

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 207

Brasília | julho – setembro/2015

Ano 52

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

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 52 | nº 207
julho/setembro – 2015



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, conseqüentemente, 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

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINALS: Kilpatrick Campelo, Vilma de Sousa, Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi e Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Leticia Tôres. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: Paulo Malheiro.

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, 1^o Pavimento

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF

Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576

E-Mail: livros@senado.leg.br

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

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

Sumário

- 7 **O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho**
Jair Aparecido Cardoso
- 27 **O direito à proteção das minorias linguísticas e seu reflexo no sistema educativo de Québec**
Jorge Luís Mialhe
- 45 **A contribuição da vítima para a solução do conflito criminal nos processos de competência dos juizados especiais**
Ivan Luiz da Silva
Gustavo Ataíde Fernandes Santos
- 63 **A falácia no direito das minorias**
A faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte
Alexandre de Castro Coura
Matheus Henrique dos Santos da Escossia
- 81 **A invisibilidade jurídica da exploração de recursos genéticos situados em oceanos além das jurisdições dos Estados costeiros**
Bruno Torquato de Oliveira Naves
Maristela Aparecida de Oliveira Valadão
- 105 **O papel do Senado Federal no controle difuso pela ótica do STF (Rcl. 4.335)**
Fábio Martins de Andrade
- 123 ***A rose by any other name***
Conformações do direito de marca no mercado farmacêutico
Victor V. Carneiro de Albuquerque
- 143 **Discurso de ódio**
Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar
Gilberto Schäfer
Paulo Gilberto Cogo Leivas
Rodrigo Hamilton dos Santos

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

- 159** **Processo legislativo comparado**
Fonte de inteligência e aprendizagem organizacional
Roberto Campos da Rocha Miranda
Cristina Jacobson Jácomo Cinnanti
Luiz Eduardo da Silva Tostes
- 187** **Joint ventures contratuais**
Ana Frazão
- 213** **O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**
Flávio Quinaud Pedron
- 239** **Suborno transnacional**
A nova realidade normativa brasileira
Leila Bijos
Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega
- 261** **Os juros na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias**
Bruno Fernandes Dias
- 289** **Poder Legislativo e dinâmica constitucional**
Um estudo à luz do princípio federativo
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Glauco Salomão Leite
- 305** **Serviço de Acolhimento Institucional voltado à realidade em Campinas-SP**
Isabela Abbas Cavalcante Silva
Josué Mastrodi
- 331** **Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil**
Roger Raupp Rios

O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho

JAIR APARECIDO CARDOSO

“Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Resumo: O trabalho humano, na sua concepção atual, distancia-se da sua origem etimológica. Atualmente, busca-se a sua emancipação e dignificação. Objetivando a consecução do projeto jurídico constitucional, o direito ao descanso também se torna um direito fundamental do trabalhador, como elemento de defesa do seu direito existencial e de proteção à salubridade do meio ambiente do trabalho, a fim de que se preserve a própria liberdade do trabalho e se alcance a desalienação. Motivado pela aproximação desses institutos em defesa da dignidade humana e do trabalho, produziu-se esta reflexão.

Palavras-chave: Trabalho humano. Descanso. Meio ambiente do trabalho. Direito existencial.

1. Introdução

Em recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), foi reconhecido o dano existencial por violação ao direito de personalidade do trabalhador (BRASIL, 2013). Esta não foi a primeira decisão do TST sobre o assunto, mas ganhou destaque na mídia por acenar, juntamente com as demais, posicionamento que vem ganhando corpo naquele tribunal a respeito do tema. A motivação ideológica da decisão levou em consideração a supressão de direitos trabalhistas de forma reiterada e

Recebido em 25/4/14
Aprovado em 3/9/14

contumaz por parte do empregador, cerceando o direito de o trabalhador dispor livremente de seu descanso.

O cerceamento desse direito do trabalhador causa prejuízo à sua vida de relação, o que ocasiona o dano existencial.

O denominado dano existencial teve sua origem na Itália, mas ressoou em outros países da Europa. Agora vem encontrar terreno fértil nos tribunais pátrios, objetivando efetivar a concretude da proteção da dignidade humana.

A presente reflexão propõe-se a analisar a proteção da vida do trabalhador, pelo viés de seu direito ao descanso, sem olvidar, obviamente, de que não é somente este o fator que causa o dano ao direito existencial da pessoa humana, notadamente no campo do direito do trabalho.

Modernamente, quando se fala em direito ao descanso, parece que o termo não encontra dificuldade de entendimento e aceitação, e a todos parece ser um legítimo direito do trabalhador: entretanto não foi sempre assim, em especial em épocas em que nem mesmo o trabalho era tido como algo inerente à dignidade humana. Quando o próprio trabalho não encontrava amparo na proteção da dignidade humana, perdia relevo a discussão sobre o descanso decorrente dessa atividade.

Diante disso, a discussão do direito ao trabalho clama pela discussão do direito ao descanso. Não há como falar em trabalho digno sem incluir nessa esfera o necessário tempo para o trabalhador repor suas energias físicas e mentais.

O trabalho e o descanso, tal como hoje os concebemos, tiveram uma evolução necessária para atingir o atual reconhecimento social; todavia, não são raras as notícias de seu aviltamento.

Para refletir sobre a essência do descanso na vida do trabalhador como um dos elementos de proteção contra o dano existencial, entende-

mos ser necessário localizá-lo no contexto da atividade laborativa que o motiva e, decorrente desta, a necessidade de sua concessão, sem perder de vista que a proteção ao trabalho digno também é elemento da proteção existencial.

2. A concepção contemporânea de trabalho

A história, como já tivemos a oportunidade de pontuar, mostra que o trabalho, em razão de sua evolução social, não pode ser tido como castigo, dor, pena ou como qualquer outro qualificativo que possa classificá-lo em sua vertente etimológica (CARDOSO, 2002, p. 12-16).

O trabalho, como registrou o papa João Paulo II, é para o homem, e não o homem para o trabalho; por isso mesmo, deve ser tido em sua dimensão criadora e ter sempre em mira seu sentido de libertação (IGREJA CATÓLICA, 1981).

Segundo a cultura religiosa, o primeiro castigo dado ao homem, por designação divina, foi o trabalho. Decorrente da cultura latina, o homem foi criado *ut operatur* – para trabalhar. Na cultura da Grécia Antiga, o trabalho era destinado aos escravos. Nessa época, todavia, a concepção do trabalho era de pena ou atividade destinada como castigo a determinada categoria social, que deveria exercer essas atividades como expiação por sua condição social. As atividades políticas ou a elas assemelhadas não se enquadravam nessa categoria. Assim, certas atividades intelectuais, como filosofar, ensinar, dentre outras, não eram consideradas trabalho.

O trabalho, em uma visão antropológica, pertence à condição originária do homem. Por outro lado, desprendendo-se de sua origem etimológica e em sua ação libertadora, mostra-se como ferramenta eficaz contra a pobreza e torna o homem digno de seu resultado, e, por isso, deve ser sempre honrado.

O homem é o criador, realizador e destinatário último de seu resultado; por isso, o trabalho é o fio condutor de toda questão social (DENNY, 2001, p. 235). Eis aí também, e por essa mesma razão, o seu valor ético. Seu valor consolida-se, não no produto feito, mas no fato de quem o faz: a pessoa humana. É nessa perspectiva que deve ser analisado o trabalho. É, portanto, um direito fundamental do homem, pois por meio dele o homem mantém a si e à sua família, adquire produto, propriedade e contribui para o bem comum.

Nessa trilha – e por paradoxal que possa parecer, com relação ao trabalho –, o homem não pode ser tolhido em sua liberdade de ser explorado por seu semelhante. Em outras palavras, o homem não pode ter cerceada sua liberdade de trabalhar, mas, sobretudo, devem ser observados limites que garantam sua dignidade e a dignidade de seu trabalho (CARDOSO, 2008).

Para Ercílio Antonio Denny, para se compreender o valor do trabalho, basta consultar a pessoa que se encontra desprovida dele (DENNY, 2001). Por essa razão, devem ser compatibilizados os interesses entre capital e trabalho, ou, no dizer do papa Leão XIII, não há capital sem trabalho e não há trabalho sem capital; por isso mesmo, o homem não deve ser amado somente nos limites de suas forças físicas ou somente pela extensão de seus braços (IGREJA CATÓLICA, 1891).

Por esse prisma, a compatibilização entre capital e trabalho é o núcleo central da efetiva proteção a essa atividade humana.

Por isso, a proteção do trabalho não pode ser pensada somente por meio de uma lógica dogmática, mas em uma perspectiva dinâmica, que leve em consideração as reais condições do meio ambiente do trabalho, para que seja extirpado do espírito do trabalhador qualquer sentimento de dor, pena, castigo e humilhação.

Assim, a proteção ao trabalho deve ser pensada em uma perspectiva que respeite a dignidade do trabalho, mas, sobretudo, a dignidade humana.

É por essa dimensão que deve ser pensado o trabalho, buscando honrá-lo como elemento natural da dignidade humana, em seu valor social e também como elemento fundante do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica e social.¹

Dessa forma, é crível conceber que qualquer ofensa à dignidade do trabalho repercute diretamente na dignidade humana, que, por sua vez, ocasiona o dano existencial. Esse dano, mesmo que individual, tem repercussão social. É, portanto, difuso, por lesar o Estado Democrático de Direito com repercussão direta na ordem social.

¹ CF/88, art. 1º, III e IV; art. 6º; art. 170, *caput* e inciso VIII (BRASIL, 1988).

3. O direito ao descanso como direito natural

A par da consideração histórica sobre o trabalho humano – mesmo que em apertada síntese, somente para situá-lo em uma perspectiva evolutiva e considerá-lo em uma conjuntura social atual, na qual ele perde seu sentido etimológico para ser visto como direito fundamental –, merece relevo também o aspecto histórico e antropológico do descanso, em razão do direito natural decorrente do exercício dessa atividade humana.

Todo ser vivente manifesta, de forma natural, sua predisposição ao descanso. É de fácil constatação que nenhum animal pode ser sujeito a uma atividade contínua e prolongada sem que isso o leve a algum tipo de fadiga. Como mecanismo natural de defesa, reagirá buscando seu direito de recompor suas energias. O direito ao descanso, portanto, é um direito natural de qualquer ser vivente para que ele possa repor suas energias, mesmo que para sujeitar-se às mesmas atividades novamente.

Além do aspecto da prevenção da fadiga pelo exercício da tarefa inerente a cada espécie, devem ser consideradas, ainda, suas características, o clima, dentre outros fatores.

Para o ser humano não é diferente. Para prevenir-se da fadiga decorrente do labor, o homem deve descansar; e este seu direito natural ao descanso deve ser respeitado.

No caso do ser humano, entretanto, o descanso previne a fadiga em suas dimensões física e mental, além de contribuir para inseri-lo no convívio social.

Assim, o descanso, além de prevenir a fadiga, é para o homem direito de proteção à vida e elemento de inserção social; é elemento essencial de seu legítimo direito de viver livremente, de acordo com seu projeto de vida. O descanso, nesse sentido, visa a proteger o ser humano em sua plenitude para seu pleno desenvolvimento como ser social. Por isso, protege sua vida, sua saúde, seu projeto de vida e suas relações.

A despeito de ser o descanso um direito natural do ser humano, a história sinaliza sua origem com apelos a fortes argumentos culturais. Se for verdade que o descanso é um direito natural, o homem, mesmo em sua origem mais remota, deve ter, evidentemente, realizado tal prática após suas atividades normais de sobrevivência. Mas é por meio da origem teológica que encontramos diversos registros históricos sobre o assunto.

O descanso no sétimo dia, por exemplo, já é antigo, tendo sua procedência no povo hebreu, que guardava o sábado como dia de descanso porque a Sagrada Escritura dizia que Deus havia descansado no sétimo dia.² Posteriormente, no Decálogo de Moisés, passou-se a observar o

² Gn. 2.2-3; Ex16.26, 20.8, 31.16, Lv 16.31, 19.30, e Dt 5.12-14.

descanso semanal no domingo, por ser este dia o destinado à descida do Espírito Santo sobre os apóstolos. A ressurreição de Cristo ocorre em um domingo, por isso, na cultura cristã, o domingo substituiu o sábado judeu como dia de adoração.³

Segundo o evangelho de São Marcos, “o sábado foi estabelecido por causa do homem, e não o homem por causa do sábado” (BÍBLIA, 1969).⁴

Há, ainda, registros de que na Grécia Antiga os trabalhadores do campo descansavam a cada nove dias para poderem ir a Roma fazer compras. Tudo isso em razão de valores culturais da época; neste caso, não havia apelo religioso.

A primeira regra sobre o assunto, ainda na Roma Antiga, foi uma norma de Constantino que proibia o trabalho aos domingos (321 d.C.).

A paralisação do trabalho, pelo fundamento religioso, ocorria, como visto, no sábado ou no domingo, considerados dias dedicados à purificação; mas havia também a paralisação para os dias festivos, para comemoração de grandes datas históricas ou o fim da colheita; com isso, o fundamento religioso vai cedendo espaço a outros apelos culturais.

Com exceção da Rússia soviética, na qual o descanso era concedido após o quinto dia de trabalho, independentemente do dia da semana, o que se plasmou à cultura foi a fixação do descanso semanal. Nos países de cultura cristã, deu-se a fixação do descanso semanal aos domingos. Na Idade Média, a Igreja Católica exerceu forte influência sobre o repouso dominical; as corporações de ofício incluíam em seus estatutos a obrigação do descanso aos domingos. Entre o final do século XV e o início do XVI, com a legislação das Índias, Felipe II, na Espanha, torna obrigatório o descanso dominical e em

dias de festas religiosas. Na Turquia e no Irã, o descanso semanal é na sexta-feira, assim como na tradição do povo hebreu, o dia de descanso é o sábado (SÜSSEKIND, 1995, p. 769).

Com o passar do tempo, o descanso ganha espaço na cultura do trabalho, mantendo sua raiz de cunho religioso, mas pendendo para outros apelos, forçando o governo de diversos países a tomarem iniciativas nesse sentido: a França, em 1814; a Suíça, em 1890, e a Alemanha, em 1891, generalizando-se a partir daí, sendo que, em 1919, a Conferência da Paz, pelo Tratado de Versalhes, recomendou o descanso hebdomadário, de vinte e quatro horas, no mínimo, aos estados membros.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) abordou expressamente o assunto em 1921, em Genebra, aprovando a Convenção nº 14, sobre repouso semanal nas indústrias, recomendando-o também para os comerciários. Posteriormente, em 1930, aprovou-se a Convenção nº 30, para regular o trabalho nos comércios e nos escritórios. Em seguida, foram aprovadas a Convenção nº 106 e a Recomendação nº 103, também tratando do repouso hebdomadário.

Nessa trilha, diversos países passaram a consagrar o descanso semanal em suas normas internas, tendo-o como necessidade humana, a despeito da cultura religiosa.⁵

A evolução social fez com que o apelo religioso cedesse espaço, no campo normativo, para erigir um novo fundamento para justificação do repouso semanal, notadamente após a Revolução Industrial: o biológico, o social e o econômico. O biológico, com o objetivo de eliminar a fadiga física; o social, para propiciar melhor convívio familiar, além de outras atividades

³ Mt 28.1, Lc 24.1, Jô 20.1, Ap 1.10.

⁴ Mc 2.27.

⁵ Argélia, Benin, Birmânia, Brasil, Bulgária, Checoslováquia, China, Honduras, Iraque, Itália, Iugoslávia, México, Paraguai, URSS (SÜSSEKIND, 1995, p. 771).

recreativas; e o econômico, para equilibrar o desemprego e aumentar a produção.

Em síntese, assim como a concepção de trabalho evoluiu, para atingir *status* de direito fundamental, o direito ao repouso também evoluiu para além do seu valor teológico, como direito do homem do trabalho, para repor suas energias, melhor conviver com sua família e contribuir para produção social. Inquestionável, portanto, o direito ao repouso como direito natural do ser humano. Eis aí a sua finalidade e fundamento.

4. O descanso e a sua relação com o meio ambiente do trabalho e a dignidade humana

Pela ótica do descanso como direito natural, destacamos alguns aspectos históricos e sociológicos para o pleno desenvolvimento do trabalhador como ser social pelo prisma do necessário momento de repouso e dedicação à convivência familiar e social.

Ocorre que a legislação do trabalho também prevê diversos institutos que visam a garantir outros momentos de descanso ao trabalhador, tais como os descansos semanais remunerados, os intervalos entre e intrajornadas, férias e feriados etc. Todos esses institutos visam, guardadas as devidas regras de suas incidências, à mesma coisa: garantir ao trabalhador o momento de descanso para repor suas energias físicas e mentais, e poder gozar dos meios de sociabilidades afetas a cada indivíduo.

Por isso, todo instituto que estabeleça algum tipo de descanso ao trabalhador, mesmo que mínimo, como o intervalo intrajornada, por exemplo, está vinculado à norma de ordem pública de proteção ao trabalho e deve obedecer, por isso mesmo, a preceitos que vão além da legalidade para buscar a concretude do princípio de proteção à dignidade do trabalho

a fim de propiciar ao trabalhador seu necessário momento de descanso com a liberdade de poder gozá-lo fazendo a programação social de sua vida.

Assim, esta situação não pode ser modificada pela vontade das partes: deve obedecer a preceito maior. O interesse individual deve ser protegido, mas este deve curvar-se ao interesse coletivo, ao passo que este, apesar da primazia da autonomia privada coletiva, na mesma medida, deve submeter-se ao interesse público.

Aí está a essência e a virtude da liberdade do trabalho: é o ponto de equilíbrio que, juntamente com outros direitos de proteção à dignidade humana que também precisam ser respeitados, deve extirpar do espírito do trabalhador o sentimento de escravização, subjugação, submissão integral ao capital.

Não pode ser furtado do trabalhador o direito de dispor livremente de seu horário de descanso, com exceção à possibilidade de ele negociar esse direito com o empregador.

A legislação é farta em previsões de proteção ao descanso, e a jurisprudência também tem tido o cuidado de estabelecer regras e limites para tal mister. Tudo isso com o fulcro de proteção à higidez do trabalho.⁶

⁶Sobre o assunto, o TST tem os seguintes entendimentos: "Súmula 360. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALOS INTRAJORNADA E SEMANAL. A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988". "Súmula 391. PETROLEIROS. LEI Nº 5.811/72. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS E ALTERAÇÃO DA JORNADA PARA HORÁRIO FIXO. I – A Lei nº 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros. II – A previsão contida no art. 10 da Lei nº 5.811/1972, possibilitando a mudança do regime de revezamento para horário fixo, constitui alteração lícita, não violando os arts. 468 da CLT e 7º, VI, da CF/1988" (BRASIL, 2003). "Súmula 423. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (NAÇÕES UNIDAS, 1948) destaca, em seu artigo XXIV, que “toda pessoa tem direito ao descanso e à remuneração, especialmente a uma limitação racional das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Todavia, a história das férias é anterior: na Inglaterra surgiu em 1872, na Áustria, em 1919, e, depois da Primeira Guerra Mundial, em diversos países, até mesmo em decorrência das diversas convenções e recomendações da OIT.

Assim, diversos países têm ajustado os seus entendimentos com relação à concessão do devido descanso ao trabalhador; embora diverjam em alguns aspectos na normalização interna, o denominador comum tem sido a necessidade dessa concessão para evitar custo social maior.

Consoante já destacado, o repouso e o lazer, em seu sentido lato, são direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e também pelo nosso sistema constitucional, como direito social. Portanto, qualquer ofensa a esses direitos fere os postulados referidos e ainda o inciso III do art. 1º, e o inciso XXII do art. 7º, da CF/88 (BRASIL, 1988), causando dano ao meio ambiente do trabalho e também ao existencial. Mitigar o direito ao descanso é ofender a essência da liberdade, a qual decorre da própria natureza humana – por isso, fundamental.

Sobre essa liberdade, pontuou Proudhon (2008, p. 25):

“[...] Jo homem quer na verdade se submeter à lei do dever, servir sua pátria, obsequiar seus amigos, mas ele quer trabalhar naquilo que lhe agrada, quando lhe agrada, tanto quanto lhe agrada; ele quer dispor de suas horas, obedecer somente à necessidade, escolher seus amigos, suas diversões, sua disciplina; prestar serviços por satisfação, não por ordem; sacrificar-se por egoísmo e não por uma obrigação servil”.

negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras” (BRASIL, 2006). “Súmula 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT” (BRASIL, 2012b).

Na verdade, respeitada a posição do autor, o que está ínsito neste contexto é a noção natural de liberdade, a qual deve comungar com os objetivos sociais de proteção à dignidade humana.

Como afirmou Thomas Fleiner (2003, p. 11):

“Encontrando-me em uma bela e ensolarada praia italiana, decidi-me livremente a trabalhar neste livro, em vez de sonhar, banhar-me, beber um café ou mesmo assistir à televisão. O que isso tem a ver com a dignidade humana? Muito! Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. [...] Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito ao âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana”.

Sobre o assunto, conclui o autor:

“O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas” (FLEINER, 2003, p. 20).

Nesse contexto, para respeitar o direito ao trabalho, deve-se considerar o direito ao descanso, para que, juntos, garantam a dignidade humana do homem do trabalho e a dignidade do trabalho.

Até mesmo nos discursos atuais sobre o emprego verde e trabalho decente, além de outros estudos que trilham esse caminho, deve ser considerado o direito ao descanso no seu sentido essencial à existência humana; tudo isso, portanto, com reflexo direto no meio ambiente do trabalho como um dos aspectos dos princípios da precaução e da prevenção.

5. A evolução social e o descompasso legislativo

Visto por esta ótica, o direito ao descanso deixa de ser mera previsão legal para figurar no cenário dos direitos de proteção à dignidade da pessoa humana. Desse modo, a não concessão do descanso não gera mera irregularidade administrativa, passível de multa, com eventual determinação do pagamento do trabalho realizado nesse período, mas poderá gerar dano maior, que é a usurpação da liberdade individual de programação da vida do trabalhador, a exacerbação do poder diretivo

do empregador, a extrapolação evidente do *jus variandi*, o que poderá acarretar, por via oblíqua, prejuízo significativo ao trabalhador, que terá cerceado, com ofensa à sua dignidade e à dignidade do seu trabalho, o seu projeto de vida e a sua vida de relação, em prejuízo, ainda, ao seu pleno desenvolvimento social.

O cerceamento à liberdade de programação da vida causa prejuízo à sua dimensão essencial e ao verdadeiro sentido de liberdade latente em cada indivíduo, com reflexo direto na dignidade da pessoa humana. Esse dano ao projeto de vida ocasiona vazio existencial em decorrência da renúncia forçada ao seu direito de escolha. Esse fenômeno fere profundamente o indivíduo, com reflexos e prejuízos psicológicos, evidenciando, com considerável frequência, a constatação de elevado grau de baixa estima pessoal, e, por esse motivo, passou a ser aceito pela doutrina e jurisprudência como dano existencial – dano à existência.

Para melhor localizar e estudar esse fenômeno no escopo deste trabalho, pensamos que dois importantes aspectos devem preceder seu enfrentamento. O primeiro é a tendência global do mundo jurídico de adequar-se ao projeto social globalizante – entenda-se projeto social em seu sentido lato, envolvendo o econômico, o político etc.

O outro aspecto é a tendência nacional de adequação do projeto jurídico ante os reclamos sociais em constante desenvolvimento com o surgimento de novas teorias tendentes a ocupar os espaços jurídicos lacunosos em socorro da constatação de novos fatos sociais que reclamam por proteção para concretude do direito.

O primeiro aspecto refere-se à tendência de aproximação cultural.

A globalização, que nada mais é do que uma nova fase do sistema capitalista, ao buscar o nivelamento econômico causa reflexos em outros setores, notadamente o cultural; por isso,

a aproximação de diversas culturas, em especial aquelas que comungam da cultura social cristã, por facilitar tal desiderato.

Tudo isso deságua também no nivelamento do projeto jurídico, por meio do qual o Estado busca a adequação da necessária paz social, reconhecendo, em seu terreno, direitos que emergem de outras culturas, contemplando-os de diversas formas, até mesmo antes da manifestação legislativa, por meio do judiciário, em decorrência também da própria cultura da omissão daquela casa.

Com efeito, surgem, no final do século XVIII e início do século XIX, os chamados direitos fundamentais.⁷ No início dessa fase, ainda com exacerbado apelo dogmático e positivista do direito, objetivou-se, no século XVIII, o desenvolvimento da cultura da defesa dos direitos civis individuais, preocupados com a garantia da liberdade individual, da propriedade, do direito de ir e vir, do direito à vida e à segurança. No século XIX, a preocupação foi com os direitos políticos, surgindo aí, de forma embrionária, o sentido do coletivismo em defesa da liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, participação política e eleitoral. Todos esses são direitos individuais, mas exercidos coletivamente, e ficaram conhecidos como direito de primeira geração.

A realização e concretização desta fase tinha por mote a teoria do Estado mínimo.

No século XX, surgiu o chamado direito de segunda geração, baseado na proteção dos direitos econômicos e sociais, visando à proteção ao direito do trabalho, saúde, educação, seguridade social; em síntese, visava à garantia de acesso aos meios de vida e ao bem-estar social.

⁷ Para fins de referência didática, adotamos o termo “geração”, em detrimento do termo “dimensão”, para não adentrar a discussão das posições doutrinárias diversas sobre o tema, porque o objetivo aqui não é aprofundar essa discussão.

A realização e concretização desta fase tinha por mote a teoria da forte presença e participação do Estado na adequação do projeto social.

Nesse constante evoluir social, surgem, na segunda metade do século XX, os chamados direitos de terceira geração. Visando à proteção de direitos de titularidade indeterminada, quebrando a lógica do individualismo e do coletivismo, surge a cultura do solidarismo, em defesa de direitos que não pertenceriam à pessoa, mas a grupos de pessoas – nação, coletividade, etnias, humanidade. Resulta dessa nova forma de pensar a defesa dos interesses difusos: meio ambiente, idoso, criança, adolescente, comunidade etc.

Hoje já se fala em direitos de quarta geração, com tendências à biodiversidade.

Todo esse movimento acena para um projeto social de defesa dos direitos humanos. É um processo por meio do qual se busca a garantia da dignidade humana. Por ser um processo, deve estar em constante evolução e, por isso, as sociedades travam constantes lutas, sem as quais poderiam acarretar sua estagnação ou seu retrocesso. Essas lutas também contribuem para as aproximações culturais.

Em decorrência dessa aproximação, com frequência constatamos decisões judiciais aplicando teses e teorias originárias de outros países, como são os casos, por exemplo, das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nas quais têm se aplicado teorias alemãs ou de outras vertentes jurídicas, e também diversas outras decisões agasalhadas pelo nosso sistema, até mesmo provenientes de outros tribunais, como a teoria da perda de uma chance, a do direito ao esquecimento, a do dano existencial, entre outras, ou buscando, com base em premissas internas, soluções inovadoras para socorrer as realidades sociais. É o caso do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e da paternidade socioafetiva.

Tudo isso é possível e de fácil compreensão no campo social em razão do fenômeno da globalização, que ocasiona, como vimos, o avanço tecnológico, mas também a aproximação cultural, desaguardando em novas dinâmicas de vida. Esse fenômeno é percebido pelo mundo todo e, como consequência, mostra que as normas jurídicas não acompanham tal processo, perdendo sua força como instrumento moldador e ordenador da sociedade.

Como podem tais teorias ser aplicadas em nosso sistema se não existe previsão legal? A resposta parece ser simples: elas objetivam a concretude da proteção constitucional em defesa dos direitos humanos.⁸ Trilhando esse caminho, podemos entrar na análise, mesmo que concisa,

⁸ Ver item sobre os fundamentos da aplicação da teoria, a seguir.

da tendência interna de adequação social por meio do projeto jurídico em construção.

Referimo-nos à tendência interna porque aqui nos propomos a falar do nosso sistema, mas vale a ressalva de que esta também é uma tendência mundial, de aproximação do próprio sistema jurídico – guardadas as devidas proporções de cada sistema, evidentemente.

Nos bancos acadêmicos aprendemos que nosso sistema jurídico é o *civil law*, o qual tem como fonte a lei e que se diferencia do *common law*, porque este tem como fonte a jurisprudência. Modernamente, todavia, já se sabe que os países que adotam o sistema do *common law* também têm adotado diversas normas para disciplinarem situações sociais internas, ao passo que observamos em nosso sistema um avanço na criação de proteções jurídicas por meio da jurisprudência, cujas decisões têm se tornado consistentes meios de adequação e orientação social.

O sistema jurídico fica em descompasso para atender aos mais diversos tipos de reclamações sociais, em busca da efetividade da prestação jurisdicional por meio da aplicação da lei ao caso concreto, quando essas reclamações, concretamente, não dispõem de previsão de moldação legal.

A partir daí a doutrina e a jurisprudência passam a trilhar o caminho da adequação social e jurídica, tendo como mote o fim social e as exigências do bem comum (BRASIL, 1942),⁹ em consonância com a defesa da dignidade da pessoa humana¹⁰ e dos direitos sociais.¹¹

Assim, não há como conceber o direito se não for em seu momento dinâmico. Essa dinâmica, em consonância com o objetivo de concretude constitucional, permite que diversas teorias e teses alienígenas encontrem manso terreno para trilhar em nosso sistema, ou que sejam criadas novas concepções e posturas de proteção à dignidade humana.

6. Da caracterização do dano existencial pela não concessão do descanso

Justificado esse processo, passamos a analisar a teoria do dano existencial e sua recepção pelo nosso sistema.

O dano existencial – por ser teoria de recente recepção em nosso sistema jurídico, por meio de acolhimento jurisprudencial –, após o passo da aceitação, trilha o passo da acomodação conceitual. Para Amaro Alves de Almeida Neto, o dano existencial é o dano à existência da pessoa, é

⁹ Art. 5º do DL 4.657/1942.

¹⁰ Inciso III do art. 1º da CF/88.

¹¹ Art. 6º da CF/88.

o dano ao direito à vida e ao direito de viver livremente – um dano ao direito à livre existência consistente:

“na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que cause uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer” (ALMEIDA NETO, 2005).

Não é outro o entendimento de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, para quem, no âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial

“[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomençar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal” (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Por consequência, provoca o vazio existencial. Assim, o reconhecimento do dano existencial é uma das tendências, ou modalidade, de proclamar a concretude da tutela à dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência parece não dissentir de tal entendimento, em especial no campo do Direito do Trabalho, objetivando a defesa do meio ambiente do trabalho, como se depreende da decisão anteriormente mencionada.

A defesa do meio ambiente do trabalho é a defesa de sua salubridade e higidez, em todos os sentidos, incluindo-se o físico, mas também os meios de garantia da dignidade da pessoa humana nesse ambiente.

A partir das premissas para a caracterização do dano, como a existência do prejuízo, o ato ilícito do agente agressor e o nexo de causalidade, outros dois elementos são agregados para a caracterização do dano existencial; são eles o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relação.

O primeiro se refere ao dano no sentido de frustrar, dificultar ou impossibilitar ao indivíduo a plena realização de sua vida, no verdadeiro sentido de sua existência; ele fere sua liberdade de escolher sua forma de viver. O dano da vida de relação, por sua vez, decorre da ofensa física ou psíquica que impeça o indivíduo de desfrutar a vida com seus semelhantes, que lhe impeça a experiência humana de partilhar seus pensamentos, sentimentos, emoções, aspirações e projetos de vida com seus pares. “Nenhum homem é uma ilha isolada. O solipsismo do homem solitário abafa a existência que deseja se levantar, sair para fora, se expandir,

ser-para-o-outro. Não existe emancipação ou libertação na solidão do eu mesmo” (KROHLING, 2011, p. 86). É por essa razão que o homem precisa viver em sociedade e nela ter a liberdade de expressar-se e viver livremente: faz parte da natureza humana – *zoon politikon*.

Os entendimentos parecem não divergir também no campo jurisprudencial, como se depreende das decisões que seguem:

“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores” (BRASIL, 2012a).

“DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, nº 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna” (BRASIL, 2013b).

