesse sentido:

O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma rationalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independentemente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 102).

A interpretação tópico-sistemática, assim, é poderosa aliada de qualquer estratégia de realização de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ressalvados os pontos coincidentes entre as mais diversas formulações teóricas respeitantes a esse problema prático, corrobora, em especial, a proposta de eficácia indireta ampliada, que assimila as vantagens das demais formulações e visa a atenuar suas respectivas desvantagens, em prol da realização das potencialidades de cada pessoa concretamente situada.

Conclusões

Diversas são as estratégias argumentativas empregadas em defesa desta ou daquela solução para o problema prático dos direitos fundamentais. Revisões das propostas mais amplamente acatadas pela comunidade jurídica brasileira, em cotejo com a perspectiva pretendente céтика de Smits (2006), conduziram à inferência de que, em vista do atual estado da questão, tem maior apelo a proposta de *eficácia indireta aumentada*, enunciada por Barak

³⁰ A este respeito, diz Fachin: “O fenômeno da ‘constitucionalização’ não se resume à noção de Constituição em sentido formal, pois, se assim fosse, cambiar-se-ia a codificação civil por um ‘macrocódigo’, o que não procede” (FACHIN, 2012, p. 147).

(2001). Não que essa linha seja imune à crítica. Não é; e não basta por si só. Conjugada à interpretação tópico-sistêmica dos direitos fundamentais, no entanto, parece ostentar melhores condições de, no atual arranjo jurídico brasileiro, resolver o problema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Isso, sobretudo, porque subsume muitas das contribuições das demais correntes analisadas, enquanto suprassume boa parte dos vícios que as timbram. O problema prático dos direitos fundamentais, contudo, permanecerá carente de solução definitiva enquanto não aprofundadas as discussões ainda incipientes acerca de seu problema teórico, de fundamentação.

Sobre o autor

André Luiz Arnt Ramos é mestrandando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; e advogado em Curitiba, PR, Brasil.
E-mail: a.arntramos@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

THIRD-PARTY EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE STATE OF THE QUESTION

ABSTRACT: Third-party effect of fundamental rights is one of the most hotly debated issues arising from the emergence of constitutional democracies in the second post-war. The extent to which fundamental rights bind private parties is in the center of unending jurisprudential debates. The so-called theoretical problem, concerning the *raison d'être* of such intangible provisions, is clouded by a practical issue, which respects their application. In this scenario, multiple strategies advocate different measures for the authority of fundamental rights upon private relations. This article scrutinizes the mainstream orientations on these matters in the light of continental literature and, after contrasting them all and subjecting them to a skeptical test, points out the opinion that, in the context of the contemporary state of the question, best indicates the solution to be topic and systematically pursued by hermeneutics.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONAL STATE. PRIVATE RELATIONS. CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW.

Referências

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual de um binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos*

³¹ Sem revisão do editor.

dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.72-86.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Baden-Baden, 1985.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 13-42.

COSTA, Pietro. Democracia política e estado constitucional. In: _____. *Soberania, representação, democracia: ensaios sobre a história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 235-268.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 91-123.

ENGLE, Eric. Third party effect of fundamental rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, v. 5, n. 2, p. 165-173, 2009.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Heidelberg: Springer, 2004.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. Tradução de Laura Schertel Mendes. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 21-31.

FABISCH, Dieter. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FIORAVANTI, Maurizio. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito.

_____. Público e privado: os princípios fundamentais da constituição democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 58, p.7-24, 2013.

FRIEDMAN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 97-112.

LANDA, César. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010. p. 38-41.

LEHNER, Moris. *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt: Einfluss des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen*. Colônia: Verlag Otto Schmidt, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164, p.7-16, out./dez. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MARTINS, Leonardo. Reseña: “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, de César Landa. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010. p. 43-56.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 31-55.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgilio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005.

SMITS, Jan. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (Ed.). *Constitutionalisation of private law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. p. 9-23.

STARCK, Christian. Human rights and private law in German constitutional development and in the jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMAN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 97-112.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

SENADO FEDERAL