Da mesma fonte e mesmo entendimento, destacamos ainda a decisão do TST em Recurso de Revista nº 727.76.2011.5.24.0002, em decisão do dia 28 de agosto de 2013, da lavra do ministro relator: Hugo Carlos Scheuermann, também pela caracterização do dano existencial pela não concessão de férias por prolongado período. Tais decisões fazem referência à não concessão do descanso, por ser o foco de nossa investigação neste momento; todavia, como destacamos alhures, a caracterização do dano existencial pode ocorrer por diversas outras situações que causem as ofensas anteriormente referidas. Nesse sentido, de forma elucidativa:

“A conduta da recorrente delineada nos autos mostra-se típica do quanto a doutrina e a jurisprudência têm definido como assédio moral. Trata-se de espécie de dano existencial decorrente de terrorismo psicológico e degradação deliberada da integridade, dignidade, das condições físicas e psíquico-emocionais do trabalhador mediante conduta de conteúdo vexatório e finalidade persecutória. Exterioriza-se por meio de isolamento forçado, considerações, insinuações, comentários, suspiros, olhares ou ameaças verbais e em atitudes que visam à desestabilização do trabalhador em seu local de trabalho, em relação aos pares e a si mesmo, com o fim de provocar o despedimento, a demissão forçada ou induzida, o prejuízo das perspectivas de progressão na carreira. Também se manifesta pelo retirar injustificado de tarefas anteriormente atribuídas, pelo constrangimento ao exercício de funções ou tarefas desqualificantes para a categoria profissional, como se avulta no caso em tela, ou ainda pela exclusão da comunicação de informações relevantes para a atividade do trabalhador ou pela desqualificação dos resultados já obtidos” (BRASIL, 2012c).

“Portanto, não há dúvida de que não apenas os danos materiais (de ordem econômica) são reparáveis, como também aqueles relativos aos valores psíquicos da personalidade, como os que ofendem a dignidade, a imagem e aqueles que causam abalo sentimental como a dor, o vexame, etc.

Entendo que a Autora faz jus a danos morais, pois sua integridade física foi afetada, sua vida profissional foi abortada quando contava com aproximadamente 35 anos de idade (ao que chamam de ‘dano existencial’), submete-se a constantes transtornos com tratamento médico, além do comprometimento de funções, o que fica indiscutível haja vista a concessão de auxílio-acidente” (BRASIL, 2010).

7. Dos fundamentos para a aplicação da teoria do dano existencial no plano interno

Encontramos nas lições de Direito Civil duas constatações básicas sobre a responsabilidade civil: a certeza de que este é um dos institutos que tiveram excepcional evolução no direito e o fato de que sua concepção atual permite o claro entendimento de que o que se busca hoje não é proteger somente o dano material – ou patrimonial –, mas também o moral. Portanto, o instituto da responsabilidade civil deixa de considerar a pessoa

pelo que ela tem e passa a respeitá-la pelo que ela é; ou seja, deixa de preocupar-se com o que ela perdeu patrimonialmente para protegê-la integralmente, como pessoa humana, inclusive quanto a eventuais danos não patrimoniais.

A doutrina, no campo da evolução desse instituto, deixa de referir-se ao dano como sendo patrimonial e moral para concebê-lo numa realidade mais consentânea à atual, caracterizando-o como material e imaterial, na qual se inserem as espécies de danos não materiais.

É nessa classificação que centraremos nossa análise para salientar o fundamento da aplicação da teoria do dano existencial em nosso sistema.

Como acentuou Eugênio Facchini Neto (2009), não se trata de mera alteração de nomenclatura, mas de novo enfoque, pelo fato de que nessa nova visão se permite que sejam consideradas outras subclassificações que possibilitam a identificação de diversas espécies de danos que integram o gênero danos imateriais.

Pela lógica anterior, o conceito de dano moral era genérico, alcançando todo dano que não fosse patrimonial; todavia, por ser genérica, a definição causava embaraços na evolução e consideração de novos parâmetros das diversas situações de danos imateriais, como é o caso, por exemplo, do dano existencial.

Outro aspecto da evolução do instituto é o dano em si, que era o grande vilão da discussão da responsabilidade pelo prejuízo causado a terceiro. Pela teoria originária, por considerar apenas o dano material, este era quantificado pelo valor do prejuízo efetivamente experimentado. Com o surgimento do dano moral, outra discussão estabeleceu-se quanto à sua quantificação. Não vamos entrar aqui nas filigranas dessa fase, mas o fato é que, se fossem caracterizados os danos patrimonial e moral, os dois seriam indenizados: o primeiro pela demonstração do efetivo prejuízo patrimonial

e o outro, decorrente de arbitramento ao caso concreto.

Em decorrência dessa característica, parte da doutrina passou a entender que os danos materiais seriam indenizados em razão do prejuízo efetivamente experimentado, ao passo que, no caso de dano imaterial, a situação não seria de indenização, mas de compensação em razão da situação efetivamente ocorrida e pelo caráter pedagógico da concessão.

Assim, a condenação por dano moral impunha a indenização em decorrência das mais diversas situações em que a doutrina e a jurisprudência consideravam sua ocorrência; o que não era material era moral. Por ser instituto em evolução, plasmou-se na cultura jurídica, nos mais variados pleitos judiciais, a inclusão do pedido de indenização a título de danos morais, forçando novos posicionamentos com o fito de estancar abusos e a industrialização de pedidos dessa natureza, no sentido de que nem tudo ocasionava o dano moral, como o simples constrangimento, por exemplo, ocorrido de maneira excepcional, entre outros fatores.

Por outro lado, enquanto a doutrina e jurisprudência caminhavam, corretamente, no sentido de estancar pedidos abusivos ou inconsistentes, não deixaram de observar o surgimento de novas tendências sociais que chamavam a atenção para novas situações que precisavam e mereciam ser socorridas para concretude das garantias constitucionais erigidas pela carta mandamental em vigor.

A nova concepção de responsabilidade civil, como vimos, passa a valorizar a pessoa ou, no dizer de Soares (2009, p. 23), “se a pessoa humana é o fundamento da existência de todas as ciências, ou, ainda, é a razão de ser do próprio direito, está justificada a análise das repercussões que uma lesão acarreta, diretamente, na pessoa”.

Entendemos que essa evolução fez-se possível em razão da evolução do próprio sistema,

que passa a valorizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Por essa razão, diversos outros institutos também marcaram sua evolução, notadamente aqueles referentes à pessoa humana. Na lição de Dias (2009, p. 11) encontramos a assertiva de que “é necessário adequar a justiça à vida e não ingressar a vida dentro das normas jurídicas, muitas vezes, editada olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade”. Conclui a autora, em outro momento, frisando que

“[...] na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocaria a despatrimonialização e a personalização de institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito” (DIAS, 2009, p. 62).

É sabido que a ordem constitucional emana efeitos sobre o ordenamento jurídico. Em razão disso, seus princípios devem ser observados por todo o ordenamento, os quais indicarão o caminho a ser trilhado pela nova tutela jurídica.

Assim, deve-se destacar que o princípio da dignidade humana, além de fazer parte do rol dos direitos fundamentais, figura como fundamento da República e, juntamente com os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e demais pilares da soberania, forma a base da sociedade e do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve relevar a defesa da pessoa humana em sua plenitude, razão pela qual a proteção contra o dano existencial encontra plena guarida em nosso sistema.

Pensamos ainda que esse reconhecimento não fere a livre iniciativa, pois esta deve ter sua expansão e aceitação, observando, também, limites que respeitem a dignidade humana. O lucro pelo lucro é prejuízo social; o lucro

deve respeitar a finalidade social para gerar sincronismo com o desenvolvimento inclusivo, conforme os ditames da justiça social.¹²

8. Conclusão

Nesta reflexão, discorremos sobre a origem do trabalho humano para demonstrar que de sua evolução decorre a necessidade do descanso como direito natural, e que essa mesma evolução o desprende de sua origem etimológica para alçá-lo como elemento da dignidade humana. Essa nova concepção de trabalho encontra amparo legal e social na perspectiva de acolher o trabalho como elemento de dignificação do homem e da sociedade, além de contribuir para a riqueza nacional. Na ótica da riqueza nacional, não podemos deixar de considerar a livre iniciativa também como elemento da ordem econômica, assim como a valorização do trabalho, mas tudo isso objetivando a existência digna.

Em nome dessa existência social digna devem ser compatibilizados os valores do trabalho e do capital. Não podemos olvidar a necessidade do desenvolvimento econômico, mas este não deve relegar o valor humano e do trabalho humano; deve ter em mira, ao perseguir seus objetivos evolutivos, a dignidade humana e a dignidade do trabalho.

Para tanto, a preservação do meio ambiente do trabalho, em seus mais amplos aspectos, deve evoluir na mesma proporção do crescimento econômico, sob pena de ferir os postulados da justiça social e da dignidade humana.¹³

É forçoso convir que essa convicção não decorre de uma leitura social interna, mas de uma concepção que ultrapassa fronteiras. Este

¹² Ver art. 170, *caput*, da CF/88.

¹³ Art. 170 e inciso IV do art. 1º, postulados do art. 3º, art. 6º, e inciso XXII do art. 7º, todos da CF/88.

é apenas um dos aspectos que demonstram a tendência das aproximações culturais, as quais, observadas as devidas realidades sociais de cada país, com maior frequência constataam as migrações de ideias e conceitos, os quais impactam e criam novos modelos e formas de pensamento, ou, como dissemos, criam novas dinâmicas de vida.

Os novos pensamentos, por sua vez, geram novos anseios sociais, e são estes que impulsionam novos desejos, precipitando novos conceitos, concepções e posicionamentos. Poderia, para fins de reflexão, ser considerada a seguinte indagação: por que, então, no dia 6 de outubro de 1988, tudo isso já não foi reconhecido e aceito e, somente agora, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, têm-se como tranquilos alguns reconhecimentos que na época pareciam impossíveis?

É exemplo claro disso a união estável de pessoas do mesmo sexo, a paternidade socioafetiva, dentre outras tantas situações já mencionadas algures.

A resposta que objetivamos com este trabalho releva a questão cultural, pois não basta o reconhecimento legal, mesmo que constitucional, mas este reconhecimento deve encontrar amparo no espírito dos atores que integram as mais variadas cenas e cenários sociais. Isso deságua em uma situação causticante, que é o reconhecimento de direitos aceitos em outros países, no plano interno, objetivando a concretude dos postulados constitucionais de proteção da dignidade humana, adequando-os, evidentemente, às nossas realidades sociais, cômicos de que a não observância de tais preceitos ocasionam dano à dignidade humana e prejuízo existencial.

Essa reação pode ser constatada quando há violação dos direitos fundamentais que causam danos no modo de ser do indivíduo, nas suas atividades diárias, ou no seu projeto de vida.

No campo do Direito do Trabalho, a conduta que fere a dignidade humana ou do trabalho gera o mesmo efeito por influenciar diretamente a vida diária ou o projeto de vida do trabalhador. É por isso que o dano existencial na relação de emprego está diretamente ligado ao meio ambiente do trabalho; este deve ser salutar, deve respeitar a higidez da saúde do trabalhador em seus aspectos físicos e emocionais, deve propiciar boas condições de trabalho, mas também viabilizar a não frustração do projeto de vida do trabalhador.

O poder diretivo do empregador, que pode, em determinadas situações, extrapolar os limites da empresa e gerenciar a vida do empregado em situações que obviamente tenham conexão com o contrato de trabalho, jamais poderá ser exercido de forma exacerbada, excedendo os limites do razoável e cerceando a liberdade do trabalhador de desenvolver seu projeto de vida ou sua integração social.

Essa exacerbação poderá ser contumaz ou ser desenvolvida por meio de ato único. No primeiro caso, temos as situações que se aproximam do assédio moral, em razão de sua forma reiterada, mas que com este não se confunde em razão da gênese específica de cada instituto, sendo certo também que um não exclui o outro, podendo ocorrer as duas situações. É nesse particular que a evolução da teoria do dano não patrimonial se mostra mais evidente e consistente.

No segundo caso, o dano existencial poderá ocorrer em ato único do empregador com o objetivo de humilhar, prejudicar ou causar mal-estar no empregado, causando dano ao seu projeto de vida ou à sua liberdade existencial, sendo evidente que a situação poderia ser resolvida de outra forma.

O homem tem o direito de determinar suas ações; quando essa liberdade é invadida, ele tem sua dignidade violada. Não podemos

olvidar que a subordinação é da essência da relação de emprego, mas esta também deve evoluir em sua concepção e estar atrelada à observância da dignidade humana e do trabalho.

O reconhecimento do dano existencial, portanto, é uma das formas de proclamar a concretude da tutela à dignidade da pessoa humana, cujo instituto se amolda perfeitamente à relação de emprego.

Para fins de compreensão do problema aqui estudado, elegemos o direito ao descanso como direito natural de todo ser vivente, mas que, para o ser humano, é direito fundamental ligado ao meio ambiente de trabalho e elemento de proteção à existência digna por ser um dos elementos de proteção à vida e à saúde do trabalhador. Sua não observância pode causar mal-estar físico e mental, influenciando em desfavor de outro direito natural, o direito à vida; mas, como também destacamos, este não é o único elemento que causa dano existencial na relação de trabalho, ficando, assim, o convite aos apreciadores da matéria para o seu desenvolvimento.

Sobre o autor

Jair Aparecido Cardoso é professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, doutor em Direito pela PUC-SP e especialista em Direito Tributário pela PUC-Campinas. E-mail: jaircardoso@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

THE RIGHT TO REST AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND A PROTECTION ELEMENT TO THE EXISTENTIAL LAW AND THE WORKING ENVIRONMENT

ABSTRACT: Human work in its current design, distances itself from its etymological origin. The current reality stands out for its freedom and dignity. Aiming at achieving the constitutional legal project, the right to rest also becomes a fundamental right of workers, as a defense element of your existential law and protection of health of the working environment, to maintain liberty itself work. The real search of their dealienation. Motivated by the approach of these institutes in defense of human dignity and labor, took place this reflection.

KEYWORDS: HUMAN LABOR. REST. ENVIRONMENTAL WORK. EXISTENTIAL RIGHT.

¹⁴ Sem revisão do editor.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. *Súmula n. 360*. Tribunal Superior do Trabalho, 21 nov. 2003.

_____. *Súmula n. 394*. Tribunal Superior do Trabalho, 25 abr. 2005.

_____. *Súmula n. 423*. Tribunal Superior do Trabalho, 13 out. 2006.

_____. Processo n. TST-RR-9951000-81.2005.5.09.0009. Relator: Ministro Aloysio Côrrea da Veiga. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 9 jun. 2010.

_____. Processo n. TST-AIRR-1137-93.2010.5.04.0013. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 17 set. 2012a.

_____. *Súmula n. 437*. Tribunal Superior do Trabalho, 27 set. 2012b.

_____. Processo n. TST-AIRR-192700-09.2008.5.02.0465. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJ, 28 out. 2012. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 31 out. 2012c.

_____. [Leis etc.]. *CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012d. (CÓDIGOS 4 em 1 Conjugados).

_____. Acórdão do processo n. RR-727-76.2011.5.24.0002. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DJ, 28 ago. 2013. *Tribunal Superior do Trabalho*, 6 set. 2013a.

_____. Processo n. TST-RR-781-98.2010.5.02.0031. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DJ, 25 set. 2013. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 4 out. 2013b.

CARDOSO, Jair Aparecido. *Contrato realidade no direito do trabalho*. São Paulo: Nacional de Direito, 2002.

_____. *Estabilidade no direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 2008.

DENNY, Ercílio Antonio. *Ética & sociedade*. Capivari: Opinião, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACCHINI NETO, Eugenio. Prefácio. In: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos*. Tradução de Andressa Cunha Cury. São Paulo: M. Limonad, 2003.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). *Rerum novarum*: carta encíclica de sua Santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Laborem Exercens*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1981. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 10 jun. 2015.

- KROHLING, Aloisio. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução de J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Kairos, 1980.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos do homem*. 1948. Disponível em: <http://www.fpce.up.pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- NASH, Laura; MCLENNAN, Scotty. *Igreja aos domingos, trabalho às segundas: o desafio da fusão de valores cristãos com a vida dos negócios*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *A propriedade é um roubo*. Porto Alegre: L&M, 2008.
- SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

O direito à proteção das minorias linguísticas e seu reflexo no sistema educativo de Québec

JORGE LUÍS MIALHE

Resumo: Este artigo pretende estudar alguns aspectos do direito à proteção das minorias linguísticas na província canadense de Québec. Optou-se pelo estudo das políticas públicas destinadas à educação das minorias étnicas e linguísticas francófonas no modelo federativo canadense. O federalismo é usado, reiteradamente, para acomodar a diversidade nacional. Todavia, quanto mais os quebequenses francófonos almejam uma divisão descentralizada de poderes, incluindo o direito à proteção das minorias linguísticas e a organização do sistema educativo, mais os canadenses anglófonos são favoráveis ao fortalecimento do governo central. Nessa perspectiva, o desafio do Estado federal é encontrar o equilíbrio entre centralização e descentralização na gestão distributiva e reguladora dos recursos e dos serviços necessários ao exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Palavras-chave: Direito das minorias linguísticas. Québec. Sistema educativo. Federalismo canadense. Francofonia.

1. Introdução

O presente artigo tem o escopo de analisar alguns aspectos do direito à proteção das minorias linguísticas. Como estudo de caso, pretende examinar, a partir dos seus fundamentos constitucionais, as políticas públicas destinadas à educação das minorias étnicas e linguísticas francófonas na província canadense de Québec, numa perspectiva histórica, política e jurídica.

A província de Québec destaca-se por sua condição de principal bastião da cultura francesa na América do Norte, mantido graças a um

Recebido em 14/8/14
Aprovado em 21/8/14

delicado equilíbrio constitucional estabelecido pelo pacto federativo que oferece aos canadenses de origem francesa a proteção da sua cultura, representada, sobretudo, pela preservação da língua francesa como um dos dois idiomas oficiais do Canadá. Tal condição de minoria linguística de 21,7% da sua população¹ implica a manutenção pelo Estado de um sistema educacional voltado para conservação dessa especificidade cultural e do direito à escolarização das novas gerações no idioma dos seus ancestrais.

Mais recentemente, a proteção jurídica dessa rica experiência de preservação da unidade na diversidade multicultural foi estendida às populações indígenas canadenses, sobretudo aos *inuites*², habitantes do Território de Nunavut, localizado no extremo norte do país. Pelo acordo, os *inuites* passaram a governar uma área equivalente a um quinto da superfície total do Canadá, de maneira tal que as culturas e as tradições aborígenes sejam mantidas e respeitadas.

2. O multiculturalismo e o direito à proteção das minorias

Provavelmente, no âmbito do Direito Internacional, o marco pioneiro da proteção das minorias possa ser considerado a Conferência da Paz, celebrada em Paris em 1919, como conclusão da Primeira Guerra Mundial, que expressamente declarou a igualdade de todos perante a lei, a igualdade dos direitos civis e políticos, a igualdade de tratamento e a segurança das minorias. Coube, sem dúvida, à Sociedade das Nações – SDN o mérito de ter sido a primeira organização internacional que buscou proteger universalmente os direitos fundamentais (LOPES, 2006, p. 55).

¹Dados do censo canadense de 2011.

²Mais conhecidos, no Brasil, como esquimós do Canadá.

O seu órgão judiciário, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) chegou a se manifestar nesse sentido quando emitiu o Parecer Consultivo no caso do acesso à escola das minorias alemãs na Alta Silésia, em território polonês.

Em 24 de janeiro de 1931, o Conselho da SDN decidiu solicitar à CPJI um parecer consultivo, como previsto no artigo 14 do Pacto da SDN, a partir do seguinte questionamento: podem as crianças que foram excluídas das escolas de minoria alemã, na base dos testes de linguagem previstos na Resolução do Conselho da SDN, de 12 de março, 1927, por essa circunstância, serem impedidas de terem acesso a essas escolas? A CPJI, por 11 votos a um, opinou que não.³

Porém, o grande salto qualitativo foi dado apenas em 1966 com a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que, em seu art. 27⁴, estabeleceu a proteção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas. Deve ser observado que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não continha menção expressa a esse tipo de direito, particularmente nos Estados multiculturais.⁵

Em relação ao reconhecimento dos direitos das minorias pelos governos dos Estados, como bem salientou Lopes (2006, p. 55):

³Além disso, conforme observou Beiter (2006, p. 25), em 1924 a SDN adotou a Declaração dos Direitos das Crianças, também chamada “Declaração de Genebra”, que reconheceu implicitamente, em três dos seus cinco princípios operativos, o direito à educação.

⁴“Art. 27. No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (BRASIL, 1992).

⁵A Teoria do Multiculturalismo foi desenvolvida, dentre outros, pelo canadense Will Kymlicka (1996) e “propõe direitos especiais para a reivindicação da cidadania das minorias”, com o objetivo de “contribuir na construção das bases teóricas que permitam o pleno reconhecimento, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários” (LOPES, 2006, p. 55).

“Durante muito tempo, os estados americanos, e outros tradicionalmente considerados estados de imigração, como a Austrália ou o Brasil, ignoraram os direitos das suas nações originárias, fundados na errônea e lamentável concepção de que essas nações ‘não tinham cultura’ ou ‘eram de cultura inferior’, em relação à cultura ocidental. Kymlicka (1996) dirige sua atenção, precisamente, a esses grupos minoritários, as nações originárias, consoante com a definição tradicional de minoria da ONU, que apenas reconhece os grupos com especiais características étnicas, lingüísticas ou religiosas como minorias. Dessa maneira, Kymlicka (1996) dedica sua Teoria do Multiculturalismo a analisar as culturas minoritárias entendidas essas apenas como nações ou povos. Não obstante o autor canadense afirme não desconhecer a existência ou a importância de outros grupos minoritários, como as mulheres, homossexuais, idosos etc., ele tem dirigido sua teoria aos estudos das minorias entendidas como nações, limitação que não prejudica a importância da repercussão das suas propostas na defesa das minorias em geral”.

Na discussão acerca da defesa dos direitos das minorias nos Estados multiculturais, destaca-se o aporte de Kymlicka que distingue dois tipos de Estados multiculturais: os *multinational states* e os *polyethnic states* (KYMLICKA, 1996, p. 11).

Os primeiros são os Estados nos quais coexistem duas ou mais nações devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias desse tipo de Estados são basicamente nações que já existiam originariamente no seu território, passando a (con)viver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos indígenas canadenses, americanos e brasileiros (LOPES, 2006, p. 56).

Os segundos são os Estados onde convivem várias nações devido a um processo de imigração, como os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália. Apesar de os imigrantes não ocuparem terras nativas, podem ser considerados grupos minoritários, com a condição de que se estabeleçam conjuntamente e obtenham competências de autogoverno (LOPES, 2006, p. 56).

A imigração, ressalta Kymlicka (1996, p. 17), não é apenas uma característica dos países do “Novo Mundo”. Muitos outros Estados também receberam imigrantes, não necessariamente com a mesma magnitude dos países americanos. Desde a Segunda Guerra Mundial, o Reino Unido e a França têm admitido imigrantes das suas antigas colônias. Outros países, como a Suécia, acolhem refugiados de várias partes do mundo e, ainda, existem aqueles países que aceitavam trabalhadores temporários que acabaram se transformando em imigrantes de fato, como no caso dos turcos na Alemanha. Em todos esses países, verifica-se o fenômeno da polietnicidade.

Obviamente, um país pode ter ambas as características: ser multinacional (como resultado da colonização, da conquista ou da confederação

de comunidades nacionais) e poliétnico (como resultado da imigração individual ou coletiva). De fato, tais elementos de pluralismo cultural estão presentes em alguns dos maiores países do continente americano: Argentina, Brasil, Canadá e Estados Unidos.

No Canadá, de acordo com Silva e Pereira (2007, p. 200):

“A questão da identidade é de suma importância na história do país. Um quarto da população, notadamente na província de Quebec, tem o francês como língua materna, ainda que haja uma minoria lingüística anglófona com maior poder aquisitivo. Em outras regiões do país, os francófonos formam a minoria. E, ao mesmo tempo, o Canadá tem cidadãos com línguas maternas diferentes de ambas, tendo em vista a imigração dos últimos 40 anos. Além disso, e não menos importante, o país contém o status de aborígine.

[...]

Além do aspecto histórico, há que se ressaltar as características do processo migratório em direção ao Canadá. No meio do século XIX, a onda migratória era formada por anglo-saxões, alemães e irlandeses. No século XX, por eslavos, judeus, entre outros; logo depois da Segunda Guerra Mundial, a presença de italianos, portugueses, poloneses e também alemães foi forte e, finalmente, a mais recente onda migratória, formada por asiáticos, caribenhos e latino-americanos. A maior parte desses imigrantes não tem nem o francês nem o inglês como língua materna e, segundo documentos do início do século XX, eles nunca se tornariam verdadeiros canadenses, porém, os seus filhos teriam a oportunidade de, por meio do sistema público de ensino e a mistura entre os canadenses, tornar-se verdadeiros cidadãos canadenses”.

Entre os grupos minoritários, destaca-se a comunidade francófona da província de Québec, zelosa na defesa do seu sistema educativo.

3. A comunidade francófona e o direito à educação na província de Québec

No recenseamento de 2011, 78,9% dos habitantes da província de Québec declararam o francês como língua materna (CANADÁ, 2011). A maior parte, descendentes dos cerca de 15.000 imigrantes franceses estabelecidos na *Nouvelle France* durante o século XVII. Todavia, uma porção substancial dos *québécois* é anglófona e descende, em grande proporção, dos imigrantes anglo-americanos vindos com a conquista britânica da província de Québec. Após 1763⁶, o ensino começou a dar-se

⁶ Segundo Miller, Vandome e McBrewster (2010, p. 17), com a derrota francesa frente aos ingleses na Guerra dos Sete Anos (1774-1760), oficializada pelo Tratado de Paris em 1763, “la France doit choisir entre sa colonie de Nouvelle-France ou ses colonies des Antilles. La France opte pour les Antilles à cause de la présence de ses ressources naturelles facile-

em inglês como resposta aos anseios desses novos imigrantes (PROULX, 2009, p. 66).

Certas características da rede escolar contemporânea de Québec mergulham suas raízes num passado longínquo. A história tem efeitos estruturantes: as escolas confessionais, as escolas de língua francesa e de língua inglesa, os estabelecimentos públicos e privados, surgidos há mais de dois séculos, ainda influenciam as instituições educacionais do Canadá.⁷ Na *Nouvelle France*, como em todas as sociedades ocidentais, a Igreja assumiu a responsabilidade pela educação.⁸

ment exploitables et aussi parce qu'elle sait est incapable de défendre son immense colonie de Nouvelle-France face aux prospères colonies britanniques". Com a Proclamação Real de 1763, a autoridade britânica intenta obter o controle total sobre Québec e assimilar os colonos franco-católicos. "Cette loi anglaise vise à donner un visage anglais à la Province de Québec. Ainsi on décide d'imposer les lois anglaises aussi bien au civil qu'au criminel. Le gouverneur Murray doit aussi exiger le serment du test qui consiste à renier la religion catholique pour tous ceux qui veulent un poste dans l'administration. Cette mesure vise à écarter les anciens sujets français de tout poste officiel. Il doit de plus encourager l'immigration britannique et favoriser la création d'écoles protestantes".

⁷De acordo com Zanazanian (2008, p. 110), "until 1960s, two different historical narratives were transmitted to French-and English-speaking students in Quebec, both reflecting the collective memories of each group. In general, Francophones were taught *la survivance* or the preservation of their French heritage and Catholic religion, with its accompanying morals and values, while Anglophones were taught about the redemptory magnificence and virtues of the British Empires. [...] This politically sanctioned duality changed with the Quiet Revolution, as did the province's sociopolitical landscape, necessitating reform in how history was taught in schools. As French Canadians in Quebec started to gradually identify themselves as *les Québécois*".

⁸Segundo Proulx (2009, p. 25-27), "dès 1615, les Récollets ouvrent un petit école pour les garçons à Québec. Les Jésuites font le même en 1635 et les Sulpiciens, à Montréal, en 1666. On trouve aussi des écoles de filles: la première est ouvert par les Ursulines à Québec, en 1639; Marguerite Bourgeoys en inaugure une autre à Montréal, en 1657. [...] Bientôt, les petites écoles ne touchent que les enfants des colons. En 1668, on trouve 29 écoles paroissiales rurales dans la colonie, plus celles des Villes. En 1760, Il y a 45 écoles paroissiales pour 110 paroisses. Plusieurs de ces écoles sont tenues par des religieuses de la Congrégation de Notre-Dame. Les jésuites ajoutent progressivement des classes à leur école de Québec jusqu'à offrir toute la formation collégiale en 1649. [...] On le voit, il n'existe pas de structure administrative laïque responsable de l'éducation

No mesmo sentido, as características de uma rede escolar liberal, suscetível de favorecer tanto o bom funcionamento do aparelho político quanto a livre empresa, foram claramente enunciados na década de 1840. Em 1867, logo após a formação da federação canadense, a rede escolar tomou a forma que foi conservada por quase um século, controlada pelas igrejas católica e protestante.⁹ Somente após 1960 o governo provincial de Québec assegurou o seu comando sobre as instituições educativas em nome dos princípios da igualdade de acesso à escola e de uma "melhor preparação para a vida em sociedade" (PROULX, 2009, p. 22).

O sistema educativo quebequense é constituído por um grande número de instituições centralizadas e descentralizadas que agregam mais de um milhão de pessoas. Esse sistema conta com quatro níveis de ensino: o ensino pré-escolar e primário; o ensino secundário e o nível pós-secundário, o ensino colegial e universitário. O sistema está sob a responsabili-

en Nouvelle-France. À tous niveaux, c'est l'Église qui assume cette responsabilité, ici comme ailleurs en Occident". Conforme Miller, Vandome e McBrewster (2010, p. 17), "le droit de fréquenter l'école catholique était garanti par l'Acte de Québec de 1774, protégeant ainsi la totalité de la population de langue française catholique qui vivait dans un pays ou la population anglaise était majoritairement protestante".

⁹Segundo Miller, Vandome e McBrewster (2010, p. 23), o período do governo de Maurice Duplessis como primeiro-ministro de Québec (1945-1960) caracterizou-se por "un ultra-conservatisme social qui fait peu de place à l'intervention de l'État en éducation, en santé et en soutien aux défavorisés, laissant ces sphères au soins des congrégations religieuses; le Québec accumule d'ailleurs un retard important sur le plan de la scolarisation durant la période". Nas décadas seguintes, ainda de acordo com Miller, Vandome e McBrewster (2010, p. 17), "la religion était peu prise en compte depuis les années 1970, l'éducation religieuse pouvant être remplacée par l'enseignement moral au choix des parents. Une modification apporté à la Loi sur l'instruction publique de 1998 a remplacé les commissions scolaires confessionnelles par des commissions scolaires fondées sur la langue et non sur la religion. Depuis l'année scolaire 2008-2009, il n'y a plus de choix de religions et les écoles sont devenus 100% laïques. Le cours de religion a été remplacé, au primaire et au secondaire, par le cours d'Éthique et Culture religieuse, qui fusionne l'enseignement general des grandes Religions ainsi que la morale".

dade do Ministério da Educação, do Lazer e do Esporte. Em nível local, as comissões escolares, os colégios e os estabelecimentos universitários asseguram a organização dos serviços educativos dentro do seu respectivo território (PROULX, 2009, p. 19).

As características das instituições escolares estão vinculadas a certo número de princípios organizadores tais como a idade dos alunos nos respectivos níveis de ensino, o idioma utilizado na educação e o caráter público ou privado da sua administração escolar (PROULX, 2009, p. 19).

As instituições educativas são mantidas graças à vontade da Assembleia de Québec. De acordo com o artigo 93 da Lei Constitucional canadense de 1867, as Assembleias Legislativas provinciais têm competência para legislar em matéria educacional e assegurar o seu financiamento público (PROULX, 2009, p. 47).

A característica dos francófonos no Canadá é, conforme salientam Silva e Pereira (2007, p. 195), a sua concentração geográfica nas seguintes regiões: Québec, Nouveau Brunswick (única província oficialmente bilíngue), Ontário, Manitoba, Île du Prince Édouard e Nouvelle Écosse. Todavia, nos últimos 40 anos, de acordo com estudos sobre o uso das duas línguas pelos canadenses, tem ocorrido um processo de diminuição dos falantes de língua francesa.

As duas principais razões para essa redução são, em primeiro lugar, a queda da taxa de natalidade entre os francófonos em relação aos anglófonos a partir de 1971 e, em segundo lugar, imigrantes de língua inglesa que chegam com frequência ao Canadá.¹⁰ Deve ser ressaltado, ainda, que, dispersos sobre o vasto território

¹⁰No início do século XX até os dias de hoje, chegou ao Canadá grande número de imigrantes pertencentes a outras nações e culturas. De acordo com Zanazanian (2008, p. 112), geralmente os imigrantes adotam a escola de língua inglesa para os seus filhos por duas razões: em primeiro lugar, porque a língua inglesa possibilita maior mobilidade socioeconômica na América do Norte e, em segundo lugar,

canadense, muitas vezes reagrupados em pequenas comunidades rurais isoladas, os francófonos minoritários, ainda que numerosos, caracterizam-se pela fraca densidade demográfica. Assim repartidos, as comunidades e os indivíduos recebem inegavelmente uma grande influência da língua e da cultura majoritária (CORMIER, 2005, p. 3).

No final da década de 1960, a prática da adoção da língua inglesa pelos imigrantes e suas crianças começou a ser questionada. O censo de 1971 indicou que o idioma francês corria grandes riscos: quem imigrava para o Canadá aprendia o inglês, não o francês. Se, em 1951, os franco-canadenses constituíam 83% da população de Québec, em 1971, essa porcentagem começou a cair. “Os alarmistas afirmavam que logo Montréal se transformaria numa cidade de língua inglesa na qual os descendentes dos franceses se sentiriam como estrangeiros” (MORTON, 1989, p. 278).

Em 1968, um conflito eclodiu na escola de Saint-Léonard¹¹, subúrbio de Montréal, porque imigrantes italianos insistiam em enviar os seus filhos a escolas de orientação inglesa. A crise foi responsável, no ano seguinte, pela aprovação da “Bill 63”¹², que consagrou a livre escolha da língua de ensino.

porque os franco-canadenses permanecem mais cautelosos em relação à integração.

¹¹“The school board of Saint-Léonard (Montréal) had insisted that children of immigrants within its jurisdiction receive unilingual French education. Anglophone opposition caused the UNION NATIONALE government to introduce Bill 85, which never passed the parliamentary committee stage. The Gendron Commission was then established to investigate language problems in Québec, but when a compromise proposed by the Saint-Léonard school board trustees led to violent demonstrations, the government reintroduced Bill 63 without awaiting the commission's recommendations” (BILL 63, 1969).

¹²“Bill 63, *Loi pour promouvoir la langue française au Québec* (Nov 1969), required children receiving their education in English to acquire a working knowledge of French and required everything to be done so that immigrants acquired the knowledge of French upon arrival in Québec”.

É necessário esclarecer que a existência das escolas em língua inglesa jamais foi contestada. Discutiu-se, entretanto, o comprometimento da função assimiladora dessas novas correntes migratórias pela escola francófona, pois os imigrantes preferiam inscrever maciçamente os seus filhos em escolas de língua inglesa e integrarem-se à minoria anglófona da província de Québec. Nesse sentido, os francófonos corriam o risco de se tornarem minoritários na capital da província, Montréal.

Porém, em 1974, novos dados estatísticos alarmaram o governo de Québec: mais de 25.000 alunos francófonos e 82,7% dos alófonos¹³, filhos dos imigrantes, estavam frequentando as escolas de língua inglesa. Como reação, o governo liberal de Robert Bourassa sancionou a “Lei 22” (*Bill 22*) que proclamou o francês como a única língua oficial da província de Québec, aboliu a tradicional escolha dos pais entre a escolarização em inglês ou em francês e, para forçar os imigrantes a matricularem seus filhos em escolas de orientação francesa, limitou o acesso à escola de língua inglesa tão somente às crianças que já dominavam aquele idioma e que fossem submetidas a um teste de linguagem (MORTON, 1989, p. 278).

[...] “Bill 63 aroused unprecedented opposition among Québec’s francophone population who believed it was too weak a measure. It was eventually repealed and replaced by the more comprehensive BILL 22” (BILL 63, 1969).

¹³ “Indivíduo cuja língua materna não é a da comunidade em que se encontra” (HOUAISS, 2001). Nesse sentido, é instigante a indagação formulada por Kimlicka (1996, p. 46): “Why francophones should be able to demand court proceedings or education in their mother-tongue at public expense when Greek – or Swahili – speakers cannot. The answer, I have suggested, is that language rights are one component of the national rights of the French Canadians. Since immigrant groups are not national minorities, they are not accorded similar languages rights. [...] The fact that French Canadians are a national minority is essential to understanding why individual francophones have a right to a trial in French, and why a group of francophone parents can demand a French school where numbers warrant, and why the province of Quebec has jurisdiction over education under the federal division of powers”.

Na prática, a “Lei 22” tornou-se inaplicável. A tomada de consciência deste fenômeno engendrou um vivo debate na sociedade canadense, concluído em 1977 com a adoção da Carta da Língua Francesa (CLF), comumente conhecida por “Lei 101” (*Bill 101*). A aprovação da CLF pela Assembleia quebequense fez da língua francesa o idioma oficial de Québec e a língua habitual utilizada nos locais de trabalho,¹⁴ nos meios de comunicação, no comércio, nos negócios¹⁵ e no ensino (PROULX, 2009, p. 66).

Todos os cidadãos estavam sujeitos a essa norma, tanto os quebequenses como os imigrantes. Contudo, excepcionalmente, a lei permitia às crianças da minoria histórica anglo-quebequense realizar os seus estudos em inglês se um de seus pais já tivesse concluído a sua instrução primária em inglês na província de Québec. As disposições transitórias também protegiam os direitos adquiridos daqueles que já haviam iniciado o seu aprendizado em inglês (PROULX, 2009, p. 76).

¹⁴ Na análise de Morton (1989, p. 280), “a *Bill 101* poderia ser absurda ou opressiva ao impor o francês como língua de trabalho, governo e até para as placas das livrarias inglesas, mas os canadenses fora de Québec não eram afetados por isso e nunca tinham demonstrado muita simpatia pela minoria de língua inglesa da província. A própria minoria estava confusa, dividida e amplamente silenciosa. Seus membros mais jovens fizeram as malas. O mesmo ocorreu com muitas companhias com sede em Montréal. Ottawa chegou a pedir para que todas elas ficassem, mas os separatistas se regozijavam em silêncio com o êxodo”.

¹⁵ A propósito, Neathery-Castro e Rousseau (2002, p. 21-22) destacam que: “Prior to this, Québec’s economy was dominated by Canadian and United States corporations embracing an ethnic division of labor – anglophone capital and francophone labor. As a result, the economy ran in English; unilingual French speakers were largely excluded from most middle-class managerial and professional occupations, hindering upward mobility. Québec’s current language policies ensure that French remains the national language, maintaining economic opportunity for the French-speaking working class and the culture producing French-speaking middle class. [...] The market value of French in Québec has improved. Still francophones continue to have less geographic mobility in Canada than anglophones. Thus Québec’s economic development policies focus on attracting ‘mobile capital to immobile francophone workers”.

Duas ideologias diferentes se enfrentavam durante todo esse debate. No âmbito federal, a dualidade canadense originária dos seus povos colonizadores impunha dois princípios: a igualdade das duas línguas oficiais e o direito de mobilidade dos cidadãos através do país. A livre escolha do idioma de ensino em todo o país simbolizava esses mesmos princípios (PROULX, 2009, p. 71).

Para os políticos de Québec, a sociedade a ser construída seria “essencialmente francesa”, como a de Ontário era inglesa. Esse caráter distintivo foi acompanhado do reconhecimento da comunidade anglófona e de suas instituições de ensino. Entretanto, a principal responsabilidade pela integração dos imigrantes em Québec deveria ser, inicialmente, da maioria francesa.

Em 1982, o primeiro-ministro do Canadá, Pierre E. Trudeau, propôs um projeto de Lei Constitucional (*Constitutional Act*)¹⁶ que con-

tou com a aprovação das províncias de língua inglesa e a desaprovação da Assembleia de Québec. Como observou Lopes (2007):

“Nas nove províncias e territórios onde o idioma inglês é predominante, cidadãos cuja língua materna seja o francês têm o direito de mandar seus filhos a uma escola onde se ensine em francês, ou no caso da pessoa que está assistindo a uma escola de ensino fundamental ou médio em francês tem também o direito de continuar assistindo a esse tipo de escola. Da mesma forma, as pessoas cuja língua materna seja o inglês ou assistam a uma escola onde se ensine em inglês terão também o direito de mandar seus filhos a uma escola em inglês ou, se for o caso, de continuar recebendo educação nessa língua. Esse direito, a ser educado em inglês ou francês, será aplicado apenas se na respectiva província existir um número suficiente de pessoas requerendo esse tipo de educação” (LOPES, 2007, p. 14).

É o que se denomina “Cláusula Canadá”. Mais tarde, a Suprema Corte interpretou o artigo 23 da Lei Constitucional¹⁷, reconhecendo o

¹⁶“O Canadá foi criado por uma lei do Parlamento da Grã-Bretanha; consequentemente, não possui uma ‘constituição’ propriamente dita. O documento mais próximo a um texto constitucional seria o Ato da América do Norte Britânica de 1867, pelo qual as províncias coloniais britânicas do Canadá (Alto e Baixo Canadá), Nova Escócia e Nova Brunswick uniram-se para criar o *Dominion* do Canadá. Ainda assim, mesmo sem existir uma ‘constituição’ propriamente dita no direito canadense, a Lei Constitucional de 1982, que figura como anexo ‘B’ da Lei do Canadá de 1982, através da qual a constituição canadense foi finalmente repatriada para o Canadá, define o que é a constituição” (OAS, 2007). Conforme salienta Santos (2007, p. 240), o Ato da América do Norte Britânica de 1867 “criou a federação, as províncias, o Parlamento Federal e as Assembleias Provinciais, dispôs os poderes do governo e garantiu ao Quebec o reconhecimento de seu próprio sistema jurídico. Mas possuía algumas imperfeições, sendo a mais grave a ausência de previsão de um procedimento de reforma desse documento. Além disso, qualquer alteração de ordem constitucional só poderia ser feita pelo Parlamento Britânico. Tal situação só veio a ser alterada no ano de 1982, quando ocorreu, como afirma a doutrina jurídica canadense, a “repatriação” ou “canadianização” de sua Constituição. O Ato Constitucional de 1982 reconheceu 25 documentos como constitucionais, sendo o primeiro o Ato da América do Norte Britânica e o mais recente o próprio Ato de 1982. Além desses, reconheceu treze leis do Parlamento Britânico, sete do Parlamento Canadense e quatro do Conselho Privado Britânico. As grandes alterações foram duas: o fim do poder do Parlamento Britânico sobre a Constituição do Canadá, com a transferência do poder

de reforma da Constituição para o Parlamento Canadense, e o acréscimo, em âmbito constitucional, de uma Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais. Como é possível perceber, a Constituição do Canadá está em constante aperfeiçoamento, não se permitindo ficar estática e correr o risco de não ter mais serventia ao seu povo. A partir de agora vamos analisar as principais alterações promovidas pelo Ato Constitucional de 1982.”

¹⁷“Article 23. (1) Citizens of Canada (a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or (b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province, have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province. (2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language. (3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language

direito das minorias anglófona e francófona de gerir os seus estabelecimentos de ensino primário e secundário na língua de sua preferência.¹⁸

No que concerne aos estabelecimentos de ensino pós-secundários, nenhuma lei indica o idioma no qual deverão ministrar o seu ensino. Aqueles que o fazem em inglês assim procedem por conta da tradição (PROULX, 2009, p. 76).

Quanto ao ensino privado, atualmente ele continua a ocupar um lugar importante em Québec graças, principalmente, a uma legislação que em tudo favorece a garantia de acesso à escola particular.

Em 1966, o relatório Parent¹⁹ afirmava que o ensino privado é um direito que decorre da liberdade de ensinar. O relatório recomendava, entretanto, que os estabelecimentos de ensino particular tivessem uma vocação complementar ao sistema público. Posteriormente, em 1968, a Assembleia Nacional adotou uma primeira lei sobre ensino privado. A partir de então, as instituições educacionais privadas tiveram que obter uma

of the English or French linguistic minority population of a province (a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and (b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds' (CANADÁ, 1982).

¹⁸ Nesse sentido, a título exemplificativo, merece destaque a análise do “leading case” *Mahé v. Alberta*, (1990): “Is a leading decision of the Supreme Court of Canada. The ruling is notable because the court established that section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms requires that parents of the official-language minority in each province have the right either to be represented on the school board, or to have a school board of their own, in order to provide adequate protection for the education rights of their children. Three Edmonton citizens, Jean-Claude Mahé, Angeline Martel and Paul Dubé, were dissatisfied with the quality of the French language schools provided by the Albertan government. In 1982 they submitted a proposal to the Minister of Education for a new French elementary school that would be administered by a committee of parents within an autonomous French school board. The Minister of Education told them that it was not in their policy to make such arrangements and so they suggested they try to do it through the public school board. The board rejected them. Mahé and the others brought an action against the government of Alberta for violating their right to a Francophone-run education system under section 23 of the Charter. The questions before the Supreme Court were: Have the rights of the Francophone population of Edmonton under section 23(2)(b) of the Charter been violated? Do the rights under section 23 include the right to manage and control the schools? If so, what is the nature and extent of the management and control? Does the provincial School Act violate section 23? If so, can it be saved under section 1 of the Charter? Are the rights affected by section 93 of the Constitution Act, 1867, section 29 of the Charter, and section 17 of the Alberta Act? The Court held that section 23 guarantees representation on the school board, and exclusive control over the children’s education with respect to culture; or it can guarantee a separate school board. However, there must be sufficient minority language population to warrant either level of protection. In this particular case, the Court decided representation on an existing school board would be sufficient, and held that this did not interfere with denominational school rights under section 29 of the Charter since it merely affected language. The Court’s unanimous decision was given by Chief Justice Brian Dickson. He began by examining the purpose of section 23 which is to ‘preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures’. The section was intended to be remedial so as to prevent the loss of a minority group’s language and cultural identity and so must be interpreted in light of section 15 and 27 of the Charter” (WIKIPÉDIA, 2015c).

¹⁹ Comissão de inquérito sobre o ensino em Québec, instituída em 1962 e presidida pelo Monsenhor Alphonse-Marie Parent, reitor da Universidade Laval.

autorização cuja emissão depende do respeito a certos critérios de qualidade, sobretudo quanto ao nível dos seus profissionais da educação. Os estabelecimentos escolares privados devem, igualmente, seguir os programas oficiais do Ministério da Educação, do Lazer e do Esporte e aplicar as suas principais disposições acerca do processo pedagógico. Enfim, a lei prevê um generoso regime de subvenções aos estabelecimentos reconhecidos de interesse público. O procedimento atual foi fixado pela lei sobre ensino privado de 1992, que veio substituir aquela adotada em 1968. Os elementos essenciais da lei precedente foram mantidos, sobretudo quando se trata da aplicação e do cumprimento dos programas e do sistema pedagógico. Desse modo, a lei de 1992 indicou uma lista de critérios que o Ministério da Educação, do Lazer e do Esporte deve levar em conta para a atribuição das referidas subvenções, incluindo a fixação de um teto nos valores cobrados pelas instituições privadas (PROULX, 2009, p. 88).

Ao analisarem o aprendizado das línguas oficiais do Canadá e o seu valor simbólico, Silva e Pereira (2007, p. 201) ressaltam que:

“As línguas inglesa e francesa e as religiões protestante e católica, respectivamente, foram protegidas pela constituição no então novo país desde 1867. Apesar disso, segundo os citados autores (Riffel; Levin, 2006), na prática os direitos constitucionais das minorias linguísticas não têm sido respeitados no Canadá como um todo. Eles nos dizem que a comunidade anglófona, economicamente poderosa, tem se desenvolvido na região do Quebec, e, portanto, criado e mantido suas escolas em língua inglesa com financiamento público. Da mesma forma ocorre em New Brunswick, com uma substancial minoria falante do francês, mas em outras partes do Canadá francês as escolas não são tão afortunadas. Manitoba, por exemplo, eliminou as escolas católicas em 1890 e apenas nos últimos 20 anos as escolas puderam oferecer essa língua novamente.

Tal mudança de postura frente às respectivas minorias ganhou espaço em 1982 na nova constituição do país, com o *Charter of Rights and Freedoms*, pelo menos nas escolas públicas, inclusive porque passa a garantir escolas com o ensino em francês para alunos com raízes na francofonia e com língua materna francesa. Para esses autores, a situação dos anglófonos em Quebec hoje é menos insatisfatória do que já foi, e ainda mais satisfatória do que a situação dos francófonos em regiões em que há o predomínio da língua inglesa.

Em suma, no contexto atual canadense de multiculturalidade, encontramos, além da minoria francófona e da primeira geração, os aborígenes, segundo Fasal Kanouté (2002), inúmeros processos de construção identitária das pessoas em situação de migração ou, ainda, de aculturação.”

Nesse cenário de tensões identitárias e de interesses divergentes, buscou-se um mínimo denominador comum para a negociação de uma nova legislação que garantisse a manutenção do francês como idioma oficial da província de Québec amparado pelo sistema educativo.

4. A Carta da Língua Francesa e seus reflexos no sistema educativo

Sancionada em 26 de outubro de 1977, a Carta da Língua Francesa (CLF) substituiu a “Lei 22”²⁰ e reconheceu, de maneira categórica e global, o francês como língua oficial de Québec. A CLF estabeleceu, em termos gerais, o direito de toda pessoa “viver em francês” em Québec. Em seguida, no seu capítulo 3º (artigos 7º a 13), reconheceu o francês como língua da legislação e da justiça na província de Québec (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 886).

A CLF faz referência ao uso da língua francesa na administração e nos organismos públicos, no ambiente de trabalho, no comércio e nos negócios. Todavia, o espírito da lei não é o de tornar o idioma francês a língua exclusiva de Québec. Com efeito, existem várias jurisprudências reconhecendo o direito do uso do idioma inglês nas comunicações do empregador; nos programas de computadores fornecidos aos empregados e o direito de as cidades terem as suas leis redigidas em forma bilíngue. Além disso, a lei sobre o serviço de saúde e os serviços sociais (artigos 15, 348 e 508) prevê que toda pessoa de expressão inglesa tem o direito de receber neste idioma as informações sobre o acesso aos seus programas e serviços (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 886).

As disposições originais da Carta da Língua Francesa impuseram o “unilinguismo” francês aos avisos públicos e à publicidade comercial. Todavia, tais disposições foram julgadas contrárias à liberdade de expressão contemplada nas Cartas de Direitos e Liberdades do Canadá²¹ e de Québec.²² As mesmas disposições foram julgadas contrárias ao

²⁰ “Cette loi adoptée par le Parlement québécois en 1974 voulait identifier les secteurs où il paraissait nécessaire que la loi intervienne, notamment au sujet de l'accès à l'école de langue anglaise, des entreprises, du commerce et des affaires. La Loi sur la langue officielle faisait du français la langue officielle au Québec, tout en accordant aux anglophones les droits qu'ils avaient toujours historiquement obtenus. La loi 22 voulait intégrer les allophones à la culture francophone en apprenant le français. Signalons que la Loi sur la langue officielle constituait le premier effort d'un gouvernement québécois pour rendre officielle la langue française, dans la province. Aujourd'hui abrogée, cette loi n'a qu'une valeur historique” (QUÉBEC, 1974).

²¹ No Canadá, os governos, tanto federal quanto os provinciais ou territoriais, protegem os direitos e liberdades da pessoa. A Declaração Canadense de Direitos, adotada em 1960, foi a primeira lei federal a anunciar expressamente os direitos fundamentais dos canadenses. A Lei Canadense dos Direitos da Pessoa (LCDP), adotada originalmente em 1977, protege igualmente os direitos da pessoa, notadamente nos campos do emprego e da habitação. Contrariamente à Declaração Canadense de Direitos, a LCDP aplica-se não apenas ao governo federal, mas também ao setor privado nas áreas regulamentadas diretamente por ele, como, por exemplo, nas operações bancárias. Todas as províncias e territórios possuem igualmente leis sobre os direitos da pessoa.

²² Aprovada em 27 de junho de 1975, entrou em vigor em 28 de junho de 1976. Maiores detalhes sobre a história da Carta disponíveis em: <<http://www.cdpcj.qc.ca/35ans/Pages/Default.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

direito de igualdade, garantida pela Carta dos Direitos e das Liberdades de Québec (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 887).

O capítulo 8º da Carta da Língua Francesa enuncia, inicialmente, o princípio pelo qual o ensino em Québec deve ser oferecido em francês para as classes maternas e nas escolas primárias e secundárias. Inicialmente, a CLF limitava o acesso à escola inglesa apenas às crianças cujos pais assim o haviam requerido e que tiveram em Québec, por conta de certos direitos adquiridos, o ensino primário em inglês. A “Cláusula Québec”, contida na linha 73A da CLF, impedia as pessoas vindas de outras províncias e de outros países de terem acesso à escola de língua inglesa. Porém, a “Cláusula Québec” foi julgada inválida na medida em que era incompatível com a “Cláusula Canadá”²³

²³ “Clause Canada/Clause Québec: La Cour suprême du Canada a implicitement reconnu que l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés avait été adoptée pour empêcher le Québec de recourir à l'unilinguisme territorial avec la Charte de la langue française. À l'origine, l'article 73 de la Charte de la langue française, adoptée en 1977 par le parlement de Québec, prévoyait que seuls les enfants dont le père ou la mère avaient reçu un enseignement en anglais au Québec avaient le droit de fréquenter l'école anglaise au Québec. Or, le 26 juillet 1984, la Cour suprême du Canada déclara que la 'clause Québec' (l'école anglaise uniquement pour les enfants dont les parents ont fréquenté l'école anglaise au Québec) était inconstitutionnelle, et ce, rétroactivement, parce qu'elle était contraire à la Charte des droits et libertés (adoptée en 1982). Le paragraphe 23.2 de la Charte canadienne oblige, rappelons-le, toutes les provinces canadiennes à donner un enseignement en français ou en anglais à tout enfant dont les parents ont reçu un enseignement en français ou en anglais au Canada: Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. Depuis juillet 1984, il faut lire au Canada plutôt que au Québec, le paragraphe a) devient ainsi: a) les enfants dont le père ou la mère a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, et non plus au Québec. La Loi constitutionnelle de 1982 a en effet remplacé ce qu'on a appelé la 'clause Québec' par la 'clause Canada'. De même pour le paragraphe c), il faut, depuis 1984, lire Canada au lieu de Québec, ce qui devient: c) les enfants qui recevaient légalement l'enseignement en anglais dans une école publique du Canada (et non plus Québec) avant l'adoption de la loi. Ainsi, la 'clause Canada' a définitivement remplacé la 'clause Québec' dans le système scolaire québécois” (CLAUSE, s.d.).

estabelecida no artigo 23 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Em 1993, a Carta da Língua Francesa foi modificada para se ajustar ao texto constitucional federal. Nessa ocasião, a CLF indicava que “a maior parte” do ensino primário ou secundário recebido no Canadá é que condicionava a admissibilidade à escola inglesa em Québec. A Suprema Corte do Canadá julgou que esta indicação é compatível com o parágrafo 2º do artigo 23 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades²⁴, dando-lhe um sentido mais qualitativo que quantitativo: a Corte examinou “se existe uma prova de engajamento autêntico na língua ensinada à minoria”, sublinhando que não é suficiente que uma criança seja inscrita apenas em algumas semanas ou alguns meses em um determinado programa escolar ministrado no idioma desta minoria. O objetivo manifesto do constituinte era proteger as minorias de língua, inglesa ou francesa. A interpretação da Suprema Corte tendeu, antes de tudo, a ver neste artigo 23 os direitos, individuais.²⁵

²⁴ “Article 23.(1) Citizens of Canada (a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or (b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province, have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province. (2) *Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.* (3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province (a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and (b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds” (CANADÁ, 1982, grifo nosso).

²⁵ Tal decisão, na avaliação de Brun, Tremblay e Brouillet (2008, p. 889), é suscetível de multiplicação de litígios.

Em 2002, a Carta da Língua Francesa foi novamente modificada para estabelecer que, para garantir o direito de acesso à escola de língua inglesa, não seria considerado o ensino em inglês obtido em Québec numa escola privada não subvencionada²⁶ e, tampouco, o ensino recebido em inglês em virtude de uma autorização particular (motivada por sérias dificuldades de aprendizagem, permanência temporária ou grave situação de ordem familiar ou humanitária). Esses dois tipos de exclusão foram julgados contrários ao artigo 23 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá pela Corte Suprema que decidiu que as exclusões não eram justificadas nos termos do artigo 1º da Carta canadense. Por seu turno, a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) julgou que o número de crianças visadas por uma autorização particular seria pouco significativa e que não haveria ameaça ao equilíbrio linguístico de Québec. Ademais, levou em consideração a sobrevivência da comunidade anglófona em Québec. Curiosamente, este último argumento foi retomado pelo Juiz Hilton²⁷, que declarou que a maioria francófona de Québec, no contexto da América do Norte, estaria ameaçada e que ela teria o direito de se proteger por meios razoáveis. Finalmente, a Suprema Corte do Canadá reconheceu a livre escolha da língua de ensino em Québec e julgou que a Carta da Língua Francesa não é discriminatória pelo fato de impedir os membros da maioria francófona de terem acesso à escola inglesa²⁸ (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 889).

²⁶“Article 78.2. Nul ne peut mettre en place ou exploiter un établissement d’enseignement privé, ni modifier l’organisation, la tarification ou la dispensation de services d’enseignement, dans le but d’éluider l’application de l’article 72 ou d’autres dispositions du présent chapitre régissant l’admissibilité à recevoir un enseignement en anglais. *Est notamment interdite en vertu du présent article l’exploitation d’un établissement d’enseignement privé principalement destiné à rendre admissibles à l’enseignement en anglais des enfants qui ne pourraient autrement être admis dans une école d’une commission scolaire anglophone ou un établissement d’enseignement privé anglophone agréé aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l’enseignement privé (chapitre E-9.1)*” (QUÉBEC, 1974, grifo nosso).

²⁷“Mr. Justice Hilton was born in Montreal on June 18, 1949 to Catherine Ross and Allan L. Hilton. He graduated with a Bachelor of Arts degree from Sir George Williams University (now Concordia University) in 1970, and during the 1969-1970 academic year, he was a member of the University’s Board of Governors as a student representative. [...] He obtained a B.C.L. degree in 1973 and an LL.B. degree in 1974, both from McGill University. Mr. Justice Hilton was appointed to the Superior Court on January 29, 1998, and he was elevated to the Court of Appeal on September 26, 2003.” Disponível em: <http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/English/About/Judges/current/bios/HiltonAR_en.html>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁸“File No.: 29298. 2004: March 22; 2005: March 31. Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ. ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC [...] *Implementation of Minority Language Instruction in Quebec*. The purpose of s. 23 is the protection and promotion of the minority language community in each province. Section 23 is of prime importance given ‘the vital role of education in preserving and encouraging linguistic and cultural vitality. *It thus represents a linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism*’ (Mahe, at p. 350). Section 23 achieves its purpose by ensuring that the English community in Quebec and the French communities of the other provinces can flourish. As this Court said in Mahe, at p. 362, ‘[t]he section aims at achieving this goal by granting minority language educational rights to minority language parents throughout Canada.’ [...] In Mahe, at p. 372, our Court

Para a sua melhor execução, a Carta da Língua Francesa instituiu o Escritório Quebequense da Língua Francesa²⁹ e uma comissão a ele vinculado. Entre as suas atribuições, o escritório auxilia a aprovar e a elaborar programas de afrancesamento (*francisation*) dos organismos da administração e das empresas. Para assegurar o respeito à Carta, o Escritório exerce as funções da antiga Comissão de Proteção da Língua Francesa, com o poder de efetuar inspeções e pesquisas, agindo por sua própria iniciativa ou quando solicitado. Enfim, a Carta instituiu um Conselho Superior da Língua Francesa para orientar o Ministro responsável sobre toda questão relativa à língua francesa em Québec (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 890).

5. Considerações finais

Na província de Québec, o aprendizado das duas línguas oficiais do Canadá é obrigatório. Todavia, é mais acentuada a conservação da língua francesa.

explained the importance of retaining control in the hands of the minority: Furthermore, as the historical context in which s. 23 was enacted suggests, *minority language groups cannot always rely upon the majority to take account of all of their linguistic and cultural concerns*. Such neglect is not necessarily intentional: the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority. A provincial government that provided equal access to all citizens to minority language schools would not be 'do[ing] whatever is practically possible to preserve and promote minority language education' (Arsenault-Cameron, at para. 26). In short, as Dickson C.J. observed in *Mahe*, at p. 369: ... it would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to 'every individual'. Practical reasons as well as legal principle support the conclusion that s. 23 minority language education rights cannot be subordinated to the equality rights guarantees relied upon by the appellants. V. Conclusion: *For the reasons outlined above the appellants have no claim to publicly funded English language instruction in Quebec*" (QUÉBEC, 2005, grifo nosso).

²⁹ *Office québécois de la langue française*. Site oficial: <<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/>>.

Há mais de 40 anos a questão das línguas nacionais está no centro das preocupações constitucionais do Canadá. As tensões políticas que ela provocou constituíram um fator determinante da vontade do governo federal de preservar as garantias linguísticas das minorias. Infelizmente, conforme a análise de Brun, Tremblay e Brouillet (2008, p. 890) as intervenções federais na matéria foram viciadas sob dois planos cruciais: em primeiro lugar, não se reconheceram no domínio linguístico as necessidades específicas de Québec, onde se encontra a única maioria francófona do Canadá; maioria que, ao mesmo tempo, concentra a principal minoria do Canadá e cuja sobrevivência é problemática. Em segundo lugar, a minoria francófona do Canadá deve poder manter o seu espaço onde seja possível "viver em francês", assim como os anglófonos podem "viver em inglês" no restante do país. O exercício dessa prerrogativa, na sua plenitude, está vinculado ao direito de obtenção e manutenção de serviços essenciais na sua própria língua, inclusive aqueles de caráter educacional.

A longo prazo, a melhor solução para as dificuldades da minoria francófona do Canadá, de acordo com Brun, Tremblay e Brouillet (2008), deverá respeitar o princípio da territorialidade, inspirado nas "zonas de segurança linguística" adotadas pela Suíça e pela Bélgica. No Acordo constitucional do Lago Meech³⁰, realizado em 1987, surgiu a ideia de que o Canadá francófono é geograficamente concen-

³⁰ "L'accord du lac Meech était un projet de réforme constitutionnelle au Canada visant à convaincre le Québec de signer la Loi constitutionnelle de 1982. L'accord, conclu entre les provinces et le gouvernement fédéral en 1987, comprenait cinq modifications constitutionnelles visant à répondre aux demandes du Québec. Les modifications exigeaient la ratification unanime des 11 gouvernements du Canada (10 provinces et le fédéral) dans un délai de 3 ans (1987-1990) pour entrer en vigueur. Toutes les provinces signèrent l'accord, mais deux assemblées législatives ne ratifièrent pas la modification avant l'échéance du délai" (WIKIPÉDIA, 2015a).

trado e, no Acordo de Charlottetown³¹, de 1992, a província de Québec passou a compreender “uma maioria de expressão francesa”. Esses dois projetos de reforma constitucional ajustados entre o parlamento e o governo de Québec tiveram o papel de proteger e de promover uma sociedade distinta que se encontra legitimamente vinculada à Carta da Língua Francesa.³²

O problema é que essas cláusulas de interpretação associaram princípios concorrentes, senão contraditórios. Todavia, no âmbito das disposições relativas à imigração, ambos os Acordos melhoraram as perspectivas de renovação da francofonia canadense. O Acordo de Charlottetown estabeleceu, ainda, um mecanismo especial para a adoção de projetos de leis federais atribuindo uma importância particular à língua e à cultura francesa do Canadá (BRUN; TREMBLAY; BROUILLET, 2008, p. 891).

O federalismo é usado, reiteradamente, para acomodar a diversidade nacional. Porém, uma das dificuldades no sistema federativo é a busca do equilíbrio entre centralização e descentralização. Quanto mais os quebequenses francófonos almejam uma divisão descentralizada de poderes, mais os canadenses anglófonos são favoráveis ao fortalecimento do governo central. Assim, um dos desafios mais importantes para o Canadá é encontrar uma forma aceitável de “federalismo assimétrico” que busque acomodar as suas minorias (KYMLICKA, 1996, p. 46).

Apesar das dificuldades, conclui Munari (2007, p. 140), “o federalismo assimétrico canadense é uma resposta positiva à diversidade existente naquele país” e tal característica tem conferido alguma “eficácia aos dispositivos relativos à educação, quer constitucionais, quer infraconstitucionais”.

Como bem salientou Stavenhagen (2006, p. 215), numa sociedade multinacional e poliétnica, tal como o Canadá ou o Brasil, é necessário reafirmar que os direitos humanos de segunda geração “exigem um

³¹ “Contrairement à l’Accord du lac Meech, le processus de l’Accord de Charlottetown était un référendum national. Trois provinces, la Colombie-Britannique, l’Alberta et le Québec avaient récemment adopté des lois obligeant tous les amendements constitutionnels à être soumis par référendum. De plus, à la suite des négociations de Charlottetown, le premier ministre du Québec d’alors, Robert Bourassa, a affirmé qu’il tiendra un référendum soit sur un nouvel accord constitutionnel ou soit sur un Québec indépendant. La Colombie-Britannique et l’Alberta ont accepté de participer au référendum fédéral, mais le Québec a choisi de faire son propre vote séparé. (Pour cette raison, les Québécois vivant temporairement à l’extérieur du Québec avaient la possibilité de voter deux fois, et ce, légalement). L’accord ne devait pas seulement être approuvé par une majorité de citoyens, mais aussi par la majorité des électeurs de chaque province. Si une seule province n’obtenait pas une majorité de ‘50 % + 1 vote’, l’accord ne serait pas adopté” (WIKIPÉDIA, 2015b).

³² De acordo com Proulx (2009, p. 74), a Carta da Língua Francesa teve um efeito determinante na década de 1960 nos níveis secundário e colegial e seu impacto foi observado nos dados de uma pesquisa realizada em 2008: mais de 80% dos estudantes alófonos estavam matriculados em escolas de língua francesa na província de Québec.

Estado 'ativo', que seja responsável, redistributivo e regulador, e que forneça os recursos e os serviços necessários para o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais. Quando o Estado abdica de suas responsabilidades nessa área, são reduzidas as condições para o pleno exercício desses direitos”.

Finalmente, o estudo crítico sobre o direito à proteção das minorias linguísticas e a experiência do sistema educativo de Québec podem, de alguma forma, nos inspirar na formulação de políticas públicas voltadas para o resgate da dignidade das minorias étnicas e linguísticas constitutivas da sociedade brasileira.³³

Sobre o autor

Jorge Luís Mialhe é doutor, mestre e bacharel pela USP. Pós-doutorado nas universidades de Paris e Limoges. Professor da UNESP/Rio Claro e da UNIMEP/Piracicaba.
E-mail: profmialhe@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁴

THE RIGHT TO PROTECTION OF LINGUISTIC MINORITIES AND ITS REFLECTION IN THE EDUCATION SYSTEM OF QUÉBEC

ABSTRACT: This paper intends to study some aspects of the right to protection of linguistic minorities in the Canadian province of Quebec. We opted for the study of public policies meant for education of ethnic and linguistic Francophone minorities in the federal Canadian model. Federalism is used, repeatedly, to accommodate national diversity. However, the more francophone Quebecers long for a decentralized division of powers, including the right to protection of linguistic minorities and the organization of the educational system, more English-speaking Canadians are in favor of strengthening the central government. From this perspective, the challenge of the federal state is finding the balance between centralization and decentralization in the distributive and regulatory management of resources and services necessary to the exercise of economic, social and cultural rights.

KEYWORDS: LAW OF LINGUISTIC MINORITIES. QUÉBEC. EDUCATIONAL SYSTEM. CANADIAN FEDERALISM. FRANCOPHONIE.

³³ Conforme preceitua o artigo 231 da Constituição Federal; as disposições do Decreto nº 26, de 4 de fevereiro de 1991 e os artigos 21 a 26 da Convenção nº 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 1966.

³⁴ Sem revisão do editor.

Referências

BASTARACHE, Michel; DOUCET, Michel (Ed). *Les droits linguistiques au Canada*. 2. ed. Cowansville, Québec: Éditions Yvon Blais, 2004.

BAUER, Julien. *Le système politique canadien*. Paris: PUF, 1998.

BEITER, Klaus Dieter. *The protection of the right to education by International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

BILL 63. *The Canadian Encyclopedia*. Canadá, 1969. Disponível em: <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/en/article/bill-63/>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992.

BRUN, Henri; TREMBLAY, Guy; BROUILLET, Eugénie. *Droit constitutionnel*. 5. ed. Cowansville, Québec: Éditions Yvon Blais, 2008.

CANADÁ. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

CANADÁ. Statistics Canada. *Census release topics and dates*. 2011. Disponível em: <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/rt-td/index-eng.cfm>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

_____. *Langue maternelle (répartition en pourcentage), Canada, provinces et territoires, Recensement de 2011*. 2011. Disponível em: <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/lang-tab-fra.cfm>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

CLAUSE Canada/Clause Quebec. Canadá, s.d. Disponível em: <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/quebec_clause-Canada.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CORMIER, Marianne. *La pédagogie en milieu minoritaire francophone: une recension des écrits*. Moncton, Canadá: Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants/Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, 2005. Disponível em: <<http://www.ctf-fce.ca/Research-Library/La-pedagogie-en-milieu-minoritaire-francophone-une-recension-des-ecrits.pdf>>. Acesso em 5 jun. 2015.

HAMELIN, Jean.; PROVENCHER, Janet. *Brève histoire du Québec*. Québec: Boréal, 1997.

HOUAISS, Antonio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANOUTÉ, Fasal. *Familles québécoises d'origine immigrante*. Montréal: Les Presses de l'Universitaires de Montréal, 2011.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

LIGA DAS NAÇÕES. Parecer consultivo. Disponível em: <http://www.icjci.org/pcij/serie_AB/AB_40/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

LOPES, Ana Maria d'Ávila. A carta canadense de direitos e liberdades. *Pensar*, Fortaleza, p. 7-16, abr. 2007. Edição Especial.

_____. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev. 2006.

MILLER, Frederic P.; VANDOME, Agnes F.; McBREWTER, John (Ed.). *Système d'Éducation Québécois*. Mauritius: Alphascript Publishing, 2010.

MORTON, Demond. *Breve história do Canadá*. Tradução de Luiz Roberto de Godoi Vidal. São Paulo: Alfa-Omega, 1989.

MUNARI, Márcia Maria Corrêa. Uma visão sobre o federalismo constitucional canadense. In: GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves. *Estudos de Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 120-142.

NEATHERY-CASTRO, Jody; ROUSSEAU, Mark. Quebec, francophonie and globalization. *Quebec Studies*, v. 32, p.15-35, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Origens do direito canadense*. Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal e Extradicação, 2007.

PROULX, Jean-Pierre. *Le système éducatif du Québec: de la maternelle à l'université*. Montréal: Chenelière, 2009.

QUÉBEC (Province). *Loi sur la langue officielle (loi 22)*. Québec, 1974. Disponível em: <<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/quebec-loi-1974.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. *Gosselin (tutor Of) V. Quebec (A.G.)*. [File n. 29298]. Québec, 31 mar. 2005. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/2215/1/document.do>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

SANTOS, Sandro Schmitz. Direito canadense: algumas particularidades. *Interfaces Brasil/Canadá*. Canoas, UNISALE, v. 7, n. 7, p. 233-250, 2007. Disponível em: <<http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/interfaces/article/view/731>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

SILVA, Nilce da.; PEREIRA, Luzia Estevão. Diálogo entre Brasil e Canadá: colonização, identidade e aprendizado das línguas oficiais na instituição escolar. Canoas, *Interfaces Brasil/Canadá*. v. 7, n. 7, p. 195-212, 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/interfaces/article/view/729/559>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Direitos indígenas: alguns aspectos conceituais. In: JELIN, Elizabeth e HERSHEBERG, Eric. (Org.) *Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. São Paulo: EDUSP, 2006.

ZANAZANIAN, Paul. Historical consciousness and the “French-English” divide among Québec history teachers. *Canadian Ethnic Studies*. v. 40, n. 3, p. 109-130, 2008.

WIKIPÉDIA. *Accord du lac Meech*. Disponível em : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Accord_du_lac_Meech>. Acesso em: 18 jun. 2015a.

_____. *Accord de Charlottetown*. Disponível em : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Accord_de_Charlottetown>. Acesso em: 18 jun. 2015b.

_____. *Mahe v Alberta*. Disponível em : <https://en.wikipedia.org/wiki/Mahe_v_Alberta>. Acesso em: 18 jun. 2015c.

A contribuição da vítima para a solução do conflito criminal nos processos de competência dos juizados especiais

IVAN LUIZ DA SILVA

GUSTAVO ATAIDE FERNANDES SANTOS

Resumo: No Processo Penal, a vítima desempenha diferentes papéis, desde o de mero elemento informativo até o de um legitimado para atuar no polo ativo. Com o advento da Lei nº 9.099/95, criou-se para ela uma nova forma de atuação, em consequência da adoção do sistema consensual e da preocupação com a reparação dos danos, estatuiu-se, para tanto, não só os juizados especiais criminais, como também institutos despenalizadores, os quais conferiram à vítima papel de agente colaborador na solução dos conflitos criminais. Nessa senda, o objetivo deste artigo é abordar as inovações do papel da vítima na solução do caso criminal e confrontar dispositivos legais e realidade, analisando, em particular, o funcionamento dos juizados especiais de Maceió, Alagoas, nos anos de 2009 e 2010.

Palavras-chave: Crime. Vítima. Vitimodogmática. Transação penal. Juizados Especiais Criminais.

Introdução

O presente artigo busca contribuir para a reflexão acerca do papel da vítima, sujeito passivo do crime, para a solução do conflito criminal levado ao poder judiciário. Qual o posicionamento da vítima no sistema criminal? Quais as disposições legais brasileiras acerca da atuação processual da vítima? Como se organizam os juizados especiais criminais para a promoção da solução dos conflitos penais com atuação da vítima? Esses juizados especiais estão atendendo às suas finalidades, principal-

Recebido em 30/7/14
Aprovado em 26/11/14

mente a de reparação dos danos como critério de solução dos casos concretos?

Considerando a nova realidade processual penal e a escassez de debate em torno do tema nos meios acadêmicos, procuramos focalizar, neste texto, alguns aspectos de interesse para a questão. Inicialmente, aborda-se brevemente o conceito de vítima na perspectiva da vitimologia e o desenvolvimento de uma nova área das ciências criminais, a vitimodogmática, que busca esclarecer a contribuição da interação entre vítima e agressor para a gênese do delito, com vistas a encontrar uma solução mais justa para o litígio penal. Em seguida, apresentam-se as diferentes formas de participação da vítima no sistema processual criminal brasileiro e as inovações do papel da vítima na solução do caso criminal sob a égide da Lei nº 9.099/95. Finalmente, com vistas a confrontar dispositivos legais e realidade, analisamos o funcionamento dos juizados especiais de Maceió, Alagoas, nos anos de 2009 e 2010.

Para a elaboração deste artigo, recorreu-se a levantamento bibliográfico e a consulta de publicações nacionais e estrangeiras da área de Direito Penal e Criminologia, à análise de textos legislativos e a documentos oficiais dos juizados especiais criminais da comarca de Maceió, capital do Estado de Alagoas.

1. O conceito de vítima, a vitimologia e a vitimodogmática

Conceituar vítima não é uma tarefa simples, tendo-se em vista a diversidade de pontos de vista e contextos.

Com efeito, na criminologia o estudo da vítima deu origem a uma nova área de investigação criminológica denominada vitimologia. Assim, pode-se conceituar vitimologia como a “ciência que procura estudar a personalidade da vítima sob os pontos de vista psicológico e

sociológico na busca do diagnóstico e da terapêutica do crime e da proteção individual da vítima” (FERNANDES, 2002, p. 546).

Para a vitimologia, a vítima seria não só aquele que tem seu bem jurídico diretamente afetado por uma ação criminosa, como também aquele que sofre algum tipo de consequência do ilícito penal. Assim, não haveria necessidade de que um direito fundamental seu seja violado diretamente pelo delinquente, bastando que sofra, direta ou indiretamente, algum tipo de prejuízo (CÂMARA, 2008).

É segundo esse parâmetro vitimológico que a Declaração sobre os Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, promulgada pela ONU em 1985, define vítima:

“1. Entendem-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como ‘vítima’, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo ‘vítima’ inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima directa e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização” (NAÇÕES UNIDAS, 1985).

Contudo, há autores que tratam restritamente o conceito de vítima no âmbito penal, definindo-a como “somente aquele ente físico, jurídico ou coletivo que sofre uma agressão a um bem jurídico seu tutelado pelo Direito Penal” (JORGE, 2005, p. 18).

Interessante ainda é a posição de Frederico Marques (2002), que propõe outra distinção, a de vítima e prejudicado, em que a primeira seria a pessoa sobre quem recai a conduta do infrator, ou seja, que tem seu bem jurídico violado, enquanto o segundo seria todo aquele que sofre alguma consequência patrimonial com a realização do delito.

O Código de Processo Penal dispõe que o titular da ação penal privada e do direito de representação nas ações penais públicas condicionadas é o ofendido, referindo ainda que, em caso de morte, a titularidade passaria, sucessivamente, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 24, §1º). Assim, para o referido diploma legal, a vítima seria o titular do bem jurídico violado, tendo aquelas pessoas a legitimidade de substituí-la em sua ausência.

Do ponto de vista do direito processual penal e para o objetivo deste trabalho, entende-se que um conceito amplo como o dado pela vitimologia não poderia ser adotado, haja vista o grande número de pessoas que poderiam vir a participar do processo. Assim, há de se considerar aqui que a vítima é o específico titular do bem jurídico violado com a ação criminosa, bem como aqueles que têm alguma relação com esse sujeito e sofrem imediatamente as consequências do ilícito (BARROS, 2008).

Diferentemente da vitimologia, a vitimodogmática, embora tenha objeto de estudo similar ao da primeira, tem uma abordagem diversa no estudo da vítima. Enquanto a vitimologia acena para a vítima com uma abordagem mais empírica, buscando observar a relação da vítima e do criminoso sob a ótica biológica, psicológica e social, a fim de identificar as causas do fenômeno criminal e amparar a vítima das consequências do ilícito, a vitimodogmática aborda a vítima sob o prisma da dogmática, valendo-se dos estudos da interação entre a vítima e criminoso para geração do fato criminoso no intuito de definir as consequências jurídicas no âmbito do direito penal.

Criada a partir da necessidade de modificar a simplória visão do fenômeno criminal, que considerava de um lado a vítima, um sujeito totalmente inocente, e de outro o criminoso, sujeito de caráter maléfico e totalmente responsável pelo crime, a vitimodogmática busca estudar a interação entre a vítima e o criminoso, a fim de delinear a importância de suas ações, sobretudo da primeira, para a gênese do crime.

Utilizando-se aqui do entendimento de Ana Isabel Pérez Cepeda (2003), tem-se que a vitimodogmática parte do pressuposto de que muitas vezes a vítima contribui, de forma intencional ou acidental, para sua própria vitimização, o que colocaria em cheque a necessidade e o merecimento da tutela que o ordenamento jurídico lhe confere.

Nesse sentido, Alessandra Orcesi P. Greco (2004) explica que, nos primeiros estudos encetados sobre o prisma da vitimodogmática, atentou-

-se para o crime de estelionato, no qual, não raras vezes, a vítima seria a pessoa que tentaria inicialmente dar o golpe no ofensor, mas que, por seu infortúnio, acaba sendo enganada.

Vê-se, portanto, que a vitimodogmática busca estudar o crime, tomando como foco a interação entre a vítima e o criminoso, com base na premissa de que nem sempre a vítima é sujeito neutro para o advento do crime e do fato típico contra si.

Nesse contexto, vale citar algumas palavras de Edgar Moura Bittencourt acerca da participação da vítima para o acontecimento do fato criminoso. Vejamos:

“A participação da vítima pode consubstanciar-se em qualquer cooperação, consciente ou inconsciente, direta ou indireta, atual, recente ou remota, para a prática do fato típico. Pode consubstanciar-se ainda na cooperação apenas para qualificar ou agravar o delito. A provocação é a participação por excelência; direta acompanhada de agressão, em certas condições, chega a compor em prol do agente a justificativa da legítima defesa” (BITTENCOURT, E., 1976, p. 83).

É importante ressaltar que a vitimodogmática não busca estabelecer uma coculpabilização da vítima para geração do fenômeno criminoso, mas tão somente estabelecer um critério mais justo para a aplicação da pena, a qual muitas vezes, com base numa análise vitimodogmática, pode ser desnecessária.

De fato, a vitimodogmática se baseia no princípio da *ultimaratio*, segundo o qual se busca analisar a necessidade e o merecimento da vítima da tutela penal, trazendo reflexos, em consequência, no momento da aplicação da pena.

Em muitos casos, a própria vítima poderia ter protegido seu bem jurídico, ou mesmo ter evitado colocá-lo em uma situação de risco e, se assim não o faz, contribui para a ocorrência do

crime. Diminui-se, portanto, a culpabilidade do ofensor e, destarte, atenua-se a futura eventual sanção a lhe ser aplicada pelo crime praticado.

Algumas correntes, dentro da vitimodogmática, defendem a própria exclusão da responsabilidade do autor nos casos em que o desleixo da vítima com seu próprio bem jurídico foi tamanho, que geraria uma autorresponsabilidade pelo advento do delito. Essa orientação se baseia na ideia de que a vítima possui seus próprios meios de defesa de seu bem jurídico e que poderia fazer uso deles para protegê-lo, o que gera a autorresponsabilidade. Assim, entraria em cena o princípio da subsidiariedade do direito penal, não devendo esse ramo jurídico intervir quando outras instâncias formais forem potencialmente capazes de proteger bens jurídicos e também houver possibilidades privadas de proteção (AMARAL, 2005).

Para essa doutrina, existiriam dois tipos de delito: os de relação e os de intervenção. Os primeiros derivariam de uma interação entre a vítima e o ofensor, enquanto os segundos independeriam de qualquer tipo de ação por parte da vítima.

Ana Isabel Pérez Cepeda (2003) explica que apenas nos crimes de relação se pode analisar a culpabilidade da vítima, uma vez que somente neles se poderia exigir que ela tomasse medidas para acautelar seu bem jurídico. A referida autora assinala ainda que essa corrente vitimodogmática se faz muito presente na jurisprudência alemã, sob a máxima de que aquele que participou de um fato criminoso não pode depois usufruir da tutela penal, caso venha a sofrer as consequências de sua própria conduta.

Verifica-se que a corrente mais moderada da vitimodogmática é a mais acertada uma vez que, por mais que a conduta da vítima seja reprovável, ela não tem o condão de, por si só, afetar a autodeterminação do infrator, devendo ser esse punível porque agiu contra o direito,

violando bens jurídicos essenciais para a sociedade. Porém, deve-se observar a conduta da vítima, que pode tornar menos reprovável ou atenuar a culpabilidade do delinquente.

Vê-se, portanto, que a vitimodogmática analisa o trinômio crime–criminoso–vítima, atribui determinadas valorações ao comportamento desta e avalia sua participação no delito, de modo a delimitar sua eventual responsabilidade, bem como a do ofensor, para, então, encontrar uma solução mais equânime do conflito criminal.

Dado o relevante papel atribuído à vítima pela Lei nº 9.099/95 para a resolução da lide criminal, sobretudo devido à adoção do sistema de solução consensual do conflito, verifica-se a importância dos estudos da vitimodogmática.

2. A participação da vítima no processo penal

O Direito brasileiro prevê diferentes formas de participação da vítima no sistema processual-penal. A depender do tipo de ação penal, a vítima pode exercer um papel subsidiário, de mero sujeito informativo da prática criminosa (declarações do ofendido – CPP, art. 201), ou mesmo ter a proeminência na persecução penal, podendo exercer uma maior atuação na solução do conflito criminal, por meio das hipóteses de renúncia e perdão do ofendido (art. 107, CP) ou por meio de composição civil e decadência, ou até mesmo colaborando na transação penal proposta pelo Ministério Público nos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995, arts. 72, 73, 74, 75 e 76).

No processo penal brasileiro, existem dois tipos de ação penal, os quais conferem papéis distintos à forma de atuação da vítima: a ação penal pública, em que o autor é o Ministério Público e que se divide em condicionada e incondicionada; e a ação penal privada, em que vítima é a legitimada para atuar no polo ativo da relação processual penal.

2.1. Ação penal pública condicionada

Na ação penal de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, a titularidade de sua propositura e promoção é do Ministério Público, porém o seu exercício é sujeito à manifestação do interesse da vítima de ver o ofensor ser posto no polo passivo da relação processual penal.

A representação é uma manifestação da vítima no sentido de dar início à ação penal contra seu ofensor, não exigindo nenhum requisito formal para tanto, desde que fique clara a sua intenção (NUCCI, 2010). A representação pode ser externada pela própria vítima, por procurador com poderes especiais ou por seu representante legal, caso seja incapaz,

podendo ser dirigida à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Juiz (art. 39 do Código de Processo Penal).

O prazo para a vítima exercer seu direito de representação decai em seis meses, a contar da data em que tomar ciência de quem é o autor do fato, segundo dispõe o art. 38 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Aline Pedra Jorge afirma que a ação pública condicionada é a que se mostra como a mais interessante:

“Os interesses da vítima são respeitados, proporcionando-lhe a oportunidade de dizer se deseja ou não movimentar a máquina estatal. O ofendido não terá despesas com advogado, nem pagará custas processuais, pois o titular da ação é o poder público, com seu representante acusatório próprio que é o Ministério Público, diferentemente da ação privada, onde o ofendido tem o ônus de pagar um advogado ou de contar com a assistência judiciária” (JORGE, 2005, p. 86-87).

Com efeito, nesse tipo de ação penal, a atividade persecutória do Estado é condicionada ao interesse da vítima do crime, não podendo o órgão acusador oficial buscar iniciar a persecução penal sem o seu consentimento.

Nessa modalidade de ação penal, a vítima pode vir a ter um papel relevante na solução do caso criminal na medida em que o exercício do *jus persecuendi* estatal está condicionado ao seu interesse de autorizar ou não a persecução penal contra o autor do fato criminoso.

Assim, a vítima do crime exercerá um papel ativo na solução do caso penal se decidir não fazer a representação necessária para desencadear o exercício do *jus persecuendi* em juízo, em razão de circunstância ou atuação do ofensor que atenda ou satisfaça os seus interesses de ver o caso criminal solucionado sem o devido processo penal.

2.2. Ação penal pública incondicionada

Nos crimes de ação penal pública incondicionada, é assegurado à vítima o direito de colaborar com o Ministério Público, sendo necessário para tanto constituir um advogado para atuar como assistente de acusação do *parquet*.

Há de se registrar que a assistência é uma faculdade da vítima, sendo a única modalidade possível de intervenção de terceiro no processo penal (TOURINHO FILHO, 2010). Intervenção de terceiro interessado, pois a vítima, em crimes de ação penal de iniciativa pública, não funciona como parte do processo.

Antes do trânsito em julgado, a vítima poderá intervir como assistente do Ministério Público, devendo para tanto pleitear tal faculdade median-

te requerimento dirigido ao juiz do processo criminal. Nesse requerimento manejado, o juiz se limitará a analisar a legitimidade ou não da vítima e, embora não haja previsão legal de recurso de decisão denegatória da habilitação, a jurisprudência admite a interposição de mandado de segurança (BRASIL, 2009).

O Código de Processo Penal dedica um capítulo à parte ao assistente, destacando algumas formas de sua participação em seu art. 271, *in verbis*:

“Art. 271. Ao assistente será permitido pro- por meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recur- sos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598” (BRASIL, 1941).

Cumprir destacar que, nessa modalidade de ação penal, a vítima não tem como atuar como sujeito de solução do caso criminal, haja vista esta depender exclusivamente do Estado.

2.3. Ação penal privada subsidiária da pública

Nos crimes de ação penal pública, a Cons- tituição Federal assegura à vítima a faculdade de oferecer a ação penal privada subsidiária da ação penal pública, se esta última não for inten- tada no prazo legal (art. 5ª, LIX, da Constituição Federal). O prazo para ajuizar a ação será de seis meses, a contar da data em que se exaurir o prazo para o oferecimento da Denúncia (art. 38 c/c art. 29 do Código de Processo Penal).

Cabe destacar, porém, que a ação privada subsidiária da pública só é cabível quando o Ministério Público permanecer inerte durante o prazo que lhe é dado para tomar as providências legais, não podendo tal ação ser ajuizada quan- do o órgão acusador requerer novas diligências

ou pugnar pelo arquivamento do Inquérito Policial (TOURINHO FILHO, 2010).

A ação privada subsidiária da pública representa uma garantia da vítima contra a impunidade de seu ofensor, contudo é mais viável a vítima aguardar que o Ministério Pú- blico ofereça a denúncia, “pois terá assim a seu favor a força da acusação de órgão público, e não terá que arcar com as despesas e custas dos honorários advocatícios” (JORGE, 2005, p. 66).

Nesse contexto processual, a vítima subs- titui o Estado-acusador na persecução penal, não havendo como colaborar com a solução do caso criminal, a não ser naquelas hipóteses permitidas ao Ministério Público ou por meio de colaboração para a decisão judicial a respeito do caso *sub judice*.

2.4. Ação penal privada

Na ação penal privada, a vítima funciona como parte processual, assumindo o papel do Ministério Público e perseguindo o ofensor durante o processo penal. Não obstante, não há que se confundir com um instituto de vin- gança privada, pois não é a vítima que julga o criminoso; essa atribuição ainda continua nas mãos do Estado, e a vítima atua somente no processamento do autor do fato criminoso.

A ação penal privada se procede mediante queixa-crime no prazo de seis meses, a contar do conhecimento do autor do fato (art. 38 do Código de Processo Penal), podendo a vítima, dentro desse prazo, requerer ainda a realização de diligências policiais para subsidiar a sua peça. Nesse tipo de ação penal, a depender da atuação da vítima, pode ocorrer a extinção da punibili- dade do fato criminoso nos casos de preempção, perdão do ofendido e renúncia ao direito de ação penal (art. 107, do Código Penal).

Recentemente, com a alteração promovida pela Lei nº 11.403/11, o art. 311 do Código de

Processo Penal permite ao querelante, assim como ao assistente da acusação, requerer a prisão preventiva do investigado ou acusado, o que reforça ainda mais a participação da vítima no processo penal.

A ação penal privada se destina aos casos nos quais o interesse da vítima sobre a punição do delinquente prepondera sobre o interesse público ou quando a sua atuação é essencial para a elucidação do crime (FEITOZA, 2010).

Nos crimes que se processam mediante ação penal privada, a vítima contribui para a solução do caso criminal apenas por meio das modalidades de causas de extinção da punibilidade (art. 107, do Código Penal) que dependam da sua manifestação ou interesse, tais como a decadência (quando a vítima deixar deliberadamente transcorrer o prazo decadencial), pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão.

A doutrina registra que, nos tribunais brasileiros, é incomum a ação penal privada. Confirma esse registro o número exíguo de delitos a serem processados mediante queixa-crime no judiciário de Alagoas, provavelmente, como se verá na última parte deste texto, devido à falta de informações das vítimas sobre esse poder somada à falta de assistência judiciária gratuita, o que leva à desistência desse tipo de ação pela falta de recursos para suportar as custas de um processo penal (JORGE, 2005).

3. Inovações da Lei nº 9.099/95

3.1. Uma nova atuação da vítima

Inspirada por um modelo de justiça consensual de direito penal mínimo e subsidiário, voltado para a reparação dos danos e descaracterização, a Lei nº 9.099/95 acabou por inovar no sistema jurídico brasileiro, colocando a vítima num papel importante para a resolução da lide criminal. De fato, com a referida lei, há um

incentivo, ou até mesmo uma primazia, para que as partes (ofensor e vítima) transacionem, ou seja, encontrem em conjunto a solução do conflito criminal.

Outro não poderia ser o entendimento a se denotar, quando se considera que o art. 62 da referida lei estabelece como princípios a oralidade, informalidade e celeridade, e dispõe que, nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada a representação, o acordo entre a vítima e o autor do fato, uma vez homologado pelo juiz, enseja a renúncia ao exercício do direito de ação. Além disso, salientam-se outros institutos, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, o que realça dois dos objetivos da Lei nº 9.099/95: a reparação dos danos e a não aplicação da pena privativa de liberdade.

Guilherme Costa Câmara (2008) afirma que o sistema criado pela Lei nº 9.099/95 constitui um importante modelo que, congregando os procedimentos de mediação e conciliação, prima por um equacionamento participativo e comunicativo da resolução das hostilidades entre os protagonistas do delito, sob o controle judicial, não se tratando de um modelo de justiça privada, e sim de justiça restaurativa moderada.

Nesse sentido, Aline Pedra Jorge (2005) destaca a importância desse dispositivo legal que, além de firmar o postulado de que a medida repressiva da pena privativa de liberdade deve se aplicar necessariamente aos casos de crimes mais graves, ocupa-se, em primeiro plano, com o atendimento à vítima, mediante a reparação dos danos por ela sofridos.

Observa-se que, pela previsão de inúmeros institutos despenalizadores, a Lei nº 9.099/95 busca afastar a sistemática da reprimenda estatal, voltando-se primordialmente para a solução do conflito entre as partes: antes um conflito solucionado pelos seus atores do que outro

martirizado pela dura repressão estatal. O modelo consensual adotado não só afasta a desnecessária aplicação da pena privativa de liberdade para os autores de crimes de pequeno potencial ofensivo, como também traz uma nova abordagem para a solução do conflito criminal: a vítima como sujeito de direito na persecução criminal, sendo-lhe conferido o direito a uma participação direta e efetiva no procedimento e processo criminais. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover et al. (1996, p. 15) afirmam que “a preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil da reparação dos danos na suspensão condicional do processo”.

Tanto é assim que, em quase todos os institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95, enfatiza-se a reparação dos danos, sempre que possível buscando a integração da vítima ao processo e a restauração de sua situação anterior. Busca-se inicialmente a conciliação; ficando essa frustrada, opta-se pela aplicação de uma pena não privativa de liberdade, preferencialmente a prestação de pagamento pecuniário à vítima. Nesse sentido são as palavras de Aline Pedra Jorge:

“A justiça consensual proposta pela Lei dos Juizados Especiais é de extrema valia para a vítima, possibilitando-lhe demonstrar e obter seu direito ao ressarcimento dos danos causados pelo delito. Esta coloca a vítima em posição de destaque, de parte que deve ser intimada de todos os atos, e de agente do Estado na missão maior de restabelecer a paz social. [...] Não é porque o conflito precisa de uma solução que esta deve ser de natureza penal, e a proposta da Lei dos Juizados Especiais Criminais é diferente neste sentido, tendo em vista procurar inicialmente a composição do dano da vítima” (JORGE, 2005, p. 100-101).

É, portanto, forçoso concluir que o sistema penal dos Juizados Especiais Criminais tem a vítima como principal sujeito na solução do conflito criminal, pois sua atuação é essencial para o deslinde do caso concreto.

3.2. Composição civil e institutos despenalizadores

Um dos objetivos da Lei nº 9.099/95 é a reparação dos danos sofridos pela vítima. Foi nesse sentido que se instituiu um modelo de solução do conflito criminal a partir da composição civil dos danos. Outro objetivo da referida lei é a descarcerização, a preferência por outras penas, que não a privativa de liberdade; nesse sentido, foi instituída a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Lavrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela autoridade policial, os autos serão remetidos ao Juizado Especial Criminal competente, sendo realizada a audiência preliminar de imediato. Não sendo possível, seja qual for o motivo, como a ausência do autor do fato,

será designada data próxima, devendo a secretaria do juízo promover as intimações necessárias (art. 70 da Lei nº 9.099/95).

Na audiência preliminar, o juiz ou conciliador esclarecerá os fatos e verificará a possibilidade de composição dos danos ou de aplicação da pena restritiva de direitos. Trata-se, em suma, de uma audiência na qual se tentará a conciliação das partes e/ou a aplicação da transação penal.

Sendo alcançado e homologado o acordo entre a vítima e o autor do fato para a composição dos danos, ocorre a extinção da punibilidade nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação, de acordo com o art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. A lei considera acordo a renúncia do direito de ação ou da representação ao Estado-acusador, tendo-o como incompatível com a vontade da vítima em querer a persecução penal em desfavor do seu ofensor.

A homologação do acordo valerá como título executivo judicial, podendo ser executado no juízo comum ou no próprio juízo especial, respeitando-se, neste último caso, o valor máximo de até quarenta salários mínimos (art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95).

Vê-se, portanto, a total eficácia da composição civil dos danos, que se coaduna com os objetivos da Lei nº 9.099/95, enumerados em seu art. 62: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não aplicação da pena privativa de liberdade. Assim, ocorrendo a composição civil, a vítima terá, ao menos em tese, sua desejada satisfação e, ao mesmo tempo, não será gerada nenhuma consequência penal para o apontado autor do fato.

Com efeito, havendo a composição dos danos, fica desde logo prejudicado o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público nos crimes de ação penal pública condicionada, muito menos a queixa-crime nos crimes de ação privada. Nesse sentido, podemos tomar como

justificação dessa medida a seguinte passagem da exposição de motivos Lei dos Juizados Especiais Criminais: “nem se ignora que a vítima – com que o Estado até agora pouco se preocupou – está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal” (EXPOSIÇÃO..., 1989).

Em face do dissabor gerado pela prática da infração penal, é muito mais benéfico a vítima retornar ao *status quo ante* ou similar com a reparação dos danos, do que se submeter à espera de uma eventual punição do autor do fato após um longo e sofrido processo penal e ficar, não raras vezes, com o prejuízo para si.

Nessa senda, foi editado o enunciado criminal nº 99 do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais (FONAJE, 2008) com a seguinte redação: “Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de haver justa causa da ação penal”.

Em não havendo acordo entre a vítima e o ofensor, será dada oportunidade para que a primeira ofereça sua representação oral, em caso de crime de ação penal pública condicionada; porém, o não oferecimento de representação não acarretará a decadência do direito (art. 75 da Lei nº 9.099/95), podendo essa ser oferecida a qualquer tempo, desde que observado o prazo de seis meses, conforme o art. 38 do Código de Processo Penal. Para haver a extinção da punibilidade do autor do fato, é necessário aguardar o término desse prazo, nada impedindo, no entanto, que a vítima abrevie esse tempo, renunciando formalmente a seu direito de representação.

Além da composição civil, na Lei nº 9.099/95 estão previstos dois outros institutos despenalizadores: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Ocorrendo a representação ou se tratando de crime de ação pública incondicionada, o Ministério Público oferecerá a transação penal

ao ofensor, que consiste na aceitação de cumprimento de obrigações sugeridas pelo Ministério Público, que, grosso modo, têm a natureza de pena restritiva de direitos ou pena pecuniária (art. 76 da Lei nº 9.099/95). A transação penal é um direito subjetivo do autor do fato, desde que ausentes as situações impeditivas descritas no art. 76 da referida lei. Em não sendo oferecida pelo representante do *parquet*, deverá o juiz remeter os autos para o Procurador Geral de Justiça para que tome providências em analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal.

A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, é aplicável a qualquer delito com a pena mínima igual ou inferior a um ano, mesmo delitos fora da competência dos juizados especiais criminais. Esse instituto, como a sua denominação já indica, trata da suspensão do processo criminal por dois a quatro anos, sendo impostas algumas condições ao autor do fato, entre elas a reparação do dano à vítima. O cumprimento das condições propostas na audiência preliminar acarreta, ao fim do período citado, a extinção da punibilidade.

Em dissertação sobre o tema, Alexandre Wunderlich (2005, p. 50-51) faz uma crítica ao sistema consensual introduzido ao Brasil por meio da Lei nº 9.099/95, afirmando a sua falência por suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão:

“O discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia da vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias. A lei nº 9.099/95 deve ser revista em sua integralidade, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O sistema é, de fato, o único possível: o rígido sistema de garantias constitucionais. Este sistema de garantia que ora é adotado, advém, como se disse, da relação biunívoca de garantias substanciais e instrumentais proposta por Luigi Ferrajoli a fim de estruturar um modelo ‘utilitarista reformado’, embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.”

Em posição contrária, afirmando a constitucionalidade e defendendo a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 55) afirma:

“A Lei 9.099/95 não está presumindo culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, já que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Esse diploma legal está apenas cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se ao processo tradicional, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar eventual condenação, com suas consequências naturais.”

Verifica-se que os institutos penais despenalizadores são um avanço no sistema jurídico penal pátrio, pois, além de se coadunarem com a moderna justiça penal consensual, evitam que o autor do fato passe pelas mazelas de um processo penal, com um desgaste físico e emocional considerável, bem como tenha afetada sua dignidade humana. Demais disso, tais institutos refletem uma maior preocupação com o principal afetado pela prática criminosa: a vítima.

4. Juizados Especiais Criminais de Maceió/AL

4.1. Estrutura e funcionamento

Na comarca de Maceió, existem atualmente 12 Juizados Especiais Criminais: 10 deles são juizados especiais nos moldes da Lei nº 9.099/95, enquanto os outros dois são especializados, um deles em crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), instituído pela Lei Estadual nº 6.900, de 19 de dezembro de 2007 (modificado pela Lei nº 7.217 de 16 de agosto de 2011), e o outro em crimes de trânsito, sob a égide do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.500/07). Cumpre ressaltar ainda que todos os juizados especiais criminais da comarca de Maceió são também cíveis, área que concentra a maioria dos procedimentos nesses juízos, o que acaba acarretando uma maior proeminência dos feitos cíveis.

Além da competência *ratione materiae* exposta nos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, os juizados especiais julgam as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, os crimes que não ultrapassam a pena máxima de dois anos e as contravenções penais. Em Maceió, a maioria dos crimes levados aos juizados criminais nos anos de 2009 e 2010 foram delitos de lesão corporal (art. 129 do Código Penal), crimes contra a honra (art. 138 ao 140 do Có-

digo Penal), ameaça (art. 147 do Código Penal), desacato (art. 331 do Código Penal) e posse ou porte ilegal de substância entorpecente (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

O juizado especial criminal competente será aquele onde se verificar a prática da infração criminal (art. 63 da Lei nº 9.099/95), adotando-se assim a teoria da atividade, diferentemente do Código de Processo Penal que, em seu art. 70, fixa, regra geral, a competência do juízo no local onde se consumou o crime, consignando a teoria do resultado.

Nesse sentido, para melhor atendimento ao art. 63 da Lei nº 9.099/95 e conforme a Resolução nº 16/2007 do Tribunal de Justiça de Alagoas, a competência territorial dos Juizados Especiais da Capital foi definida compreendendo, sempre que possível, bairros contíguos, limitando-se a jurisdição de cada unidade judiciária pelos Códigos de Endereçamento Postal (CEPs). O juizado competente será aquele que englobar o local de ocorrência do crime em seus limites.

Da decisão dos juizados especiais criminais que rejeita denúncia ou queixa e da sentença, caberá recurso de apelação à Turma Recursal (art. 83 da Lei nº 9.099/95), órgão composto por três juízes de primeiro grau, um dos quais designado presidente. Em Alagoas, há duas turmas recursais: a da 1ª região, localizada em Maceió, com competência não só na capital, como também em outros municípios, como São José da Laje e São Miguel dos Campos; e a da 2ª região, localizada em Arapirara, com competência neste e em outros municípios.

Cada juizado especial criminal tem três conciliadores, cuja função é buscar um acordo entre a vítima e o autor do fato; porém, é praxe, nos juizados especiais cíveis e criminais de Maceió, a atuação deles apenas na parte civil. No âmbito criminal, concentra-se na figura do magistrado a condução e participação das audiências preliminares e, destarte, a tentativa de conciliação.

A Lei Estadual nº 7.271, de 16 de agosto de 2011, criou ainda um órgão de uniformização da jurisprudência dos juizados especiais, composto por um desembargador e dois juízes integrantes das Turmas Recursais, o qual atua quando há diversidade de entendimento entre as duas Turmas Recursais de Alagoas sobre determinada matéria.

Além desses órgãos, em Maceió, existe uma coordenadoria dos juizados especiais, instituída pela Resolução nº 005, de 22 de fevereiro de 2011, do Tribunal de Justiça de Alagoas, a qual, em seu art. 1º, define como objetivo do referido órgão “promover a implantação, a instalação, o aparelhamento, a coleta e repasse de dados aos órgãos oficiais, bem como outras atribuições específicas”. A atribuição essencial da coordenadoria é propor medidas para tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. Para tanto, conforme o previsto no art. 9º da referida resolução, esse órgão realiza reuniões mensais ordinárias e, quando necessário, extraordinárias. A coordenadoria é composta por um desembargador-coordenador, um coordenador administrativo, quatro juízes membros, dois analistas judiciários especializados e dois assessores jurídicos¹.

Por meio da Resolução nº 22/2007 do Tribunal de Justiça de Alagoas, foram implantados, nos juizados especiais criminais, os procedimentos eletrônicos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, o PROJUDI – Processo Judicial Digital, de modo a garantir maior celeridade e publicidade aos atos judiciais. Em 2011, a maioria dos juizados especiais criminais já tinha conseguido digitalizar quase a totalidade dos procedimentos iniciados a partir de 2008; entretanto, em alguns juizados,

grande parte dos processos continuava ainda em meio impresso, razão pela qual, na primeira reunião da coordenadoria dos juizados especiais criminais, diversos magistrados solicitaram ajuda para a efetivação das digitalizações dos procedimentos.

4.2. Análise da atuação da vítima nos processos de competência dos juizados especiais criminais da Comarca de Maceió-AL (2009 e 2010).

Ao adotar um modelo consensual de solução dos conflitos, a Lei nº 9.099/95 é um verdadeiro marco na valorização do papel da vítima na persecução penal, na medida em que esta passou a ter a possibilidade de, dialogando com o autor do fato, buscar a solução do conflito penal, a exemplo do que ocorre no instituto da composição civil. Entretanto, a realidade dos juizados especiais criminais da Comarca de Maceió/AL mostra que a atuação da vítima nos procedimentos e processos ainda é modesta e está muito aquém das expectativas geradas quando da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95.

As visitas aos Juizados e a coleta de dados quantitativos revelam que, na maioria dos casos, a vítima ainda não exerce de forma plena as faculdades a ela conferidas, deixando, muitas vezes, de comparecer aos atos processuais, principalmente à audiência preliminar. A título de exemplo, no 1º Juizado Especial Criminal, no ano de 2009, não foi registrada, no sistema do órgão, a realização de nenhuma composição civil e, em 2010, apenas três, enquanto foram realizadas 31 transações penais em 2009, e 49 em 2010.

O fato é que, nos juizados especiais criminais da Comarca de Maceió/AL, a maioria dos procedimentos criminais é solucionada ou mediante a transação penal ou pela decadência, ou seja, por extinção da punibilidade em razão

¹ Informação extraída do site do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/?pag=Juizados_coordenadoria>. Acesso em: 9 jun. 2015.

do decurso do prazo para o oferecimento da representação criminal ou da queixa-crime. Observa-se ainda que não são raros os casos em que a vítima, posteriormente ao oferecimento da representação, queixa-crime ou notificação do fato delituoso, se retrata, desiste da persecução penal em face do autor do fato, muitas vezes porque somente queria demonstrar que não tinha permanecido inerte diante da ofensa sofrida.

Provavelmente, um fator que contribui para a pouca atuação da vítima é a carência de defensores públicos lotados nos juizados especiais criminais. Na maioria deles, há apenas advogados nomeados e remunerados pelo Estado (defensores *ad hoc*), que acumulam tarefas em mais de um juizado especial criminal. Grande parte das vítimas é pobre, não pode pagar um advogado particular; é também carente de instrução acerca de seus direitos e tem dificuldades para apresentar a queixa-crime. Portanto, a falta de defensores públicos atuantes e regularmente lotados nos juizados especiais criminais acarreta um grande prejuízo ao exercício dos direitos da vítima e impede sua participação mais ativa no procedimento criminal.

Em consulta aos dados oficiais disponibilizados pelo Tribunal de Justiça de Alagoas², extraímos as seguintes informações acerca da produtividade dos juizados especiais criminais de Maceió/AL:

| Mês/ano | Processos distribuídos | Conciliados | Não conciliados: revelia, desistência, extintos, etc. |
|----------|------------------------|-------------|---|
| dez/2009 | 1171 | 210 | 621 |
| jan/2010 | 1280 | 222 | 641 |
| fev/2010 | 1419 | 248 | 687 |
| mar/2010 | 1656 | 251 | 859 |
| abr/2010 | 1647 | 289 | 763 |
| mai/2010 | 1560 | 292 | 627 |
| jun/2010 | 1207 | 176 | 603 |
| jul/2010 | 1516 | 234 | 790 |
| ago/2010 | 2205 | 386 | 1096 |
| set/2010 | 1970 | 246 | 1087 |
| out/2010 | 1679 | 289 | 779 |
| nov/2010 | 1961 | 316 | 968 |
| dez/2010 | 1187 | 221 | 667 |

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Ressalte-se, desde já, que os dados são dos juizados especiais criminais em geral, não havendo a diferenciação dos dados da parte cível e da cri-

²Quadro elaborado a partir dos dados oficiais. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/?pag=juizados/produtividade>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

minal. Deve-se observar ainda que não há separação e controle dos dados referentes aos diferentes casos de não conciliação. Embora o PROJUDI seja uma grande ferramenta, o sistema não é alimentado regularmente, e os registros oferecidos, como se pode constatar na tabela apresentada, são genéricos. Tudo isso dificulta a análise e o planejamento de ações estratégicas e a adoção de medidas que possam contribuir para melhorar a participação da vítima nos procedimentos.

De qualquer forma, os dados confirmam a pouca efetividade do instituto da conciliação nos juizados especiais de Maceió/AL, o que reflete a pouca participação da vítima. A maioria dos processos é extinta por meios anormais. Dessa forma, percebe-se que, apesar dos esforços das equipes no atendimento às vítimas, problemas funcionais e técnicos colocam em cheque a sua participação no procedimento criminal.

Conclusão

A Lei nº 9.099/95 atribui à vítima um importante papel na solução do conflito criminal, haja vista ter estabelecido um modelo consensual de justiça criminal, com os diversos institutos jurídicos voltados não só para a não aplicação da pena privativa de liberdade, como também para a satisfação dos interesses da vítima, em especial a reparação do dano exigida na composição civil.

Contudo, percebe-se que, nos juizados especiais criminais da comarca de Maceió/AL, a atuação da vítima na persecução penal para solucionar o conflito criminal ainda está aquém das expectativas.

Apesar do esforço dos juizados, alguns problemas estruturais e funcionais se colocam como obstáculos para uma atuação mais ativa da vítima, a começar na fase pré-processual. Em Maceió, não há uma delegacia de polícia especializada em crimes de menor potencial ofensivo, para investigar com rapidez e eficiência os delitos, identificar as vítimas, bem como estabelecer uma maior interação com os juizados especiais criminais, contribuindo efetivamente para evitar algumas contingências processuais, como a decadência do direito a representação ou queixa, pela demora da persecução penal ineficiente.

Outro ponto a se destacar é a necessidade de ampliar o número de defensores públicos, já que, ante a escassez desses nos juizados especiais criminais, muitas vítimas ficam desassistidas e, por essa razão, ignoram diversos direitos a elas conferidos.

Além disso, seria interessante também separar os juizados especiais criminais dos cíveis, não só para atender melhor as demandas, mas, sobretudo, para uma melhor sistematização e avaliação do trabalho e, consequentemente, a consecução de uma prestação jurisdicional mais célere e justa.

Por fim, salienta-se que a preocupação com a vítima e sua efetiva atuação no procedimento e processo criminais é uma importante medida de política criminal, uma vez que, para a elucidação de diversas infrações penais, depende-se, muitas vezes, da contribuição efetiva da vítima, que, se for menosprezada pelo Estado, jamais noticiará o ilícito penal. Dessa forma, conclui-se ser salutar não apenas a criação dos juizados especiais criminais de acordo com os dispositivos da Lei nº 9.099/95, mas também garantir que esses órgãos tenham condições de cumprir seus objetivos.

Sobre o autor

Ivan Luiz da Silva é advogado, doutor e mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Recife-PE, professor de Direito Penal, membro do Conselho Estadual de Segurança Pública do Estado de Alagoas e procurador de Estado/AL.
E-mail: ivanluiz.al@bol.com.br

Gustavo Ataíde Fernandes Santos é advogado e pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual pelo Centro Universitário Cesmac.

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

THE VICTIM'S CONTRIBUTION TO THE SOLUTION OF THE CRIMINAL CONFLICT: EMPHASIS ON COMPETENCE PROCEDURES FOR SPECIAL COURTS

ABSTRACT: In the Penal Process the victim has different roles, from a plain informative element to one legitimated that can act in the active pole. With the arrival of the Law 9.099/95 was brought up for them a new way of actuation, by reason of the adoption of a consensual system and care for damage reparation. Establishing, therefore, not only criminal special courts, but also depenalizing institutes, which awarded the victim the role of collaborating agent of the solution of criminals conflicts. Through this path, the objective of this research is to verify the actuation of the victim in the special courts of Maceió/AL (years 2009 and 2010).

KEYWORDS: CRIME. VICTIM. PARTICIPATION. CRIMINAL ESPECIAL COURT.

Referências

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Plenário. *Resolução n. 16/2007 de 17 de julho de 2007*. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/juizados/resolucoes/162007.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

³Sem revisão do editor.

_____. Tribunal de Justiça de Alagoas. Plenário. *Resolução n. 22/2007 de 06 de novembro de 2007*. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/juizados/resolucoes/222007.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Alagoas. Plenário. *Resolução n. 005 de 22 de fevereiro de 2011*. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/juizados/resolucoes/resolucao_TJAL_005_2011.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2015.

AMARAL, Claudio Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme Brasil: J.H. Mizuno, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária, 1976.

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

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. [Lei dos juizados especiais]. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de segurança n. 16283 PR 2009.04.00.016283-0/PR. Relator: Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado. DJ, 28 jul. 2009. *Diário eletrônico*, 6 ago. 2009.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. La victimodogmática en derecho penal. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2003.

EXPOSIÇÃO de motivos da lei n. 9.099, de 26-09-95 do projeto de lei n. 1.480-a, de 1989. Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 1989. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/fonaje/pdf/Exposicao_de_motivos_da_lei_9099.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS - FONAJE. *Enunciado criminal n. 99*. In: ENCONTRO NACIONAL DOS COORDENADORES DE JUÍZADOS ESPECIAIS, Encontro XXIII. Boa Vista/RR, 23 a 25 abr. 2008. Disponível em: <www.fonaje.org.br/site/enunciados/>. Acesso em: 7 jun. 2015.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Comentários à lei 9.099, de 26.09.199*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JORGE, Aline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder 1985*. [Resolução 40/34]. Assembléia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre, CARVALHO, Salo de; ROSA, Alexandre Morais da. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

A falácia no direito das minorias

A faceta pragmatista a partir do perfil
contramajoritário da Corte

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

MATHEUS HENRIQUE DOS SANTOS DA ESCOSSIA

Resumo: O presente artigo busca investigar o desdobramento das categorias “direito das minorias” e “contramajoritário” com base no estudo de casos do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, serão avaliadas duas decisões que trouxeram esses termos em sua *ratio decidendi*, quais sejam o Mandado de Segurança 26.441/DF e a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF, de modo a verificar a maneira como a Corte interpretou aquelas categorias. Esses julgamentos serão balizados considerando a indeterminação conceitual que existe na doutrina sobre esses termos, bem como os fundamentos que repousam sobre o caráter contramajoritário da Corte. Por fim, o estudo debaterá duas perspectivas teóricas antagônicas, quais sejam o “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, e o pragmatismo jurídico de Richard Posner, com a intenção de avaliar a relação entre a fundamentação e a decisão emanada no processo de deliberação.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Direito das minorias. Integridade. Pragmatismo. Argumentação.

1. Considerações iniciais

Tratar de direito das minorias pode parecer um tema que dispensa maiores considerações. Para muitos, é óbvio que um dos sentidos da Jurisdição Constitucional consiste em defender os direitos individuais das minorias frente às vontades circunstancialmente dominantes. No entanto, assim como tantas outras categorias ligadas à tensão constitucionalismo e democracia, a “questão minoritária” não está isenta de reflexões.

A referida tensão elucida um pressuposto crucial no atual estágio da teoria constitucional: a dependência mútua e cooriginária entre os

Recebido em 8/9/14
Aprovado em 12/1/15

conceitos de constitucionalismo e democracia. Hoje, é anacrônico imaginar uma constituição não democrática ou uma democracia sem constituição. Pertinente é a síntese proposta por Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 15):

“Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. [...] Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.

A indissociável conexão entre constitucionalismo e democracia, podendo-se, inclusive, tratá-los como um conceito único de “constitucionalismo democrático” (BARROSO, 2010, p. 88-94), delimita o cenário da presente investigação. A preservação dos direitos fundamentais e o respeito ao procedimento democrático constituem, ao mesmo tempo, o foco da tensão e a meta de qualquer atuação institucional.

Dentre as atuações institucionais de maior relevância, o protagonismo do Judiciário alcançou especial destaque nas últimas décadas. Entre os inúmeros fatores que contribuíram para a ascensão estão: i) o conteúdo moral da Constituição (DWORKIN, 2006, p. 10) e a tensão constitutiva de sentido entre os princípios que a integram; ii) o fortalecimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade e a ampliação dos legitimados para participar do processo constitucional (VILHENA, 2002, p. 228); iii) a maior divulgação da jurisdição constitucional perante a opinião pública após a criação da TV Justiça; iv) a judicialização de casos de repercussão não apenas jurídica, como também política e social, especialmente no plano do STF.

Diante do inevitável protagonismo do Judiciário (especialmente do STF, por representar a Corte constitucional brasileira), estudiosos se

debruçam sobre sua legitimidade democrática. Em outras palavras, como conciliar decisões judiciais que, em nome da aplicação da Constituição, nem sempre encontram respaldo na opinião pública e na aparente vontade da maioria?

As respostas a esse questionamento são as mais diversas possíveis. Existem aqueles que creem na ideia de uma representação indireta (TAVARES, 1998, p. 72), visto que os magistrados dos tribunais superiores são indicados por meio da escolha da Presidência e da sabatina no Senado, sendo falaciosa a ausência de legitimidade democrática ante a ausência de voto direto. A reboque dessa ideia, estaria a percepção dos juízes como emissários do povo.

Há também a percepção de que a legitimidade dos magistrados (com o devido destaque aos Tribunais Superiores) consiste precisamente em assegurar o processo democrático. Jürgen Habermas e Robert Dahl são dois dos principais expoentes que se alinham a esse fundamento. Nas palavras de Habermas (2010, p. 336),

“Sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho establecido. Partiendo de esta comprensión democrática de fondo, también cabe dar a las competencias del Tribunal Constitucional un sentido que responda a la intención a que en el Estado de derecho responde de la división de poderes: el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos”.

Perfilando a mesma linha de pensamento, com as ressalvas das devidas contextualizações, Robert Dahl (2012, p. 298) cria um conceito de *quase guardiania*, aduzindo que a defesa do processo democrático passa pela autoridade não submetida a ele.

Na sequência do questionamento da legitimidade democrática dos juízes, o protagonismo

desemboca em um segundo questionamento: quem deve ser o guardião da Constituição?

A última palavra na interpretação constitucional é um tema que ultrapassa séculos e fronteiras. Autores se digladiam sobre uma eventual resposta, e a teoria constitucional é profundamente profícua nesse tema. A título de ilustração, desde o início do Século XX, Hans Kelsen e Carl Schmitt travavam um extenso debate tendo como fio condutor esse questionamento. Schmitt (2007, p. 13) enxergava a figura do soberano, simbolizada no Presidente do *Reich*, como o responsável pela última palavra. Por outro lado, Kelsen (2013, p. 237-298) vislumbrava o Tribunal Constitucional como o *locus* mais adequado.

Todo o cenário até aqui exposto evidencia como o protagonismo da Corte constitucional é acompanhado pelo (incontornável) ceticismo sobre sua legitimidade e pelo extenso desafio de contextualizá-la em uma democracia (mais precisamente no constitucionalismo democrático). Em meio a todo o arcabouço teórico que circunda a atividade judicial, um fundamento da atuação das Cortes se destaca como um dos argumentos “mais fortes” em sua defesa: trata-se da defesa do direito das minorias ou o caráter contramajoritário da Corte.

Quando se fala em constitucionalismo e direitos fundamentais, a proteção das minorias se assenta como uma das primeiras associações feitas a tais categorias. E é recorrente o socorro a esse argumento nas decisões da Corte.

Dois casos serão avaliados no presente trabalho: o Mandado de Segurança 26.441/DF (BRASIL, 2007) e a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF (BRASIL, 2012). Em comum, ambos trouxeram em sua *ratio decidendi* o “direito das minorias” e o caráter contramajoritário da Corte.

Em linhas gerais, o MS 26.441/DF versava sobre a instalação da CPI (Comissão Parla-

mentar de Inquérito) do “Apagão Aéreo”, cujo objeto de investigação seria a crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro. Irresignados com os empecilhos dos grupos majoritários, deputados federais apresentaram o remédio constitucional de modo a desobstruir a criação da CPI, cujo provimento lhes foi favorável.

A Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF tratava da derrubada do veto aposto pela Presidente da República a diversos dispositivos do Projeto de Lei 2.565/2011, que trazia novas determinações sobre a partilha dos *royalties* da exploração de petróleo e afins entre as unidades federativas. Inicialmente, foi deferida a medida cautelar pelo ministro Luiz Fux, o qual determinou que fossem apreciados os demais vetos pendentes, antes da apreciação do referido veto. Todavia, interposto agravo regimental¹ quanto à decisão monocrática, a medida cautelar foi derrubada, tendo a divergência sido calcada na ideia de que a providência liminar não poderia ir além da providência final definitiva. O Mandado de Segurança perdeu o objeto, uma vez que os vetos já foram rejeitados e a Lei nº 12.734/2012, decorrente do referido Projeto, já foi promulgada. Hoje, a Lei nº 12.734/2012 é objeto da ADI 4.917/DF, cuja medida cautelar foi deferida, suspendendo a eficácia de diversos dispositivos.

Os julgamentos acima refletem apenas dois de tantos outros que trouxeram os conceitos “direito das minorias” e “contramajoritário” em sua fundamentação. Assim, não restam dúvidas de que esses fundamentos, amplamente acolhidos pela Corte, operam como uma das principais intenções de proteção dos magistrados que compõem o STF. Vale frisar que essa é a principal justificativa para a pesquisa ter se debruçado sobre esses casos, uma vez

¹ Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31.816/DF (BRASIL, 2013).

que a proteção das minorias parlamentares e a do processo legislativo são quantitativamente expressivas (mais comum do que a proteção de representatividade de grupos marginalizados politicamente) quando feita a pesquisa na jurisprudência do STF contendo os indexadores “minorias” e “contramajoritário”.

Os dois julgamentos se refeririam às minorias parlamentares. O MS 26.441/DF buscava preservar o direito (dessas minorias) de instauração da CPI, apesar das manobras do bloco majoritário no Congresso. Nesse mesmo sentido, o MS 31.816/DF buscava preservar a agenda política dos “desmandos” dos grupos majoritários, que não respeitavam a ordem cronológica de apreciação dos vetos.

Conforme se verá na seção seguinte, o conceito de minoria é incerto. Será que faz referência apenas aos blocos parlamentares? Ou faria referência também aos grupos políticos marginalizados? Ou seria apenas um subterfúgio utilizado pela Corte para decidir da forma que lhe aprouvesse? Consequentemente, a indeterminação põe em xeque o próprio caráter contramajoritário da Corte, possivelmente um dos principais aspectos de legitimidade em que essa se sustenta.

Verificada a incerteza que paira sobre as “minorias”, a seção 3 abordará duas formas de se entender a fundamentação dos magistrados, tendo por paradigma as abordagens do “direito como integridade”, na percepção de Ronald Dworkin, e do pragmatismo jurídico, cujo principal expoente é Richard Posner. Tendo como pano de fundo o modo como a Corte enxerga aquele conceito, os dois casos demonstrarão como o STF vem decidindo e os riscos de sua argumentação.

2. A indeterminação do conceito de minoria: o ceticismo que paira sobre o caráter contramajoritário da Corte

Os dois julgamentos mencionados na introdução demonstram como o STF se investe do argumento “proteção das minorias” de modo a embasar decisões. Todavia, a referida proteção circunscreveu-se às minorias parlamentares, a fim de assegurar o devido processo legislativo. Ou seja, a Corte se mostrou contramajoritária nos palcos de representação.

No entanto, o conceito “minorias” não se limita a defender os grupos parlamentares que sucumbem em determinado processo de deliberação. Talvez até mais contundente seria associar tal categoria aos grupos marginalizados, que sequer fazem parte dos espaços públicos de Poder, como fez o STF, por exemplo, na Petição 3.388/RO (BRASIL, 2009), que tratou da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol e debateu a “questão indígena”.

E esse significado (minorias como aqueles à margem dos processos decisórios) é decorrente de outro significado que o termo já teve. Quan-

do do surgimento dos Estados Nacionais, o termo minoria refletia a tensão entre o projeto homogeneizante derivado da soberania nacional e as particularidades de grupos étnicos (minoritários) (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 332). Nas palavras de Argemiro Martins e Larissa Mituzani (2011, p. 333):

“Entretanto, com a releitura das funções do Estado, especialmente por sua atribuição social e interventora, o conceito de minorias expandiu-se e abrangeu outras minorias que não aquelas ligadas a uma diferença cultural ou identitária, mas também grupos marginalizados”.

A todo esse conteúdo, pode-se acrescentar outra percepção sobre a categoria, ao menos a partir do caráter argumentativo, de que se reveste a jurisprudência do STF. Teria a roupagem de silogismo retórico, com a finalidade de apresentar a justificativa para uma decisão já tomada, invertendo o processo do silogismo clássico em que a partir da norma se chegaria à decisão. Nas palavras de João Maurício Adeodato (2012, p. 355-356),

“[...] em primeiro lugar, supõe-se que o silogismo não é o meio retórico, e menos ainda o meio lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão no processo estatal. Quando muito, é uma forma de apresentar uma decisão que já foi criada por outros meios. [...] Se há uma ordem cronológica, a norma geral vem depois”.

Ao enxergar o conceito de minoria como silogismo retórico, verifica-se a razão de considerá-lo um argumento forte. Ao anotar termos como “direito das minorias” e “caráter contramajoritário”, a Corte visa dar contornos de legitimidade à sua decisão, mesmo que não haja qualquer correlação com algum dos outros três significados expostos (minoria parlamentar, minoria como grupo marginalizado ou minoria como grupos culturalmente diversos do predominante).

Os julgamentos condutores do presente estudo (o MS 26.441/DF e a Medida Cautelar no MS 31.816/DF) de certa forma se valeram desse último conceito. De modo a defender as minorias parlamentares, uma vez que a instauração da CPI e a agenda política eram o pano de fundo dos casos, os ministros trouxeram a condição do Estado Democrático de Direito e a proteção das minorias (parlamentares) como condição inerente. Todavia, a argumentação poderia ter sido circunscrita ao texto normativo da Constituição, uma vez que estiveram presentes os requisitos do art. 58, §3º (no primeiro caso), ou aos limites semânticos do art. 66, §4º (no segundo caso).

Ao tratar da proteção das minorias, inevitavelmente a Corte busca se valer de maior legitimidade em seus pronunciamentos, demonstrando

como estaria comprometida com o constitucionalismo democrático, já que um de seus desdobramentos seria conter a “tirania da maioria” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294).

Além da pluralidade de significados que o termo “minoría” pode ensejar, invariavelmente a dúvida recai quanto aos limites do Judiciário em proteger os grupos minoritários. Em outras palavras, qual o limite do caráter contramajoritário representado pela Corte? Acerca dessa questão, Luís Roberto Barroso enxerga um papel supletivo desempenhado pelo STF. Quando as instâncias tradicionais sucumbem no seu papel de representação, a Corte entraria como o *locus* adequado para que tais grupos tivessem seus direitos preservados.

“Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2013, p. 42).

No mesmo sentido, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao tratarem da “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1962, p. 70-71), enxergam o papel inclusivo da jurisdição constitucional, de modo que essa assegure o direito das minorias.

“E não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 35).

Rodrigo Brandão, por sua vez, enxerga o papel contramajoritário de maneira diversa. Mais

do que um Judiciário assegurador de direitos, a Corte emerge como uma espécie de “instância estabilizadora” de determinados temas, diante de impasses nos palcos de representação. Determinadas matérias, por seu “elevado desacordo moral”, encontram severas dificuldades em seu caminho de proposição legislativa (ou até mesmo de algum tipo de normatização pelo Executivo), ante o enorme custo político que podem representar. Dessa maneira, o papel contramajoritário significaria a transferência do palco de decisão desses temas.

“Note-se, ademais, que em regimes de forte difusão do poder político são produzidos dois efeitos importantes: [...] e de dirimir questões políticas controversas nas quais não há consenso na coalização majoritária (p. ex, aborto, anistia de crimes ocorridos no regime anterior, etc.). Ademais, a fragmentação da coalização governamental dificultará reações políticas à decisão judicial sobre a matéria (*i.e.*, através de emenda constitucional superadora da decisão), de maneira que as dificuldades de decisão e de reação pelas instâncias majoritárias em questões fortemente controversas pavimentam o caminho para a expansão do Judiciário” (BRANDÃO, 2012, p. 74).

Como se observa, além da polissemia do termo “minoría”, existe uma verdadeira indeterminação do caráter contramajoritário de que se reveste a Corte. Seja como asseguradora de direitos, seja como transferência de palco de decisão, esse conceito também contribui para se questionar a legitimidade trazida por esses fundamentos.

Antes de se adentrar na argumentação propriamente dita perpetrada pelo STF, como se dará na seção seguinte, cumpre trazer as lições de Jeremy Waldron, possivelmente um dos maiores céuticos quanto ao protagonismo judicial.

Em meio a toda essa indeterminação de que se revestem as categorias centrais da proteção

do direito das minorias, o autor rechaça o caráter contramajoritário das Cortes por duas razões principais: a pluralidade inerente à composição das Assembleias e a defesa do princípio majoritário.

De modo a resgatar a “dignidade da legislação”, termo que inclusive é título de uma de suas obras, Waldron (2003, p. 2) tenta desconstruir a ojeriza que o meio acadêmico enxerga nas legislaturas. E o faz exatamente por acreditar que seriam os palcos por excelência a reproduzir a pluralidade de um povo, com todos os seus desacordos inerentes.

“Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que não é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente)” (WALDRON, 2003, p. 32).

Assim, muito mais correto seria entender as instâncias legislativas como palcos de decisão, ao invés do Judiciário, uma vez que esse não carrega essa diversidade em sua composição. Para Waldron (1999, p. 280), a democracia não é sinônimo de consenso, e a existência de desacordo é característica típica de sociedades plurais e modernas.

E qual seria o melhor ambiente para o desenvolvimento (e talvez superação) desses desacordos? Para Waldron, inevitavelmente os parlamentos, guiados pelo princípio majoritário. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 87):

“Waldron vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por este motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos”.

Além de sua percepção de pluralidade na composição das legislaturas, o que por si só já seria suficiente para desacreditar a tensão maioria *versus* minoria e, conseqüentemente, o perfil contramajoritário das Cortes, Waldron defende o majoritarianismo como a melhor forma de superação dos desacordos.

A proteção das minorias esbarra frontalmente com o princípio majoritário, tendo em vista que uma das principais expressões da vontade popular se dá a partir do “voto da maioria”. Nesse sentido, defender o majoritarianismo seria duvidar do real dimensionamento do direito das minorias, pois aquela decisão pode vir a ser desfavorável aos seus direitos.

Conforme visto na introdução, a tensão entre constitucionalismo (que se desdobra na defesa dos direitos fundamentais da minoria) e democracia (que se desdobra no processo decisório de uma maioria) é um dos principais desafios dos teóricos da constituição.

Ciente desse desafio, Waldron (2003, p. 152-153) descarta a ideia de que o majoritarismo seria pernóstico à democracia. Para o autor, o majoritarismo seria apenas mais uma forma de deliberação (regra decisória), convivendo com inúmeras outras. Inclusive o próprio poder Judiciário se vale dessa ferramenta em suas decisões colegiadas.

Imagine a dificuldade que seria, caso todos os processos de deliberação, seja no Parlamento, seja no Judiciário, dependessem da unanimidade do consentimento de seus membros. É bem provável que nenhuma decisão fosse tomada. Consequentemente, o princípio majoritário representa um meio de solver esses impasses.

Além de ser uma técnica decisória, Waldron (2003, p. 194) visualiza o majoritarismo como uma das melhores formas de se concretizar o princípio da igualdade, pois ao mesmo tempo respeita a diferença de opinião e insere cada pessoa no processo decisório, apesar da divergência.

Corolário dessa ideia seria a categoria desenvolvida pelo autor, chamada de “Física do Consentimento”. Em linhas gerais, essa nomenclatura seria o símbolo de conexão moral de uma comunidade, em que todos os seus membros se veriam na decisão tomada pelo grupo, ainda que suas preferências individuais fossem divergentes (WALDRON, 2003, p. 166).

Determinada decisão vencedora, por consequência, deveria ser encarada tal como um vetor, que também foi influenciada pelas decisões em sentido contrário. No final, a decisão seria do todo coletivo, e não apenas do grupo que se sagrou vencedor no processo de deliberação.

Toda essa construção, ancorada na pluralidade das Assembleias e na defesa do majoritarismo, reflete a posição de Waldron sobre o “direito das minorias” e o caráter contramajoritário da Corte. Para ele, esse fundamento de legitimidade judicial não condiz com a realidade, uma vez que não é empiricamente comprovável (MENDES, 2011, p. 97) a existência de uma tensão maioria *versus* minoria. Ao contrário, a decisão vitoriosa seria uma espécie de “conquista” de uma minoria que se organizou e sobressaiu no processo de deliberação (DAHL, 1957, p. 294).

A conclusão que se extrai da presente seção, com base nas lições de Jeremy Waldron, é principalmente duvidar do perfil contramajoritário da Corte. Tal conclusão, a partir da polissemia que o termo “minorias” carrega consigo (inclusive como desdobramento de um silogismo retórico) e do ceticismo que paira sobre essa categoria, torna questionável esse fundamento de supremacia judicial.

Acreditar que essa instituição seria o palco por excelência de proteção das minorias inevitavelmente mascara um cenário de decisionismo e imprecisão, que apenas se presta a mascarar uma decisão que pouco tem a ver com a “questão minoritária”. Em outras palavras, afirma-se que se está defendendo um grupo minoritário (os parlamentares, nos casos

avaliados), mas a decisão poderia ser tomada de maneira diversa (com base em argumentos supostamente “menos fortes”, porém sem o apelo de legitimidade de que a defesa das minorias se reveste).

Na seção seguinte, será avaliada a argumentação do STF no MS 26.441 e no MS 31.816/DF, tendo por base o seguinte questionamento: a decisão da Corte buscou consagrar o entendimento político pessoal dos julgadores ou aplicar o direito previamente estabelecido? Em síntese, a decisão da Corte foi pragmatista ou corresponde à ideia de “reposta correta”? A resposta a esse questionamento contribuirá para verificar o que representa o “direito das minorias” no processo de argumentação da Corte.

3. O direito das minorias na jurisprudência do STF: busca por uma “resposta correta” ou mais uma decisão pragmatista?

A indeterminação que repousa sobre o conceito de minoria, com a consequente dubiedade do caráter contramajoritário da Corte, denota como a argumentação do STF é muito mais inclinada a conferir legitimidade a suas decisões do que propriamente a exercer um papel de proteção de direitos.

Nesse sentido, diante da incerteza sobre o perfil contramajoritário, cumpre avaliar “como” se acomodam os julgamentos da referida Corte. Para tanto, dois casos serão os balizadores do presente estudo, o MS 26.441 e o MS 31.816/DF, e duas serão as perspectivas teóricas que permitirão a análise da argumentação: o pragmatismo de Richard Posner e o “direito como integridade” de Ronald Dworkin.

Os dois autores consistem em verdadeiros expoentes do atual cenário da filosofia do direito, tendo apresentado inúmeras contribuições especialmente para o conteúdo moral do direito ou a repercussão da moral no mundo jurídico.

Ronald Dworkin (2002, p. 35) formula uma teoria que consiste numa espécie de contraponto ao positivismo jurídico, tendo como principal teórico de contraste Herbert Hart e sua versão positivista de direito proposta no livro *O Conceito de Direito* (HART, 2009, p. 1-2). Os dois pontos de investigação (e de embate) conduzidos por Dworkin são: i) a separação entre direito e moral proposta pela corrente positivista; ii) e a discricionariedade do julgador no processo de decisão nessa corrente.

Em relação ao primeiro aspecto, Dworkin (2002, p. 37) aduz que há uma conexão necessária entre direito e moral, tendo concebido um sistema de direitos que compreendem regras e princípios. E é justamente nessa segunda modalidade de norma que consiste a peculiaridade do

autor, pois os princípios, além de serem diretrizes para o sistema, também apresentam um conteúdo deontológico.

A diferença entre esses tipos de normas é sintetizado por Dworkin da seguinte maneira:

“A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

[...]

“essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42).

De maneira sucinta, a diferença entre as espécies de norma estaria no momento de aplicação e, além disso, na maior participação do julgador no processo de concretização dos princípios, se comparados às regras. No caso dos princípios, a indeterminação normativa é mais intensa, o que requer uma mediação constitutiva de sentido do mediador em face do caso concreto. Já as regras são aplicadas no tudo ou nada, sob pena de invalidade.

O segundo aspecto, na sequência da correlação entre direito e moral, está no enfrentamento da discricionariedade do julgador. Hans Kelsen (2009, p. 390), no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, apresenta a ideia de uma moldura, quando da indeterminação no processo de aplicação das regras jurídicas. Essa categoria de “moldura normativa” contemplaria uma liberdade do julgador em eleger uma dentre as diversas possibilidades que o texto apresenta.

E essa moldura é posteriormente retomada na teoria de Hart (2009, p. 351), que também partilhava da ideia de discricionariedade diante da indeterminação da linguagem (naquilo que chamou de “textura aberta do direito”).

O problema, talvez não percebido por Kelsen nem por Hart, seria a abertura proporcionada pelo texto, de modo que os sentidos não poderiam ser esgotados quando da edição legislativa. Ou seja, a interpretação, conforme circunstâncias e no decorrer de épocas, permitiria avançar outros sentidos que seriam inapropriados em determinado paradigma. Nesse sentido,

“[...] são inúmeros os obstáculos à pretensão de fixação de todos os possíveis sentidos de um texto legal ou de antecipação de todas as hipóteses ou formas de aplicação de uma norma. Ainda que o legislador ou mesmo um capaz cientista do direito se esforce para considerar previamente todas as situações que, eventualmente, possam vir a integrar o campo de incidência de uma norma qualquer, para então fixar o(s) sentido(s) do respectivo texto legal, seria impossível esgotar e definir todas as possibilidades dentro de uma moldura. As dificuldades de realizar tal processo com sucesso vinculam-se aos próprios limites da racionalidade humana” (COURA, 2013, p. 131).

A desnaturação desse processo de aplica o inevitavelmente recairia numa espécie de decisionismo judicial, ou, nas palavras de Lenio Streck (2009, p. 213), no “solipsismo” do juiz, que supostamente poderia decidir de qualquer maneira frente a determinado caso.

E   justamente combatendo a discricionariedade judicial que Dworkin desenvolve categorias centrais de sua teoria. O autor formula a sua perspectiva de “direito como integridade” com a inten o de demonstrar que o magistrado não está desamarrado para decidir da forma que lhe aprouver. Pelo contrário, o juiz tem a missão de aplicar o direito, inclusive quando nenhuma regra se evidencie (DWORKIN, 2002, p. 127).

A no o do “direito como integridade”   formulada a partir de um meio-termo entre outras duas correntes jusfilosoficas comuns nos Estados Unidos: o pragmatismo e o convencionalismo. O pragmatismo, que será tratado mais adiante, em brevíssima síntese, corresponderia   ideia de que o juiz deve decidir com base naquilo que seria melhor, no futuro, para a comunidade (DWORKIN, 2007, p. 197). O magistrado estaria desapegado das tradi es jurídicas, podendo inclusive sonegar direitos caso seja mais frutífero para a comunidade a longo prazo (conforme se observar  a seguir, Posner vai retificar a ideia de pragmatismo proposta por Dworkin).

O convencionalismo, por sua vez, seria o inverso do pragmatismo. Por essa corrente, o juiz estaria envolvido pelas conven es jurídicas, tendo as decisões judiciais, necessariamente, que seguir aquilo que outrora fora decidido (DWORKIN, 2007, p. 144). Assim, o âmbito para inova o e evolu o da jurisprudência seria restrito, visto que os olhos estariam voltados para o passado.

Em meio a esses modos de pensar o direito, Dworkin passa a fundamentar a sua proposta: o “direito como integridade”. Essa no o, além de compactuar com as duas correntes acima, tenta dimensionar a “integridade” do desempenho da atividade judicial. Em outras palavras, o autor tenta demonstrar como   imperiosa a racionalidade da decisão judicial e seu conseqüente impacto em uma comunidade. Segundo Dworkin (2007, p. 204),

“[O direito como integridade] insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.

Assim, a atividade judicial não estaria despida de condicionantes (ou seja, o magistrado não poderia decidir de qualquer jeito). Os princípios e convenções de uma comunidade são exemplos de fatores aos quais o magistrado estaria submetido.

Nesse cenário, Dworkin (2005, p. 238) propõe uma espécie de interpretação construtiva, valendo-se da metáfora do “romance em cadeia”:

“Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”.

A aproximação que Dworkin faz com a literatura é a forma sutil que ele encontrou para demonstrar a missão do juiz. Sua atividade é como se fosse a continuidade de um projeto que não foi iniciado por ele, porém ele faz parte desse projeto a que será dada continuidade pelas futuras gerações. Ele explicita a missão de coerência com o passado, bem como de adaptação do romance (ou da jurisprudência) às novas circunstâncias que se apresentem conforme o desenrolar da trama (ou dos valores de uma sociedade).

Além do “romance em cadeia”, outra metáfora literária a que Dworkin (2005, p. 287) recorre é à figura mítica do “Juiz Hércules”. Trata-se de uma alegoria lançada pelo autor, de modo a criar uma espécie de juiz que estaria atento a avaliar todas as peculiaridades, todos os princípios jurídicos e todas as convenções que repousam sobre certo caso judicial.

E essa alegoria conduz a uma terceira categoria na teoria de Dworkin. O método “hercúleo” de interpretação seria a maneira pela qual se alcançaria a resposta correta. A “tese da resposta correta” é o principal ponto de tensão com a discricionariedade defendida pelos positivistas.

Dworkin não propõe que, para todo caso em xeque, haja “a” resposta certa. A ideia do autor é justamente realçar o esforço (hermenêutico) que deve dispensar o magistrado levando em consideração todas as circunstâncias que cerceiam o caso (tal como o mito do “Juiz Hércules”). Nesse

sentido, a “tese da resposta correta” também se apresenta como um tipo ideal, representando a tentativa de que o juiz se aproxime da “resposta mais adequada” (DWORKIN, 2005, p. 209). Em síntese, a proposta de Dworkin é uma interpretação construtivista, que tenta harmonizar racionalidade, integridade, coerência e segurança jurídica:

“Com a realização de tal interpretação construtiva, cada juiz torna-se capaz de alcançar uma decisão idealmente válida em cada caso concreto, apoiando sua justificação em uma ‘teoria’ que reconstrua racionalmente a ordem jurídica dada, de forma que o direito vigente possa ser justificado com base em um conjunto ordenado de princípios dispostos como uma corporificação coerente e íntegra” (COURA, 2009, p. 253).

Verificadas as principais categorias da proposta do “direito como integridade”, cumpre avaliar um de seus concorrentes teóricos: o pragmatismo jurídico. O principal aspecto dessa perspectiva é a desconfiança que repousa sobre as conceituações e sobre a ideia de uma metafísica capaz de explicar os fenômenos (CARVALHO, 2008, p. 204).

Diversos estudiosos se filiam (ou se catalogam como adeptos) ao pragmatismo jurídico. Hoje, o principal expoente dessa linha é Richard Posner, especialmente diante dos debates travados com Dworkin. Portanto, trata-se aqui do pragmatismo jurídico a partir de Richard Posner.

Conforme assinalado acima, Dworkin coloca o pragmatismo ao lado do convencionalismo de modo a exteriorizar a sua ideia do “direito como integridade”. No entanto, o pragmatismo jurídico vai além da simples dimensão consequencialista que o autor descreveu em sua obra.

Para Posner, a consequência se apresenta como mais um fator (crucial) a ser considerado pelo magistrado no processo de decisão. Ao invés de se basear em teorias e conceitos

metafísicos, a atividade judicial deve levar em conta aspectos práticos em sua abordagem. Nas palavras de Posner (2012, p. 358):

“Interesso-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”.

Essa proposta de Posner (2012, p. 6) é consequência de sua crítica ao que ele chama de “moralismo acadêmico”, que consistiria na prática comum do círculo universitário de criar teorias morais para os mais variados casos cotidianos. Autores que seriam “moralistas acadêmicos”, tal como Dworkin para Posner, acreditam que essas teorias são capazes de influenciar os juízos morais e, obviamente, a prática judiciária em geral.

Todavia, Posner formula dois tipos de argumentos sobre os impactos das teorias morais nos juízos morais individuais: o argumento forte é que as teorias morais não influenciam juízos morais; e o argumento moderado é que as teorias morais, ainda que influenciem juízos morais, não devem influenciar juízos jurídicos (POSNER, 2012, p. 3-4).

Posner se autointitula relativista moral, rejeitando a existência de uma verdade moral universal tal como as teorias morais propõem. Para ele, padrões de conduta são alterados pela própria racionalidade humana, a qual é pouco influenciada pelas teorizações morais.

A rejeição da aplicação da moral no direito, ao menos da mistura entre discursos morais e discursos jurídicos, é a principal divergência que se vislumbra entre a teoria de Dworkin e a de Posner. Enquanto aquele prevê uma conexão necessária, conforme observado acima, este enxerga o discurso jurídico comprometido não apenas com a moral.

Nesse sentido, as convicções morais concorrem com diversos outros fatores na atividade judicial pragmática, de modo a realizar aquilo

que seja melhor para a comunidade. Posner (2012, p. 382) sintetiza da seguinte maneira:

“Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame [...] Porém, como vê essas ‘fontes’ somente como fontes de informação e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado”.

Em síntese, a atividade judicial pragmática se presta a oferecer os melhores resultados para a comunidade, enxergando direitos como instrumentos (CARVALHO, 2008, p. 207-208), os quais podem ser postos de lado, caso se verifique que assim o seja para o bem da comunidade. Até mesmo o entendimento jurisprudencial (e a coerência das decisões) pode ser sonogado, caso se verifique que o desenvolvimento da sociedade se dará melhor noutro sentido.

Muito embora se esteja diante de uma doutrina bastante sedutora, afinal confere um dimensionamento político para a atividade judiciária, o pragmatismo esbarra em questionamentos óbvios. Quem determinaria o que seria melhor para a comunidade? Os próprios juízes (CARVALHO, 2008, p. 214)?

E como é possível admitir que os juízes seriam os melhores a determinar o melhor para a comunidade? Quais os critérios utilizados e como avaliar sua performance? É nessa série de questionamentos que Dworkin (2010, p. 130) repousa seu ceticismo em relação à teoria pragmática de Posner:

“Portanto, o pragmatismo moral tem parecido a muitos críticos uma teoria vazia: estimula os esforços voltados para o futuro em busca de um futuro que se recusa a descrever”.

Além da falta de critério, invariavelmente o pragmatismo não está vinculado à necessidade de exteriorizar a racionalidade das decisões, o que, consoante tratado acima, é indispensável para a legitimidade da jurisdição (constitucional). Sem falar na integridade/coerência das decisões, elemento indispensável para a obtenção da segurança jurídica, pois só assim o afetado pela decisão poderia se enxergar nela (mesmo que contrária aos seus interesses).

Pelas razões acima, é insofismável que a proposta de Dworkin se mostra muito mais preocupada com a decisão judicial e sua legitimidade do que o pragmatismo. A missão do magistrado em alcançar uma “resposta

adequada” delinea sua postura frente ao caso concreto, sua preocupação com as tradições, jurisprudência e os princípios subjacentes, o que permite que a decisão judicial seja vinculada ao direito democrático estabelecido, e não apenas ao comportamento subjetivo do magistrado.

A partir dessas abordagens, cumpre avaliar os julgamentos que ilustram o presente caso. Parece claro que tanto o MS 26.441/DF, quanto a Medida Cautelar no MS 31.816/DF, que trouxeram como principal fundamentação a proteção das minorias parlamentares, se coadunam com uma “resposta correta”; instalar a CPI (no primeiro caso) e manter a integridade na ordem da agenda política dos vetos (no segundo caso).

Em que pese a medida cautelar ter sido revogada no segundo caso, com base nos argumentos de que se tratava de matéria *interna corporis* do Congresso e não seria cabível o mandado de segurança como instrumento sucedâneo de controle preventivo de constitucionalidade, a avaliação que é feita é da coerência do fundamento da medida liminar que trouxe o “direito das minorias” em sua fundamentação.

Independentemente do (des)acerto das decisões acima, o caráter pragmatista da Corte se verificou na *ratio decidendi*, ao invocar as categorias de “direito das minorias” e “contramajoritário”. Conforme tratado na seção anterior, existe profunda indeterminação sobre o conceito de “minorias” e, conseqüentemente, o perfil contramajoritário do STF nem sempre se verifica na prática. Por essa razão, a principal finalidade de a Corte se valer de tais categorias é conferir maior legitimidade e aceitação à decisão final proferida.

É justamente o apelo a tais categorias que demonstra uma faceta pragmatista, ainda que a decisão final possa ser acertada. Nos dois casos, não há correspondência entre a efetivação dos direitos das minorias, o caráter contramajoritário e a decisão tomada. O pronunciamento

poderia ter sido restrito ao sentido amplamente compartilhado do art. 58, §3º (no primeiro caso) e do art. 66, §4º (no segundo caso), ambos da Constituição. Mas a corrente “ornamentou” a fundamentação, trazendo aspectos relativos àquelas categorias.

O ceticismo exposto aqui sobre o perfil pragmatista do juiz se aplica a uma Corte pragmatista. A ausência de critérios e a quebra de uma racionalidade comprometem a adequação dessa instituição ao “constitucionalismo democrático” debatido na introdução. Apesar de acreditarem que, revestindo a fundamentação com categorias densas como o “direito das minorias” e o “caráter contramajoritário” haveria um maior grau de legitimidade, o efeito é inverso. Independentemente de ser acertada ou não, a decisão passa a não corresponder ao desenvolvimento do discurso, o qual apenas serve de mero suporte para aquela.

4. Considerações finais

Todo o percurso transcorrido teve como pano de fundo a busca pela compatibilização entre uma Corte constitucional (simbolizada no STF) e a ideia de um “constitucionalismo democrático”. E a argumentação desenvolvida pelos magistrados desempenha o principal papel de concatenar esses pressupostos, naquilo que Habermas (2010, p. 266) identificou como tensão imanente entre segurança jurídica e justiça nas decisões.

Assim, pode-se observar que um dos argumentos mais contundentes que poderia desempenhar esse papel seria a defesa do “direito das minorias” e o perfil contramajoritário da Corte. No entanto, essas categorias são polissêmicas e indetermináveis, tendo o termo “minorias”, por vezes, feito o papel de silogismo retórico, com a finalidade de conferir uma diferente “roupagem” à decisão tomada pelos magistrados.

A noção de uma “resposta correta” dá lugar a uma postura pragmática, em que a Corte não trata de buscar a real proteção e aplicação de direitos que seriam inerentes às condições das minorias (ainda que parlamentares). O discurso se esconde em meio a uma argumentação meramente retórica, que se vale de conceitos fluidos, com amplo espectro de significados. Conforme verificado no MS 26.441/DF e no MS 31.816/DF, a decisão pode até ter sido a mais adequada, porém a fundamentação não expôs quais seriam os direitos das minorias, tampouco o real conteúdo do papel contramajoritário das Cortes.

Assim como os julgamentos acima, inúmeros outros seguem esta característica: decisão, apesar da fundamentação. Conceitos como moralidade pública, dignidade da pessoa humana, segurança nacional, etc., entre tantos outros conceitos “guarda-chuvas”, se prestam a dar “ares” de legitimidade, sem que seu conteúdo seja precisamente delimitado (ESCOSSIA; MOREIRA, 2014, p. 101-118).

Essa nociva prática judiciária produz efeito reverso. Ao invés de conferir a desejada legitimidade, passa a comprometer a racionalidade das decisões e a consequente ideia de segurança jurídica. Dessa forma, os pronunciamentos passam a ser uma espécie de loteria, com decisões aleatórias sendo tomadas. E a fundamentação seria um simples adereço, sem qualquer influência na decisão. Afinal, ela já foi tomada. E, supostamente, o juiz sabe o que está fazendo.

Sobre os autores

Alexandre de Castro Coura é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor do programa de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória e Promotor de Justiça. E-mail: alexandrecura@ig.com.br

Matheus Henrique dos Santos da Escossia é graduando e bolsista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: matheushsescossia@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

THE FALLACY IN THE MINORITY RIGHTS: THE PRAGMATIC FACET OVER THE COUNTERMAJORITARIAN COURT’S PROFILE

²Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The following article aims to investigate the meanings extracted by the categories called “minority rights” and “countermajoritarian” after the Supremo Tribunal Federal cases. Therefore, we will evaluate two decisions that bring these categories in its *ratio decidendi*, the Mandado de Segurança 26.441/DF and the Medida Cautelar in the Mandado de Segurança 31.816/DF, in order to verify how the Court interprets these terms. These judgments will be conducted by the conceptual uncertainty set in the doctrine, as well the legitimacy under the Court’s countermajoritarian profile. In the end, the study will debate two conflicting theoretical frameworks, the “law as integrity” by Ronald Dworkin and the juridical pragmatism by Richard Posner, in order to evaluate the connection between the fundamentals and the decision developed in the deliberation process.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. MINORITY RIGHTS. INTEGRITY. PRAGMATISM. ARGUMENTATION.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 26.441/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 25 abr. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 19 mar. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no mandado de segurança n. 31.816 MC/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 17 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na medida cautelar em mandado de segurança n. 31.816/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 27 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 maio 2013.

CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64. Jul./set. 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, 2003.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento em Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, 1957.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOSSIA, Matheus; MOREIRA, Nelson Camatta. A sereníssima república e o estado de exceção: quando o STF sucumbe aos argumentos de política. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 15, jan./jun. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HART, Herbert. L. A. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARTINS, Argemiro; MITUZANI, Larissa. Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático brasileiro. *Sequência*, n. 63, dez. 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILHENA, Oscar Vieira. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

A invisibilidade jurídica da exploração de recursos genéticos situados em oceanos além das jurisdições dos Estados costeiros

BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES
MARISTELA APARECIDA DE OLIVEIRA VALADÃO

Resumo: A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982) definiu e aperfeiçoou zonas marinhas de influência dos Estados e estabeleceu a Área, constituída pelo leito do mar, fundos marinhos e seu subsolo para além dos limites da jurisdição nacional. Na regulação da Área, os recursos minerais nela encontrados foram considerados como patrimônio da humanidade. Não há, todavia, previsão quanto ao destino e titularidade dos recursos da biodiversidade. A Convenção sobre Diversidade Biológica, por sua vez, submete a biodiversidade, e consequentemente seus recursos genéticos, ao princípio da soberania, consagrando direitos dos Estados sobre os recursos naturais que estejam sob sua jurisdição. Há, pois, uma lacuna na regulação dos recursos genéticos marinhos se estes estiverem situados na Área. Propõe-se aqui a aproximação do Direito com a Ética ambiental, resgatando a solidariedade intrageracional e intergeracional e considerando os recursos genéticos da Área como patrimônio comum.

Palavras-chave: Direito do Mar. Meio ambiente. Oceanos. Recursos genéticos. Área. Biodiversidade.

1. Introdução

Até há poucas décadas, os fundos oceânicos eram considerados desérticos e não atraíam a atenção dos cientistas, tampouco despertavam a intervenção jurídica, pois o suprimento de bens ambientais terrestres e a facilidade de acesso a eles afastava a necessidade de maior exploração dos oceanos.

Recebido em 24/10/14
Aprovado em 17/11/14

Com o passar dos anos, a crescente utilização dos recursos terrestres e o progresso da ciência e a evolução de tecnologias oceânicas possibilitaram a exploração do mar não apenas na superfície, mas também na profundidade, impulsionando a exploração dos recursos presentes nos fundos oceânicos.

O alcance dos fundos oceânicos gerou a descoberta de recursos minerais, despertando a cobiça dos países; e, para evitar conflitos, delimitou-se esse novo espaço marinho, antes desconhecido, e atribuiu-se-lhe um regime jurídico próprio a fim de regular o acesso e a exploração de seus recursos.

Após anos de negociação, ocorreu a Convenção do Mar, de 1982, realizada em Montego Bay, que teve como maior inovação a criação da Área – um espaço marinho autônomo, situado fora das jurisdições dos Estados nacionais, que compreende o solo e subsolo marinhos.

A disputa pelos recursos minerais dos fundos oceânicos foi alvo de muitas discussões entre os diversos países que, na defesa de interesses particulares, somente ratificaram a Convenção de Montego Bay após o Acordo de 1994, que teve o encargo de definir a Área e designar que os recursos nela presentes constituem patrimônio comum da humanidade e, conseqüentemente, os benefícios e tecnologias deveriam ser repartidos. Contudo, a legislação do mar restringiu-se aos recursos minerais, sem qualquer referência aos recursos vivos da Área e seu material genético.

Entretanto, a omissão legislativa tem favorecido o domínio dos recursos genéticos marinhos da Área pelos países dotados de tecnologia e poder econômico para explorá-los. Por outro lado, os países em desenvolvimento lutam pela inserção dos recursos vivos na definição dos recursos da área, como forma legítima de defenderem a repartição de benefícios e tecnologias.

Trata-se de uma “invisibilidade” jurídica preocupante, porque, enquanto não houver uma definição do regime jurídico da exploração dos recursos genéticos da Área, os países mais capacitados continuarão mantendo sua posição confortável na livre exploração da Área.

Os componentes genéticos de organismos presentes nos fundos oceânicos apresentam características únicas, sem equivalentes no meio terrestre. Alguns desses organismos sobrevivem em ambientes adversos, de alta toxicidade e temperatura, e podem estar relacionados com o início da vida no planeta. Os organismos situados nas zonas que circundam fontes hidrotermais possuem estruturas genéticas que têm sido aplicadas principalmente no tratamento de várias doenças, como câncer e Aids, mas sem partilha de benefícios econômicos e exigências ambientais consistentes.

Ora, se a Convenção do Mar de 1982 visa a manter a equidade das condições de acesso ao mar e seus recursos, é preciso que haja uma resposta do Direito para a superação do problema em questão, sob pena de caminhar na contramão da sustentabilidade, na medida em que reforça cada vez mais a desigualdade entre os Estados.

Tais premissas provocam alguns questionamentos: como superar a lacuna na CNUDM acerca da titularidade da exploração do patrimônio genético da flora e fauna da Área? A manutenção da atual legislação não estaria favorecendo a monetarização de mais um recurso ambiental, em benefício de poucos?

Trata-se, portanto, de um tema de grande relevância para a sociedade internacional e que já ultrapassa a necessidade de ingressar no mundo marinho e superar a “invisibilidade” não só física como também jurídica, para que se promova a gestão sustentável de bens pertencentes a todos os que têm sido explorados por uma elite representada por países industrializados.

Para o desenvolvimento do tema, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, tomando como ponto de partida a Convenção do Mar, de Montego Bay. O artigo tem a finalidade de superar a “invisibilidade” jurídica relativa à exploração do patrimônio genético dos recursos vivos situados na Área. Para seu alcance, o estudo foi dividido em três partes: a primeira faz referência à regulação jurídica internacional do mar; a segunda trata dos espaços e liberdades marinhas, destacando a Área e seus recursos vivos para, finalmente, atribuir-se à última parte o escopo de demonstrar a necessidade de disciplinar a exploração dos recursos genéticos para a promoção da sua gestão sustentável.

2. A tutela jurídica internacional do mar

A disciplina jurídica do mar foi edificada inicialmente para regular a liberdade de navegação. Com o desenvolvimento de tecnologias, cientistas mergulharam mar adentro e foram descobertas riquezas que poderiam gerar disputas entre países, o que despertou a necessidade de promover uma maior regulação, objetivando o uso pacífico do mar.

Na atualidade, o Direito do Mar envolve direitos e deveres de toda a sociedade internacional sobre o mar e exercício de liberdades nele desenvolvidas. Refere-se a um ramo jurídico que sofre modificações constantes, o que se torna evidente na própria evolução do Direito do Mar. Sobre esse dinamismo, reitera Bastos (2005, p. 189) que “o Direito do Mar é provavelmente, com os Direitos Humanos, o domínio onde se têm feito sentir algumas das mais importantes modificações que caracterizam o Direito Internacional contemporâneo”.

2.1. A trajetória das primeiras convenções das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

Após a Segunda Guerra Mundial, muitos conceitos ligados ao Direito do Mar clássico, como a liberdade absoluta e a inesgotabilidade dos recursos naturais vivos, foram alvo de questionamentos (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 42).

A Primeira Conferência sobre o Direito do Mar foi concluída em 1958, em Genebra, na Suíça, e originou quatro convenções – sobre o mar territorial e a zona contígua; pesca e conservação dos recursos vivos do alto-mar; alto-mar; e plataforma continental – que forneceram a base para a atual configuração dos espaços marítimos (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2002, p. 130).

Contudo, a Primeira Convenção do Mar sofreu forte oposição dos países desenvolvidos por acolher reivindicações dos países em desenvol-

vimento, um dos motivos pelos quais foi convocada, em 1960, a Segunda Conferência sobre o Direito do Mar. Essa Conferência, mesmo sem obter o consenso entre os Estados a respeito de vários assuntos, teve o mérito de ser a precursora das 12 milhas que delimitam o mar territorial na atualidade (ZANELLA, 2013, p. 86).

Ambas as Conferências aceleraram o desenvolvimento do Direito do Mar contemporâneo, mas não eram destituídas de regras mais consistentes sobre as plataformas continentais e fundos marinhos, principalmente aquelas destinadas a prevenir a ocorrência de conflitos de domínio na corrida pela exploração mineral nos leitos oceânicos.

Após a década de 1960, além da utilização horizontal do mar dedicada principalmente à navegação, a investigação científica e a tecnologia oceanográfica possibilitaram o acesso aos recursos naturais marinhos no fundo do mar, atraindo a cobiça das nações industrializadas.

Pensou-se, então, em um novo espaço marinho para abranger os fundos oceânicos, o que não seria uma tarefa fácil, pois as nações portadoras de meios econômicos e tecnológicos para promover a exploração mineral defendiam o livre acesso, enquanto as outras, menos capacitadas, temiam que as riquezas minerais fossem monopolizadas.

Entretanto, era fundamental que a legislação obtivesse um grande número de signatários para evitar a concorrência de legislações paralelas em um mesmo espaço. E esse foi o grande obstáculo: a conciliação de interesses diversos.

Nesse cenário, ocorre a Terceira Convenção do Direito do Mar, na cidade de Caracas, Venezuela, em 1974, com o propósito de alcançar o consenso para facilitar sua aprovação e universalidade. A pretensão da maioria dos Estados era a obtenção de um conjunto de normas que integrasse as áreas marinhas submetidas às jurisdições dos Estados nacionais, o alto-mar e os fundos marinhos internacionais (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 60).

2.2. A Convenção de Montego Bay

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) foi assinada em 1982, no balneário de Montego Bay, na Jamaica. Trata-se de um documento extenso e inovador que abrangeu vários temas, integrou áreas marítimas nacionais e internacionais e superou a visão clássica unidimensional do mar, estendendo-se da superfície para a profundidade e para o espaço aéreo suprajacente (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 67).

A Convenção atual privilegiou a igualdade de condições de acesso ao mar e a seus recursos naturais, consolidando a liberdade efetiva dos mares – inclusive a própria definição do regime jurídico dos recursos

naturais existentes nos fundos marinhos, como patrimônio comum da humanidade, foi uma forma de concretizar os princípios da liberdade e igualdade dos mares a todos os países (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 67-68).

A Convenção de Montego Bay é considerada a principal regulação dos oceanos e impera sobre outras legislações internacionais aplicáveis aos espaços marítimos. A CNUDM foi pioneira ao incorporar a regulação da transferência de tecnologia em seu corpo (artigo 144), incentivando-a. É uma postura que merece destaque porque os conhecimentos científico e tecnológico constituem fortes instrumentos de poder e dominação que estão cada vez mais concentrados nas mãos de poucos, e seus detentores não têm interesse algum em compartilhá-los.

Entre as diversas matérias reguladas, destaca-se a determinação de um regime jurídico dos fundos marinhos além dos limites das jurisdições nacionais – a Área –, inovação que gerou muitas controvérsias no decorrer do processo de negociações. Observa-se que a definição da Área tem natureza residual, ou seja, é basicamente o que resta dos fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo, subtraindo-se o espaço ocupado pelas plataformas continentais dos Estados costeiros.

Os recursos da Área pertencem à humanidade. Nos termos da CNUDM, os recursos abrangem somente os minerais sólidos, líquidos ou gasosos *in situ* na Área, no leito do mar ou em seu subsolo. Permanece silente, no entanto, no que se refere à propriedade e aproveitamento dos recursos vivos da flora e fauna marinha. Registra-se aqui uma preocupação importante em torno desta ausência, porque vem permitindo que tais recursos sejam livremente acessados pelos países mais desenvolvidos, detentores de mais capital e tecnologia para sua exploração.

Para gestão dos recursos da Área, nomeadamente minerais, foi criada a Autoridade

Internacional dos Fundos Marinhos, que tem a responsabilidade de promover a gestão sustentável dos recursos nesta zona, em conformidade com a regulamentação imposta pela Convenção de 1982 e pelo Acordo de 1994 (ZANELLA, 2013, p. 347).

Tendo em vista a difícil conciliação de interesses em relação à Área, a Convenção de 1982 somente entrou em vigor em 1994, após a celebração de um Acordo celebrado para promover sua aceitação universal, que trouxe alterações substanciais, principalmente no que se refere ao regime jurídico aplicável à Área e a seus recursos.

2.3. O Acordo de 1994 e a conciliação de interesses

O Acordo foi um plano estratégico utilizado pelos Estados desenvolvidos para alcançarem seus objetivos, pois a transferência de tecnologia ficou relegada ao voluntarismo e, por meio da livre utilização dos recursos da Área, conseguiram manter vantagens no sistema internacional e agasalhar interesses particulares (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 117-118).

Ressalte-se a necessidade da cooperação entre todos os Estados, dado que quaisquer políticas a serem adotadas internacionalmente em relação aos recursos vivos ou não vivos configuram assunto de interesse global.

2.4. O diálogo entre o Direito do Mar e o Direito Internacional Ambiental

O Direito Internacional Ambiental emergiu no século XX com o intuito de restabelecer o equilíbrio ambiental rompido ao longo dos séculos, a partir da conscientização de que os bens ambientais são finitos e os danos ambientais ultrapassam fronteiras espaciais e temporais.

As demandas ambientais exigem um tratamento jurídico global que se expressa na forma

de documentos internacionais firmados entre os Estados que geram, ou deveriam gerar obrigações e responsabilidades a todos os envolvidos.

A consolidação do Direito Internacional do Meio Ambiente pode ser vislumbrada mediante a ocorrência de eventos importantes como a Conferência de Estocolmo, o Relatório de Brundtland, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a “ECO 92” e as denominadas “Rio +10” e “Rio +20”.

A Declaração de Estocolmo, em 1972, despertou a sociedade internacional para a necessidade da preservação ambiental para gerações presentes e futuras. Teve o mérito de introduzir os primeiros princípios ambientais na tentativa de conciliar a proteção ambiental e o direito ao desenvolvimento (DIAFÉRIA; FIORILLO, 1999, p. 18).

Entre seus dispositivos, destacam-se a cooperação internacional, princípio norteador do Direito Internacional, que tem por finalidade a promoção do livre intercâmbio de experiências científicas e tecnologias ambientais, e o princípio 7, que menciona a vida marinha e a utilização legítima do mar.

Outro momento fundamental foi a elaboração do Relatório Brundtland, em 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. O documento final redigido, “Nosso Futuro Comum”, inovou ao trazer a possibilidade de conciliar crescimento econômico e a preservação ambiental, conformando o conceito de desenvolvimento sustentável, direcionado para ações que promovam a convergência dos pilares econômico, social e ambiental.

A interpretação do real conteúdo da expressão “desenvolvimento sustentável” indica que os problemas ambientais só poderão ser verdadeiramente enfrentados se houver um maior ajuste na alarmante desigualdade social e na falta de

acesso de grande parte da população aos direitos sociais básicos, que também se constituem agravantes da degradação ambiental. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 93, 110).

Em 1992, vinte anos após o alerta mundial em Estocolmo, representantes da sociedade internacional reuniram-se no Rio de Janeiro para avaliar o crescente processo de degradação ambiental no planeta. O encontro, denominado “Rio 92”, contemplou o princípio da precaução como um dos princípios fundamentais para a prevenção do dano ambiental e gerou documentos internacionais importantes: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima e a Agenda 21.

A CDB representou um dos maiores avanços obtidos e teve como principais objetivos a conservação da biodiversidade biológica e utilização sustentável de seus componentes, o acesso aos recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da sua utilização e também a transferência adequada de tecnologias (DIAFÉRIA; FIORILLO, 1999, p. 19).

Ao reconhecer a soberania dos países sobre seus recursos genéticos, a CDB rompeu com a concepção de que tais recursos constituíam patrimônio comum da humanidade. Esse reconhecimento, associado à repartição de benefícios, tinha uma finalidade muito nobre: reduzir a desigualdade entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que os primeiros são detentores de tecnologia e os outros, detentores de biodiversidade.

Com efeito, a alteração na titularidade dos recursos genéticos em áreas jurisdicionais nacionais limitou o livre acesso a eles e, sendo dotados de valor econômico incalculável, implicou importantes efeitos no contexto de poder.

Registra-se que a CDB concentra sua proteção nas biodiversidades terrestres dos Estados

nacionais e não contém dispositivos específicos que tratem da biodiversidade marinha. Ao se referir à biodiversidade em áreas internacionais, o artigo 5 apenas estabelece o dever genérico de os Estados-partes cooperarem diretamente entre si ou por meio de organizações internacionais para a preservação e utilização sustentável de seus recursos naturais genéticos (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 162-163).

Observa-se certa “moderação” legislativa ao tratar dos recursos genéticos marinhos. O Secretariado da CDB e a Autoridade da CNUDM têm discutido sobre a ausência de regulamentação do acesso aos RGMs da Área, mas não existe nada em concreto a respeito de um regime de proteção específica e efetiva para eles.

Mesmo diante de tal omissão legislativa, é inegável que a CDB trouxe grandes avanços na tutela dos recursos genéticos presentes no território nacional, que, de certa forma, restringiram o monopólio dos países tecnologicamente mais avançados.

Para avaliar a evolução no tratamento das questões ambientais nos dez anos subsequentes, ocorreu mais um fórum mundial de discussões sobre questões ambientais: a Rio +10, também denominada Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável. Constatou-se que as metas não foram alcançadas e que a degradação ambiental e desigualdade social não foram estancadas.

Recentemente, em 2012, adveio a Rio +20, a maior Conferência já realizada, refletindo bem a preocupação com o futuro do planeta. O documento final da Conferência, intitulado “O Futuro que Queremos”, condensou vários temas e foram reconhecidos alguns avanços, mas questões urgentes foram adiadas (VEIGA, 2013). Listaram-se várias prioridades para o ambiente terrestre, mas poucos parágrafos foram dedicados aos oceanos.

O compromisso de iniciar as negociações para um novo acordo sobre a CNUDM para proteger a biodiversidade marinha e estabelecer reservas marinhas foi bloqueado por um grupo de países: EUA, Canadá, Venezuela, Rússia e Japão – comprometendo o plano de resgate dos oceanos (REY, 2012, p. 5-6).

Adotando uma postura mais otimista sobre a Rio +20, Valdés (2012, p. 13) afirma que “[...] foi extremamente importante que ela tenha abordado a questão da investigação marinha e encorajado esforços para expandir essas investigações”.

Por sua vez, Muelbert (2012, p. 29) manifesta que ficou clara a necessidade de ampliar os esforços para manter a saúde dos oceanos e faz uma remissão aos fundos marinhos ao denunciar que “há uma forte pressão no sentido do regramento do uso internacional do espaço e dos recursos ambientais (vivos e não vivos) nesse ambiente oceânico”.

Partindo de tais considerações, pensa-se se realmente os países que monopolizam a exploração dos recursos vivos da Área facilitarão a negociação de uma regulação jurídica do acesso à Área e seus RGMs.

Para encorajar o debate, convém apresentar as críticas feitas por Bastos sobre os documentos internacionais:

“O problema é que não existe uma coincidência entre o discurso dos Estados em relação ao ambiente e a prática dos Estados no que respeita aos recursos naturais, com destaque para os recursos naturais marinhos. Só assim é possível entender que sejam produzidas camadas sucessivas de documentos no âmbito do Direito Internacional do Ambiente, independentemente dos efeitos concretos que estes venham efetivamente a produzir, como se o mais importante fosse a comunicação da sua formulação” (BASTOS, 2005, p. 64).

Diante de tal evidência, registra-se que, na maioria das vezes, as principais justificativas da precária aplicação dos tratados internacionais e da sua falta de credibilidade são motivadas pelas forças econômicas que sustentam a elaboração dessas normas e pela dificuldade na aplicação de sanções às nações que praticarem ilícitos ambientais internacionais.

Alguns países não ratificam determinados tratados, muitas vezes por estratégias políticas, voltadas para a proteção de interesses particularmente econômicos, como ocorreu na trajetória da CNUDM. Contudo, outros fatores são determinantes na ausência ou lentidão da ratificação, podendo advir da discordância em relação ao conteúdo de uma convenção ou até mesmo pela insuficiência de conhecimento científico acerca do tema, etc. A demora nem sempre significa oposição, pode também ocorrer porque o Estado não considera a ratificação tão urgente quanto certos problemas internos. (TRINDADE, 2006, p. 54).

A dificuldade na incorporação do Direito Internacional dos Oceanos nos ordenamentos jurídicos internos também pode ser explicada pelo fato de os Estados se preocuparem muito mais com ampliar seus espaços soberanos do que fixar limites em áreas de fundos marinhos situados em espaços além de suas jurisdições.

Enfim, a exploração dos ecossistemas marinhos é preocupante porque avança progressivamente sem a regulamentação devida diante da contribuição que oferece, direta e indiretamente, à economia mundial. Como adverte Prates (2008, p. 137), “estamos acabando com recursos que nem sequer conhecemos”.

Todavia, a superação da “invisibilidade” jurídica só será possível se ultrapassada a “invisibilidade” física, ou seja, a ignorância sobre o objeto pesquisado. Afinal, nem se tem certeza da importância dos fundos oceânicos e das particularidades dos recursos vivos que neles habitam.

De fato, empreender uma pesquisa sobre a “invisibilidade” jurídica implica a necessidade de considerar as inúmeras relações entre os fundos oceânicos e as consequências jurídicas no mundo terrestre. Assim, o conhecimento prévio sobre os espaços marinhos e suas especificidades oferece subsídios para compreender a necessidade de despertar para a regulação da exploração dos recursos genéticos marinhos situados além das jurisdições nacionais.

3. Os espaços e as liberdades marinhas: a criação de um novo espaço marinho nos fundos oceânicos além das jurisdições dos Estados costeiros

Os oceanos são fundamentais para a continuidade da vida no planeta e desempenham funções ambientais essenciais, isoladamente e em interação com os demais ecossistemas. Estão envolvidos na regulação do clima e da qualidade do ar, bem como são úteis em lazer, produção de energia, fornecimento de alimentos, exploração de minerais, produção de fármacos e cosméticos, entre outros.

Em princípio, o desejo de conquistar novos territórios e a necessidade econômica instigaram os homens a adentrar as águas oceânicas e, somente ao final dos anos 1950, o progresso da ciência e da técnica possibilitou a descoberta de um ambiente repleto de recursos vivos e não vivos, atraindo a atenção para seu potencial econômico.

As limitações tecnológicas, físicas e econômicas, e até mesmo a prevalente tradição de se investigar os ambientes terrestres, justificam o pouco conhecimento de um ecossistema tão rico (PRATES, 2008, p. 119).

A possibilidade de os oceanos comportarem a atuação simultânea de vários sujeitos manifesta a existência das zonas marítimas. Todavia, a

coexistência desses vários atores pode conduzir a situações dificilmente conciliáveis.

3.1. O parcelamento do mar em espaços marinhos

Historicamente, a elaboração de normas jurídicas internacionais relacionadas ao ambiente, nomeadamente as contidas no Direito do Mar, quase sempre se voltaram primeiramente aos benefícios econômicos que o aproveitamento dos recursos naturais representam para a satisfação de necessidades humanas. Ao retalhar o planeta em estatutos jurídicos internacionais distintos, os recursos naturais são também divididos e nem por isso multiplicam-se as responsabilidades (BASTOS, 2005, p. 63).

A evolução da disciplina dos espaços marítimos transitou em torno da liberdade dos mares e, conseqüentemente, da apropriação dos espaços marítimos. Na medida em que surgem os espaços, há uma maior limitação de direitos dos Estados, em razão de uma progressiva sujeição dos espaços ao domínio do Estado costeiro (ZANELLA, 2013, p. 516).

Segundo a conformação do estatuto jurídico do mar, as regiões marítimas dividem-se em: mar territorial, zona contígua, estreitos, estados arquipélagos, zona econômica exclusiva (ZEE), plataforma continental e ilhas, todos sob a jurisdição da zona e limites dos Estados costeiros; e o alto-mar e os fundos marinhos, subordinados à regulação internacional.

Entretanto, a conformação jurídica voltada para o parcelamento do mar pode gerar controvérsias, pois, apesar de o mar não ser um espaço unitário do ponto de vista jurídico, os problemas estão estreitamente interligados e devem ser considerados em sua totalidade, como sinaliza a CNUDM, em seu preâmbulo. Nesse sentido, pondera Bastos (2005, p. 130) que, “apesar do acréscimo do conhecimento

científico e das preocupações ecológicas que este tem desencadeado, é paradoxal que a evolução da posição dos Estados no mar tivesse conduzido a retalhá-lo em parcelas com estatutos jurídicos distintos”.

A compreensão da fragmentação do mar em zonas de jurisdição oferece bases para a delimitação de direitos e obrigações dos Estados em cada espaço jurisdicional. Em linhas gerais, se os recursos genéticos se encontram na jurisdição nacional, os Estados ribeirinhos têm domínio sobre eles e devem tomar medidas protetivas para integrarem o ambiente marinho; e, se encontrados fora dos espaços jurisdicionais, a exploração de tais recursos é exercida livremente.

O mar territorial compreende o espaço marítimo adjacente à costa sobre o qual o Estado litorâneo detém soberania, com certos limites; e a CNUDM autoriza os Estados a fixarem sua largura até um limite inferior a 12 milhas marítimas, medidas a partir da costa. Os direitos do Estado costeiro sobre seu mar territorial equivalem àqueles que possui em seu domínio terrestre, tais como o direito exclusivo de regulamentar, autorizar e realizar pesquisa científica marinha e outras atividades ligadas à coleta de materiais genéticos em seu mar territorial (LEHMANN, 2007, p. 37).

Na zona econômica exclusiva, os Estados costeiros têm liberdade de investigação científica marinha com correspondentes deveres de proteção e preservação ambiental. O fundo do mar e o subsolo submetem-se às disposições que regulam a plataforma continental; sendo que os recursos genéticos situados nas 200 milhas náuticas ou são regidos pela ZEE ou pelo regime jurídico da plataforma continental (LEHMANN, 2007, p. 38).

A denominada ZEE é um espaço que não faz parte nem do território do Estado nem do alto-mar. Mello (2001, p. 8) assevera que “tem uma natureza *sui generis*, vez que ela tem simultaneamente características do mar territorial e do alto-mar”.

Contudo, a delimitação do alto-mar tem sofrido transformações devido à exclusão das áreas submetidas à jurisdição dos Estados costeiros, que, ao ampliarem seus espaços soberanos, reduzem substancialmente os limites do alto-mar, o que leva Mello (2001, p. 6) a afirmar que “não se pode conceituar o alto-mar pelo que ele é e sim pelo que não é”.

Observa-se, portanto, que a definição do espaço destinado ao alto-mar depende da delimitação das outras zonas. O alto-mar ocupa mais de 50% dos oceanos e corresponde à coluna de água que está além dos limites da jurisdição nacional dos Estados costeiros. Todavia, a grande inovação da CNUDM foi a subtração dos fundos oceânicos do alto-mar, que passam a constituir um novo espaço marinho com regime jurídico próprio: a Área (MARINHO; MONTALVERNE, 2012, p. 291).

Depara-se, portanto, com a existência de dois espaços interligados com tratamentos jurídicos diferenciados: a) o alto-mar, fora das zonas

econômicas exclusivas, é caracterizado por considerável liberdade, não sujeito à jurisdição de qualquer Estado costeiro; b) e a Área e seus recursos, nomeadamente minerais. Eles constituem patrimônio comum da humanidade e as atividades ligadas à exploração dos recursos genéticos marinhos são realizadas sem regulamentação específica. Assim, a proteção de tais recursos, desde a pesquisa científica marinha, passando pela bioprospecção e coleta de organismos vivos, somente será viável mediante a cooperação entre os Estados envolvidos nas atividades em alto-mar, alinhando-se ao artigo 118 da CNUDM (MATZ, 2002, p. 284-285).

3.2. A Área e as suas particularidades

Os progressos tecnológicos transformaram a visão que se tem do mar, que era inicialmente dominado “por cima”, para resguardar os direitos de navegação e pesca, e hoje agrega a dominação “por baixo”, em busca das riquezas dos fundos oceânicos (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2002, p. 132).

A corrida pelo controle e ocupação desse espaço despertou a necessidade de normatizar e criar um novo espaço marítimo, com regime jurídico próprio, o que foi concretizado na CNUDM de 1982. Mesmo individualizados como espaço autônomo, várias incertezas ainda incidem sobre os fundos marinhos, muitas delas resultantes da coexistência de interesses conflitantes ainda não pacificados pela legislação do mar.

Observa-se que o regime jurídico da Área se alinhava aos conhecimentos científicos disponíveis na década de 1970 sobre os recursos minerais ali existentes, não incluindo outros recursos que foram sendo descobertos paralelamente durante as negociações da Convenção de 1982. Isso conduziu a um tratamento inconsistente da questão, porque somente os recursos não vivos, cuja exploração representava relevância econômica futura duvidosa, foram submetidos a um regime jurídico, enquanto os recursos genéticos dos fundos oceânicos, que apresentam grande potencial econômico, não têm merecido a atenção devida da regulamentação jurídico-internacional (BASTOS, 2005, p. 168).

3.3. As liberdades do alto-mar

Como se asseverou, a liberdade dos mares surgiu para assegurar a liberdade de navegação e dela decorrem as demais liberdades, como a pesca, a colocação de cabos e ductos submarinos no alto-mar e a investigação científica marinha.

Durante longo período de tempo, a liberdade do mar era ilimitada. A grandeza do mar e infinidade de seus recursos, dificilmente apropriáveis

por um único Estado, não justificava a regulamentação da navegação. No Direito do Mar clássico, os Estados detinham soberania apenas sobre seus mares territoriais e, para além daqueles, prevalecia a liberdade do alto-mar, não sujeita às soberanias estatais. O Direito vigente tinha um caráter costumeiro e nem se cogitava a existência de norma que consagrasse a liberdade de utilização dos recursos dos fundos oceânicos internacionais e seu aproveitamento econômico, uma realidade que sobreveio somente a partir da segunda metade do século XX (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 42).

Com o desenvolvimento da navegação e a diversificação das utilizações dos espaços oceânicos, o significado do princípio da liberdade foi se modificando progressivamente. Os avanços da ciência e da tecnologia deram novos rumos e contornos ao princípio da liberdade do mar, não apenas pela possibilidade de exploração do fundo do mar, como também pela coexistência da atuação simultânea de vários sujeitos nos oceanos, o que poderia gerar situações dificilmente compatibilizadas (BASTOS, 2005, p. 131).

Por seu turno, o artigo 87 da CNUDM apresenta, como rol exemplificativo, as liberdades de: navegação, sobrevoos, colocação de cabos e ductos submarinos, construção de ilhas artificiais e outras instalações, pesca e investigação científica.

3.4. A liberdade de investigação científica

A liberdade de investigação científica marinha deve ser promovida e facilitada pelos Estados e organizações internacionais competentes, o que demanda a orientação de princípios como o atendimento a fins pacíficos; a utilização de métodos e meios científicos apropriados; a não interferência em outras liberdades legítimas; a observância dos regulamentos da Convenção, inclusive os alusivos à proteção e preservação do meio marinho; promoção da cooperação internacional e publicidade e transferência de informações e conhecimentos.

De acordo com o artigo 89 da CNUDM, nenhum Estado pode, legitimamente, submeter qualquer parte do alto-mar à sua soberania em defesa de objetivos econômicos. Nesse sentido, declara Lehmann (2007, p. 48-49) que a Lei do Mar oferece um regime equitativo para a concretização da investigação científica marinha, ao tentar abranger os anseios dos países em desenvolvimento diante da liberdade que vinha sendo praticada exclusivamente por algumas nações industrializadas.

Aos Estados costeiros reserva-se a liberdade de investigação científica em suas águas ou na sua plataforma continental, um regime que pode clarear o estatuto das diferentes atividades praticadas além da jurisdição nacional (LEHMANN, 2007, p. 51).

Com razão, Ribeiro (2007, p. 81) faz uma interferência pontual sobre o domínio da investigação científica marinha. Inicialmente antecipa que o tipo de investigação a que a Convenção do Mar se refere no artigo 246 é o da investigação científica pura, que reúne duas condições: deve ser desenvolvida exclusivamente para fins pacíficos e ter como propósito o incremento do conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda a humanidade. Todavia, a CNUDM, discretamente, não regula outro modelo de investigação científica e a que tem sido praticada é aquela que se reveste de fins econômicos particulares: a investigação científica aplicada. Essa liberdade é que invoca a atenção do Direito, uma vez que a ausência legislativa encerra um abismo crescente entre os Estados que dispõem e os que não dispõem de tecnologia.

Considerando-se que o potencial econômico da bioprospecção dos recursos biológicos marinhos está intimamente relacionado com a investigação científica marinha, e diante da inexistência de normas aplicáveis sobre a exploração dos recursos genéticos das profundezas do mar, a regulamentação legal da investigação científica marinha em áreas fora da jurisdição nacional deve ser avaliada com vistas à adoção de um sistema adequado que propicie o uso sustentável dos recursos genéticos marinhos (MATZ, 2002, p. 291).

Atenta-se para o fato de que as regras atinentes à regulação da gestão dos recursos vivos e à investigação científica marinha geram direitos e deveres dos Estados que diferem conforme a zona marítima onde determinada atividade é realizada. E essa distinção ganha relevância porque, como Lehmann (2007, p. 52) adverte, ainda que as pesquisas científicas sejam praticamente as mesmas para o ambiente marinho, tanto em áreas nacionais quanto internacionais, legalmente não são, visto que a investigação

científica marinha além da jurisdição nacional é exercida livremente, submetida apenas a algumas obrigações previstas pela CNUDM (artigo 87, 1 e 2). Alerta, também, que não há consenso na sociedade internacional se esses regulamentos incluem ou não a bioprospecção.

O fato é que os interesses econômicos tendem a prosperar à medida que as investigações científicas avancem e revelem ainda mais o grandioso valor do patrimônio genético dos recursos vivos marinhos. Assim, como confirma Cajarabille (2012, p. 14), entrará em cena uma possível guerra pelos recursos marinhos, notadamente os do solo e subsolo oceânicos, o que certamente desperta ainda mais necessidade de respostas jurídicas para o acesso e exploração dos RGMs.

4. O despertar para a regulação jurídica da gestão de recursos genéticos marinhos da Área

A CNUDM não se manifestou sobre os recursos genéticos marinhos (RGMs) da Área. Nesse contexto, Ribeiro (2007, p. 52) acentua que a “invisibilidade” jurídica da exploração dos RGMs “veio ironicamente demonstrar um universo de exploração para o qual o quadro jurídico apresentado pela CNUDM se mostrava desprevenido”, pois a preocupação da legislação marítima direcionava-se para a exploração mineral.

Em vista do ativo econômico representado pelos RGMs, é imprescindível que a sociedade internacional apresente instrumentos jurídicos efetivos para a proteção da biodiversidade marinha, porque a ausência de regras para as atividades de prospecção permite o acesso desordenado aos componentes da diversidade biológica. A situação assume sérios contornos, porque a ausência de um arcabouço jurídico claro não apenas tem permitido, como também

tem incentivado a ocorrência de controvérsias sobre a questão (MARI-NHO; MONTALVERNE, 2012, p. 294).

4.1. Os fundos oceânicos: um universo de possibilidades

As limitações físicas que o ambiente marinho apresenta e a caracterização do mar profundo como um local frio, escuro, inatingível, aliados ao alto custo da investigação científica marinha justificam, de certa forma, o fato de a biodiversidade do fundo do mar ser pouco conhecida.

Os fundos marinhos representam o maior reservatório de biodiversidade do planeta. Na atualidade, cientistas descobrem novas espécies a cada navegação. Os diversos *habitats* do fundo do mar abrigam uma imensa variedade de ecossistemas e espécies com características não encontradas em nenhum outro lugar (LEHMANN, 2007, p. 59).

A biodiversidade do mar profundo é composta por micróbios, vegetais e animais que desenvolveram propriedades genéticas, bioquímicas e biológicas únicas, que lhes permitem sobreviver nas condições mais adversas do planeta, com altos índices de toxicidade e em níveis extremos de temperatura. Representa um espaço marítimo de grande interesse para a ciência, o que desperta a necessidade de um olhar jurídico para os RGMs da Área (GLOWKA, 1996, p. 158-160).

Entre tais microrganismos, a título de exemplo, destacam-se aqueles encontrados próximos a fontes hidrotermais. Seus componentes e processos biológicos associados são grandes atrativos para a aplicação em processos industriais. Ainda que o primeiro sítio hidrotermal tenha sido descoberto em 1977, durante o período de negociações da CNUDM, o conhecimento sobre sua importância era incipiente (LEHMANN, 2007, p. 39).

As pesquisas científicas sobre os RGMs presentes nos fundos oceânicos revelam diversas aplicações no tratamento de resíduos, processamento de alimentos e produtos farmacêuticos. Os materiais genéticos extraídos dos organismos marinhos provenientes das fontes hidrotermais apresentam uma utilização potencial em fármacos como anticancerígenos, antibióticos, antimaláricos, anti-inflamatórios, antivirais, antileucêmicos e antimelanoma, tratamento de herpes e AIDS e têm sido também investigados para a produção de sangue artificial (ZEWERS, 2008, p. 155).

A importância científica, ecológica e econômica dos RGMs para a humanidade é incontestável e a exploração dessa peculiar biodiversidade descortina um mundo de perspectivas no campo da biotecnologia e oportunidades econômicas que estão ainda na sua fase embrionária. Sobre o assunto, Ribeiro (2007, p. 50-51) aponta que a descoberta desses organismos vivos tende a desviar as apostas nos investimentos antes volta-

dos à exploração do “ouro mineral” para uma aposta no “ouro biológico”, presente nas profundezas marinhas.

As descobertas científicas divulgadas evidenciam e confirmam a necessidade de uma regulamentação aplicável internacionalmente. Caso contrário, a inércia do Direito Internacional do Mar estará resguardando o interesse daqueles que se têm apropriado livremente desses recursos, construindo um crescente mercado biológico gerador de grandes divisas (BESLIER, 2009, p. 335).

Sublinhe-se que, até o advento da CDB, os tratados internacionais não se encarregaram de apresentar uma definição dos recursos genéticos. Hoje, por meio de sua regulação, podem-se conceituar recursos genéticos como qualquer material de origem biológica que contenha unidades funcionais de hereditariedade.

A problemática que envolve a exploração dos RGMs é um assunto relevante não só diante das crescentes evolução tecnológica e capacitação técnica para exploração dos fundos marinhos, mas também porque as atividades de investigação científica marinha em geral podem comprometer e ameaçar comunidades biológicas que habitam os fundos oceânicos, que não apresentam correspondentes em outros ecossistemas (MATZ, 2002, p. 282).

4.1.1 Bioprospecção

A bioprospecção significa a coleta de recursos biológicos marinhos, dentro ou fora dos limites das jurisdições nacionais. Pode ser promovida por Estados, cientistas ou instituições científicas e agrega valor ao processo investigatório mediante o conhecimento especializado da Biologia marinha, da Oceanografia e da Genética marinha.

A pesquisa “puramente” científica na Área é livre e a prospecção regulamentada na CNUDM é direcionada à extração de minérios, não conferindo quaisquer direitos ao prospector sobre eles. Constata-se, por exclusão, que a prospecção em relação aos recursos vivos e seus componentes genéticos pode ser exercida livremente.

Considerando-se a grande quantidade de fármacos desenvolvidos na atualidade a partir de RGMs, adverte-se que a exploração de organismos vivos para extração de substâncias farmacologicamente ativas pode deixar intacta essa população, como pode levá-la a uma diminuição significativa. E, em determinados casos, a bioprospecção pode até mesmo colher os próprios organismos para fins comerciais e ocasionar a degradação e consequente perda de ecossistemas únicos (MATZ, 2002, p. 282).

Várias são as razões que dificultam a proteção da biodiversidade marinha dos fundos oceânicos e talvez a mais significativa seja a “invi-

sibilidade” dos oceanos, aliada à imensidão do mar, à dificuldade de acesso e à falta de disciplina jurídica. Agrega-se também o fato de os recursos naturais oceânicos serem considerados inesgotáveis e tratados como receptáculo de uma quantidade infinita de resíduos e poluição. Um agravante apontado por Miller Junior (2011, p. 200) é o fato de que grande parte dos RGMs está fora da jurisdição legal de qualquer país, sujeitando-se à superexploração.

Nos últimos anos, grande número de patentes concedidas advém de invenções baseadas em organismos marinhos, o que oportunamente leva Ferrado (2009) a afirmar que “as patentes sobre a vida produziram um grande debate em terra firme que agora se reproduz mar adentro”.

Estados Unidos, Alemanha e Japão respondem pelo pedido de 70% das patentes, seguidos por França, Reino Unido, Dinamarca, Bélgica, Holanda, Suíça e Noruega. A Holanda figura na lista dos dez países que solicitaram 90% das patentes dos genes marinhos. O que chama a atenção é que apenas 20% de todos os entes que requereram tais patentes localizam-se em Estados que possuem litorais, configurando o que Arrieta (2011) denomina como “um novo latifúndio genético”, o que conduz à imprescindibilidade de buscar meios jurídicos e não jurídicos para garantir o acesso ético e equitativo aos recursos genéticos marinhos, e fomentar o desenvolvimento de tecnologias oceanológicas em países que ainda não têm acesso aos mesmos.

Acrescenta-se que, apesar de as patentes estarem concentradas nas mãos dos países desenvolvidos, China e Índia têm aumentado de forma expressiva o número de pedidos de patentes sobre recursos genéticos marinhos (MARINHO; MONTALVERNE, 2012, p. 282).

Ocorre que a falta de um regime jurídico que regule a exploração dos RGMs traz várias e importantes implicações na concessão de pa-

tentes, o que certamente países mais desenvolvidos não se encontram dispostos a solucionar. A insegurança resultante da lacuna jurídica se estende também à repartição dos benefícios obtidos com a comercialização.

4.1.2. A (não) repartição justa dos benefícios

Certamente, o terceiro objetivo da CDB, qual seja a repartição justa de benefícios e o acesso adequado aos recursos genéticos, é um tema complexo dentro e fora das jurisdições dos Estados.

A CDB, no artigo 15, prevê a repartição de benefícios como *conditio sine qua non* para o acesso aos recursos do Estado provedor, um mecanismo criado para regular o acesso dos países detentores de tecnologia e recursos econômicos e, ao mesmo tempo, assegurar aos Estados provedores a transferência de tecnologia e o retorno dos benefícios oriundos da biodiversidade.

Segundo a diretiva da CDB, os Estados que têm soberania sobre os recursos biológicos detêm o direito de explorá-los. Sendo assim, os RGMs encontrados no mar territorial, na zona contígua, na ZEE e na plataforma continental estariam sujeitos à soberania do Estado costeiro. Muitos países enfrentam dificuldades consideráveis para se ajustar por falta de recursos humanos capacitados e financeiros, inconsistência das leis nacionais, ausência de compromisso político por parte de alguns governos na repartição de benefícios e falta de fiscalização (MARINHO; MONTALVERNE, 2012, p. 281).

No entanto, o problema não incide apenas nas jurisdições estatais, torna-se mais robusto e avança para fora das fronteiras estatais, despertando a necessidade de um regime internacional sobre o acesso e repartição dos benefícios. Em se tratando de uma zona situada

além da soberania dos Estados, argumenta-se que a CDB não poderia ser aplicada, logo não se exigiria a repartição de benefícios em face da inexistência de um Estado provedor. Contudo, no que diz respeito aos recursos encontrados na Área, a CNUDM reconhece a competência da “Autoridade” para decidir sobre a partilha equitativa dos benefícios derivados das atividades exercidas na Área, de acordo com as normas estabelecidas (MARINHO; MONTALVERNE, 2012, p. 291).

Constata-se, pois, certa contradição: os países desenvolvidos não integram a lista dos mais diversos biologicamente, mas detêm a maioria das patentes sobre biotecnologia marinha, resultando em um desequilíbrio na apropriação de inventos de origem biológica marinha (MARINHO, MONTALVERNE, 2012, p. 285).

Quanto aos recursos da biodiversidade, a Área permanece sem regulamentação e depara-se com um desequilíbrio que tende a agravar-se, porque o acesso aos RGMs pelos países industrializados prossegue livremente, com a privação do acesso dos benefícios da prospecção para os países em desenvolvimento que, mesmo ricos em biodiversidade e resguardados internamente pela CDB, muitos dos quais ainda não estão preparados para implementar a repartição equitativa de benefícios resultantes em seus territórios.

Indaga-se se realmente são necessárias mais normas, ou se deveria haver uma melhor aplicação dos instrumentos já existentes, permeados pelo fortalecimento do princípio da cooperação entre os países da sociedade internacional. Quanto a isso, posicionam-se Marinho e Montalverne (2012, p. 294) no sentido de que “torna-se fundamental o desenvolvimento de ações internacionais e nacionais que objetivem agregar valor aos componentes da biodiversidade marinha, de forma justa e equitativa, garantindo o desenvolvimento sustentável”.

4.2. A busca de soluções: o resgate do elo perdido entre o Direito e a Ética

O Direito Internacional assenta-se na premissa da preservação da soberania de cada país, tornando os Estados iguais, sem que haja hierarquia entre eles, pelo menos em tese. (RODRIGUES, 2102, p. 120). Contudo, a ideia de que economia, justiça e igualdade são tratadas de forma linear pelos Estados é, no mínimo, duvidosa e as negociações da própria CNUDM demonstram essa realidade.

Para atenuar os efeitos da existência de fronteiras territoriais, é necessário fortalecer a cooperação entre os povos, de forma transparente e aberta. Contudo, são meios ainda não alcançados na ordem internacional atual, e os conflitos, antes resultantes da delimitação territorial, dão lugar ou somam-se a outros tipos de conflitos referentes aos direitos de uso e exploração dos recursos naturais (NUNES, 2006, p. 109-110).

Para que se possa concretizar o princípio bioético da solidariedade intrageracional e intergeracional, que deve nortear as ações relativas ao meio ambiente, é necessário transpor o paradigma clássico do Estado-nação para uma sociedade global que reconhece a unidade de seus problemas e a repercussão de suas ações para além de fronteiras e de gerações presentes.

A CNUDM não reconhece a soberania de nenhum Estado sobre os recursos genéticos marinhos presentes na Área, embora considere que os recursos minerais nela encontrados são considerados como patrimônio da humanidade. Nessa perspectiva, a CDB prevê a observância do princípio da soberania no que se refere aos recursos genéticos e consagra os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, garantindo-lhes o direito de regulamentar a forma de acesso a tais recursos, com a existência da repartição dos benefícios deles decorrentes, inclusive tratando dos recursos genéticos e

impedindo o reconhecimento da biodiversidade como patrimônio comum da humanidade, mas se dirige apenas às áreas jurisdicionais dos Estados (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 167).

Na esfera internacional, muitos países procuram defender interesses isolados, desconhecendo a “globalização” do risco. Não há, em questões ambientais amplas, como a proteção dos RGMs, “interesses isolados”, todos os interesses estão interligados e são interdependentes.

4.3. Princípio da igualdade de uso

O princípio da igualdade de uso, como se refere Zanella (2013, p. 241), “não diz respeito ao aspecto material, ou seja, não se propõe a proporcionar a cada Estado uma utilização equitativa, mas garantir o livre uso conforme seus interesses e possibilidades”. Significa dizer, em poucas palavras, que todos os Estados têm os mesmos direitos e deveres no alto-mar.

Resta definir quem deverá aproveitar a exploração dos recursos genéticos dos fundos oceânicos. Tal resposta representa um verdadeiro desafio para o mundo jurídico. Independentemente de a Área abrigar recursos vivos ou não vivos, todos fazem parte da mesma realidade ambiental e, portanto, não devem ser tratados como esferas estanques em virtude de uma lacuna jurídica. Se o arcabouço jurídico da Área se ocupa das riquezas minerais, deve voltar-se também para a apropriação do patrimônio genético dos fundos oceânicos que, de certa forma, já se encontra regulada nos ordenamentos internos dos Estados.

Os sintomas negativos da exploração do meio ambiente marinho só podem ser amenizados com a cooperação internacional, principalmente a promovida por meio de instrumentos de Direito Internacional.

A expressão “patrimônio comum” não tem contribuído para solucionar a questão, pois

sua utilização corrente parece criar um espaço de “não direito”, em que a soberania dos Estados não interfere, dificultando a partilha dos benefícios. Todavia, do ponto de vista ético, patrimônio comum implica o estabelecimento de limites à atuação dos Estados em prol de gerações presentes e futuras, e excluir regulamentações unilaterais. Deve representar uma gestão racional dos recursos genéticos, o que conduz, necessariamente, à cooperação entre os países para o alcance dos objetivos propostos para a Área. Assim, “patrimônio”, nesse sentido, distancia-se da noção de apropriação ou domínio e passa a designar gestão comum. Privilegia o existencial em detrimento do patrimonial, mas reconhece que a parcela econômica integra o “existencial”, que a ele se subordina.

O patrimônio comum assim entendido pode encontrar nos recursos genéticos da Área uma importante aplicação. Todavia, as interferências dos poderes econômico e tecnológico da sociedade internacional na Área dela subtraíram boa parte de seu caráter inovador, pautado na utilização pacífica e sustentável de um patrimônio em benefício da humanidade. Desde a conclusão da Convenção de Montego Bay, as mudanças na disciplina jurídica dos fundos marinhos internacionais descaracterizaram o patrimônio comum da humanidade para aproximá-lo da velha ideia de *res nullius* – passível, portanto, de apropriação pelo primeiro a tomar posse.

Diante desse panorama, torna-se difícil não se conceber uma perspectiva pouco otimista dos futuros desenvolvimentos das normas do Direito Internacional Público concernentes à Área. Contudo, não convém permitir que a falta de regulamentação fortaleça ainda mais o poderio dos países tecnológica e economicamente mais avançados (FIGUEIRÔA et al, 2003, p. 168-170).

A exploração dos recursos vivos é um assunto que requer atenção especial diante da falta de

regramento jurídico e exige respostas urgentes do Direito Internacional.

Na atualidade, as inúmeras aplicações dos RGMs já conhecidas demonstram que as atividades de exploração e aplicação industrial do patrimônio genético marinho têm crescido de forma que a implementação de qualquer regime jurídico será muito mais difícil diante da existência de interesses comerciais e nacionais escusos, que estarão fortemente enraizados.

Sabe-se que, nos termos da Convenção de Montego Bay, os recursos da área são claramente definidos como “recursos minerais”, o que, à primeira vista, excluiriam os recursos vivos. Se assim for, o regime para exploração e repartição de benefícios dos recursos minerais não se aplica aos recursos genéticos, mesmo porque a exploração dos recursos genéticos do leito do mar profundo não era concebível quando a CNUDM foi negociada. Por seu turno, o sistema jurídico estabelecido na CBD direciona-se tão somente aos RGMs das áreas sob jurisdição nacional, e não além dela.

Sob uma análise teleológica, entretanto, não há por que dispensar aos recursos genéticos regulação muito diversa dos recursos minerais.

5. Considerações finais

A bioprospecção na Área permanece nebulosa, trazendo conflitos com outros possíveis usos da Área, riscos de danos ambientais e restrição do acesso a seus benefícios para os países em desenvolvimento.

Depara-se com a necessidade de se equilibrarem interesses dos países em desenvolvimento na repartição dos benefícios monetários resultantes da exploração dos RGMs, e dos países desenvolvidos na exploração, bioprospecção de RGMs para o desenvolvimento de produtos, principalmente farmacêuticos.

Todavia, as negociações entre os países estão apenas em sua infância, mas as partes envolvidas têm um conhecimento prático claro do debate. Talvez o regime adequado para muitas seja a permanência na fase de negociação, sem regulação alguma, porque, não havendo solução legal sobre direitos de propriedades de RGMs, a condição atual dos países desenvolvidos se manteria. Na verdade, os países desenvolvidos serão resistentes a qualquer proposta de regime que possa interferir nas liberdades do alto-mar, e os países em desenvolvimento, por sua vez, continuam lutando pela partilha de benefícios.

Atualmente, a interpretação mais aceita remete ao fato de que os recursos genéticos encontrados fora da jurisdição nacional são de livre acesso, sendo apropriáveis por quem os recolhe. Se assim compreendidos, os recursos genéticos podem ser considerados regulamentados.

No entanto, não existem defesas inocentes por parte dos Estados desenvolvidos ou em desenvolvimento. Não se trata de uma questão simples, visto que os países só se consideram membros pertencentes a uma mesma sociedade internacional quando seus interesses são preservados ou atendidos. Caso contrário, são “estrangeiros” em conflito. A situação requer uma análise mais aprofundada para se verificar se a apropriação de referidos recursos se coaduna com princípios internacionais ambientais, especialmente da equidade, da cooperação internacional e do desenvolvimento sustentável.

A ausência legislativa deve ser apreciada com cautela, desde a adoção de medidas que incluam a reforma da legislação aplicável em matéria de investigação científica marinha até a adoção de novos dispositivos. A evolução do direito marítimo demonstra que o subjetivismo e a instabilidade sempre estiveram presentes

no quadro global da cooperação internacional no Direito do Mar e desempenham um papel dentro e fora do processo de constituição da regulação normativa.

Acrescenta-se que, se não existem ordenamentos jurídicos paralelos ainda é porque os Estados desenvolvidos certamente querem manter a liberdade de acesso, enquanto os países em desenvolvimento buscam nas Convenções interpretações que se estendam ao patrimônio genético marinho dos fundos oceânicos, mas de uma forma pouco expressiva até então.

Embora receba muitas críticas e não seja uma regulamentação perfeita para os oceanos, a CNUDM informa os direitos dos Estados nacionais e promove a boa governança nos oceanos. A alteração de qualquer um dos dois principais acordos internacionais, seja da CNUDM ou CDB, seria muito difícil, onerosa e demandaria longo tempo porque os Estados discordam em muitos aspectos.

A sistemática acidentalmente “não adotada” pela CNUDM amplia o abismo econômico e tecnológico entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A apropriação do patrimônio genético marinho dos fundos oceânicos é uma discussão que transita entre a sujeição aos direitos de soberania dos Estados costeiros e a referida liberdade de acesso exercida pelos países industrializados, amparada nas Convenções do Mar e da Diversidade Biológica e seus princípios. Qualquer solução possível apresenta vantagens e desvantagens que precisam ser avaliadas sem, contudo, desviar-se de um compromisso com o bem-estar de todos, fundado no sentimento de pertença a uma sociedade internacional.

O desafio a ser perseguido só pode ser pensado a partir de um resgate do elo perdido entre a Ética e o Direito Ambiental Internacional marinho, que tem sido usado como instrumento da economia, para chegar-se, então, a conclusões e propostas para que a sociedade usufrua de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Considerar, a partir da teleologia da própria CNUDM, os recursos genéticos da Área como patrimônio comum é bastante factível, visto que a bioprospecção em fundos oceânicos em larga escala não era prevista em 1982, data da Convenção, mas os recursos minerais, já explorados à época, receberam tal regulação.

Por fim, saliente-se que a consideração dos RGMs como patrimônio comum visa à garantia de sua existência para as gerações presentes e futuras; logo, não podem ser interpretados como espaço de ninguém ou *res nullius*. Exige-se a real consideração do princípio da participação democrática e da cooperação na gestão comum do patrimônio genético, inclusive dos oceanos.

Sobre os autores

Bruno Torquato de Oliveira Naves é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Mestrado em “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável” da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor nos Cursos de Graduação e Especialização em Direito na PUC Minas.

E-mail: brunotorquato@hotmail.com

Maristela Aparecida de Oliveira Valadão é mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

LEGAL INVISIBILITY OF THE EXPLORATION OF GENETIC RESOURCES LOCATED IN OCEANS BEYOND OF COASTAL STATES JURISDICTIONS

ABSTRACT: The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III) delimited marine spaces under the influence of the States and established of the Area, consisting of the seabed, ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction. In the regulation of Area, the mineral resources found in it were considered as a common heritage of mankind. However, the UNCLOS III does not foresee the destination and ownership of biodiversity resources. In its turn, the Convention on Biological Diversity submits biodiversity, and consequently their genetic resources, to the principle of sovereignty, enshrining rights of the States over natural resources under their jurisdiction, and guaranteeing them the right to regulate the terms of access to such resources, with the existence of the breakdown of their benefits. Thus, there is a gap in the regulation of marine genetic resources if they are located in the Area. The problem is increasing rapidly due to advancing technologies for exploiting ocean floor and the increasing number of patents relating to organisms discovered in the Area, while a new and more comprehensive legal regulation finds political barriers on the part of countries that currently benefit from exploitation. It is proposed to approach law with environmental ethics, rescuing intragenerational and intergenerational solidarity and considering the genetic resources of the Area as the common heritage. Finally, it is emphasized that the notion of common heritage should be modified to effectively cover the common resource management, with democratic participation and international cooperation.

KEYWORDS: LAW OF THE SEA. ENVIRONMENT. OCEANS. GENETIC RESOURCES. AREA. BIODIVERSITY.

Referências

ALBUQUERQUE, Leticia; NASCIMENTO, Januário. Os princípios da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. *Revista Direito e Cidadania*, Florianópolis, n. 14, p. 129-147, 2002.

ARRIETA, Jesús María. El monopolio de patentes de genes marinos. Entrevista realizada por Pablo Gámez. *Radio Wereldonroep Latinoamerica*, Holanda, 1^o abr. 2011. Disponível

¹ Sem revisão do editor.

em: <<http://archieff.rnw.nl/espanol/article/el-monopolio-de-patentes-de-genes-marinos>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BASTOS, Fernando Loureiro. *A internacionalização dos recursos naturais marinhos: contributo para a compreensão do regime jurídico-internacional do aproveitamento conjunto de petróleo e de gás natural nas plataformas continentais, do potencial aproveitamento de recursos minerais na área, da pesca no alto-mar e os efeitos da regulamentação convencional respectiva em relação a terceiros estados*. Lisboa: AAFDL, 2005.

BESLIER, Serge. The Protection and Sustainable Exploitation of Genetic Resources of the High Seas from the European Union's Perspective. *International Journal of Marine and Coastal Law*, Washington, v. 24, n. 2, p. 333-341, 2009.

CAJARABILLE, Victor Lopo. As principais envolventes da segurança marítima e a postura da União Europeia. *Maria Scientia*, Lisboa, p. 3-16, jul. 2012. Disponível em: <http://www.iep.lisboa.ucp.pt/resources/Documents/LIAM/Maria_Scientia_n%C2%BA3-Jul2012.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2015.

DIAFÉRIA, Adriana; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIGUEIRÔA, Christiano S. B. et al. Direito dos fundos marinhos internacionais: o patrimônio comum da humanidade 20 anos após a Convenção de Montego Bay. In: TRINDADE, Antônio A. Cançado. *A nova dimensão do Direito Internacional Público*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003, p. 29-175. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/A_Nova_%20Dimensao_do_Dir_Inter.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2015.

GLOWKA, Lyle. The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research and the Area. *Ocean Yearbook*, Bonn, n. 12, p. 154-178, 1996.

LEHMANN, Friederike. The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed. *New Zealand Journal of Environmental Law*, n. 11, p. 33-66, 2007.

LÓPEZ FERRADO, Mónica. Guerra de patentes en el fondo marino. *El País*, Madrid, out. 2009. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2009/10/20/sociedad/1255989601_850215.html>. Acesso em: 2 jun 2015.

MARINHO, Maria Edelvacy P.; MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota. Sistema de patentes e repartição de benefícios envolvendo a biotecnologia marinha. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

MATZ, Nele. Marine biological resources: some reflections on concepts for the protection and sustainable use of biological resources in the deep sea. *Non-State Actors and International Law*, Dordrecht, v. 2, n. 3, p. 279-300, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MILLER JÚNIOR, G. Tyler. *Ciência ambiental*. Tradução de Wellington Braz Carvalho. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MUELBERT, José. Educação ambiental pela preservação de oceanos e costas. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano 12, n. 409, p. 26-30, nov. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

_____. Convenção sobre o Direito do Mar. Montego Bay, dez. 1982. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*: Constituição Federal. 11. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Convention on Biological Diversity*. United Nations: Canada, 1992a. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

_____. *Declaração do rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992b. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

NOSSO futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

NUNES, Paulo H. Faria. A influência dos recursos naturais na transformação do conceito de território. *Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de Mexico, n.15, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/15/ard/ard4.pdf>>. Acesso em: 2 jun.2015

PRATES, Ana Paula. E o mar?: O que se pode resumir da vasta biodiversidade marinha. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?: biodiversidade: como, para que e por quê?*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 117- 141.

REY, Natalie. A sede pelo petróleo e a destruição dos oceanos. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano 12, n. 409, p. 5-9, nov. 2012.

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. Rainbow, um exemplo mundial: a primeira área marinha protegida nacional em perspectiva do alto-mar: a descoberta do tesouro do arco-íris. *RevCEDOUA*, Porto , v. 10, n. 20, p. 46-86, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VALDÉS, Jorge Luís. Oceanos, os radiadores do planeta. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano 12, n. 409, p. 10-14, 19 nov. 2012.

VEIGA, José Eli da. *A desgovernança mundial da sustentabilidade*. São Paulo: Editora 34, 2013.

ZANELLA, Tiago Vinicius. *Curso de direito do mar*. Curitiba: Juruá, 2013.

ZEWERS, Kirsten E. Bright future for marine genetic resources, bleak future for settlement of ownership rights: reflections on the United Nations law of the sea consultative process on marine genetic resources. *Loyola University Chicago International Law Review*, Chicago, v. 5, n. 2, p.151-176, 2008.

O papel do Senado Federal no controle difuso pela ótica do STF (Rcl. 4.335)

FÁBIO MARTINS DE ANDRADE

Resumo: O artigo analisa recente acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo ponto central girou em torno do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido, três diferentes argumentos foram explorados no julgamento e são explicados no artigo: ocorrência de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição da República, impossibilidade de mutação constitucional e a superveniência da Súmula Vinculante nº 26. Por fim, conclui que a questão permanece aberta e falta decisão específica do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: STF. Controle difuso de constitucionalidade. Mutação constitucional. Papel do Senado.

1. O caso

Em 22/10/2014 foi publicado o acórdão contendo a conclusão do julgamento da Reclamação 4.335, cuja ementa restou assim definida: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º/9/2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente” (BRASIL, 2014).

Em 1º/2/2007 iniciou-se na Suprema Corte o julgamento da reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (Acre). Nelas, ele indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em

Recebido em 25/11/14
Aprovado em 20/1/15

decorrência da prática de crimes hediondos. Isso teria ocorrido em suposta ofensa à autoridade da decisão do STF no referido HC 82.959 (BRASIL, 2006).

Dentre as razões sustentadas pelo magistrado para não aplicar o precedente do STF, destacam-se de suas informações: a) a maioria apertada de votos pela qual foi tomada a decisão (6x5); b) o longo transcurso de tempo no qual o STF se manifestou pela constitucionalidade da norma (16 anos); c) o caráter *incidenter tantum* da declaração de inconstitucionalidade, capaz de produzir efeito apenas e tão somente *inter partes* e d) para alcançar efeito *erga omnes*, penderia da suspensão da execução pelo Senado Federal em razão da comunicação enviada pelo STF (conforme inclusive informação obtida no seu próprio sítio eletrônico e consoante dispõe o art. 178 do RISTF).¹

2. O resultado

Como resultado, o Tribunal, por maioria, decidiu conhecer e julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator. Foram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheceram da reclamação, mas concederiam *habeas corpus* de ofício.

Em realidade, considerando os votos prolatados de modo individual, o resultado alcançado foi o seguinte: os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau votaram pela procedência, sob o fundamento da mutação constitucional (que será adiante explicada); o Ministro Sepúlveda

Pertence prolatou voto pela improcedência da Reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício; os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não conheceram da Reclamação, mas todos concederam *habeas corpus* de ofício (os quatro últimos não admitiram a tese da mutação constitucional); os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello julgaram procedente a Reclamação à luz da superveniência da edição da Súmula Vinculante nº 26; e, por fim, estava ausente justificadamente a Ministra Cármen Lúcia, que não prolatou voto no caso.

Desse modo, de um ponto de vista prático, a decisão final cassou as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados em nome dos quais foi ajuizada a Reclamação. Além disso, caberia ao Juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atenderiam ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Os quatro Ministros vencidos decidiram pela concessão de *habeas corpus* de ofício, por entenderem, sob diferentes fundamentos, que o instituto da Reclamação não poderia ser manejado no caso.

A despeito de cuidar de tema penal específico, a decisão em tela tem relevo transcendental para a comunidade jurídica. Não tanto pelo que decidiu, que foi bem tranquilo, como vimos acima, na medida em que todos se manifestaram pela revisão da decisão impugnada, seja pela procedência da reclamação, seja pela concessão de *habeas corpus* de ofício. A importância da decisão se dá pelo que quase decidiu ou poderia ter decidido, não fosse a superveniência de súmula vinculante (durante o longo período

¹ Como conclusão de sua explicação de por que não se sentia vinculado ao precedente por todos conhecido, registrou: “Dito isto, o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), que veda a progressão de regime aos crimes hediondos ou a eles equiparados” (BRASIL, 2014).

de julgamento, que transcorreu desde 2007 até 2014). Trata-se do aprofundado exame que a Suprema Corte vinha realizando, até então, sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual. Embora o resultado final tenha se desviado dessa discussão, justamente em razão da superveniência da edição de súmula vinculante, é interessante registrar como foram prolatados os votos dos dez Ministros que participaram do julgamento sobre o tema específico (à exceção da Ministra Cármen Lúcia, ausente justificadamente).

3. O papel do Senado no controle difuso na visão do STF

3.1. Ocorrência de mutação constitucional

Dentre as questões analisadas pelo Relator, cabe assinalar a principal, que foi suscitada e teve relevante destaque durante os debates que se seguiram, a saber: o juízo reclamado argumentou no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82.959 dependeria da expedição da resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei, na forma do inciso X do art. 52 da Lei Maior, o que não ocorreu na situação concreta.

O Relator, no seu voto, discorreu sobre os principais pontos relacionados ao seu entendimento acerca da mutação constitucional do instituto. O Ministro Gilmar Mendes, notório estudioso sobre o tema do controle de constitucionalidade, retomou antigas lições de Lúcio Bittencourt, para concordar que o objetivo do dispositivo constitucional em foco parece se limitar apenas e tão somente a tornar pública a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei. E nada além disso.

Para fundamentar essa posição, doutrinariamente já defendia há anos, o Ministro lembrou

de uma série de fatos e eventos que justificariam a sua tese de mutação constitucional, consistentes, principalmente:

a) na orientação jurisprudencial do STF (de 1977), que firmou posição quanto à “dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato)”;

b) na possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no controle abstrato;

c) na inadequação do instituto para “assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta”;

d) na adoção pelo STF de uma interpretação conforme a Constituição, “restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário”;

e) nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, “nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração”;

f) nas situações em que o STF limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade;

g) na inaplicação do instituto de suspensão da execução da lei inconstitucional à declaração de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo STF;

h) na limitação temporal dos efeitos da decisão com a declaração de inconstitucionalidade; e

i) no entendimento adotado quando do julgamento do RE 191.898, pelo qual “houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade

que os protege, somada a razões de segurança jurídica”, razão pela qual os órgãos parciais dos outros tribunais podem acolher a decisão tomada pelo Pleno, prescindindo de submeter a questão ao seu próprio Pleno ou órgão especial.²

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, a obra do Ministro Gilmar Mendes, destaca: “Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade” (MENDES, 2004, p. 157).³

Para o Ministro: “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988” (MENDES, 2004, p. 165).

Concluindo, a função da resolução hoje se limitaria meramente a dar publicidade ao precedente anteriormente prolatado pelo STF:

“Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso” (MENDES; COLEHO; BRANCO, 2010, p. 1.252).

Verifica-se que o Relator buscou trazer ao julgamento o seu entendimento doutrinário acerca do tema. Buscou emplacar a sua tese de mutação constitucional referente ao inciso X do art. 52 da Lei Maior. Outrora defendida tal posição em sede doutrinária, agora o Relator via a possibilidade de aplicá-la também no âmbito jurisprudencial, com a eventual concordância da Suprema Corte, transformando-a em relevante precedente sobre o papel do Senado Federal no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual.

Desse modo, o Relator dedicou considerável parte do seu voto aos seus comentários acerca do papel do Senado Federal no controle de cons-

² Além dessa evolução histórica primordialmente forjada a partir da própria jurisprudência do STF, o Ministro traz também alguns exemplos que considera relevantes no âmbito legislativo, a saber: a introdução do controle abstrato, a sua ampla legitimação ativa, consoante dispõe o art. 103 da Lei Maior, bem como a previsão de que o Relator de recurso pode negar seu seguimento com base em jurisprudência dominante do STF, na forma da Lei nº 8.038/90, c/c a Lei nº 9.756/98 (MENDES, 2004).

³ Adiante, o Ministro registra: “De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (MENDES, 2004, p. 164).

titucionalidade, inclusive repisando as considerações acima expostas no seu artigo doutrinário. Depois de promover detalhada evolução histórica sobre o instituto e a sua interpretação pelo STF nas últimas décadas, o Relator chega ao sistema hoje posto na Constituição da República.

Com o objetivo de demonstrar a perplexidade da situação, o Relator indaga: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?” E respondeu: “A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica” (BRASIL, 2014).

Com efeito, retomando as lições de Lúcio Bittencourt, o Relator explicitou a contradição que identificou na situação: “Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF”⁴.

A atribuição de tal função ao órgão político para conferir mera publicidade à decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário não é novidade no direito estrangeiro. De fato, a Constituição da Áustria atribui tal dever ao Chanceler Federal (art. 140,5) e na Alemanha tal incumbência é do Ministro da Justiça (art. 31(2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã).

Além disso, a corroborar seu ponto de vista, o Relator lembra de hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, tema que tem sido decidido com uma postura “significativamente ousada” pelo STF com a aplicação do art. 557 do CPC:

“Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”⁵.

⁴ Em seguida, arrematou: “Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário”. “A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito” (BRASIL, 2014).

⁵ Em acréscimo ao seu argumento, o Relator aduziu: “Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança

Por fim, o Relator defendeu que o uso do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, por si só, já comprova de maneira cabal a atribuição de efeito *erga omnes* de modo independente da intervenção do Senado Federal.

Em conclusão, o trecho abaixo transcrito permite sintetizar a posição explicitada pelo Relator:

“Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas”.⁶

Em seguida, o voto-vista do Ministro Eros Grau prestigiou o voto anterior do Relator, esclarecendo que ele não se limitou a interpretar um texto para, a partir dele, produzir a norma correspondente, mas propôs a substituição do próprio texto normativo por outro, razão pela qual entendeu estar diante de uma “mutação da Constituição”. Nessa toada, tratava-se de substituir a locução “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” para a seguinte: “Compete privativamente ao Senado Federal, dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.⁷

coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes? Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade” (BRASIL, 2014).

⁶ Adiante, em debate travado entre os Ministros, o Relator reiterou: “Estou a dizer que o contexto normativo mudou radicalmente, até mesmo agora, como já sabemos, com a possibilidade de modulação de efeitos em sede de controle incidental. Ora, se vamos ainda depender do pronunciamento do Senado, como fazer aqui a modulação de efeitos em sede de controle incidental? Vimos que, em alguns casos, isso é absolutamente inevitável; [...]” (BRASIL, 2014).

⁷ Em seguida, aduziu: “A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”. E propôs a seguinte síntese: “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro” (BRASIL, 2014).

No seu sentir, o ponto fulcral referia-se a essa significativa mudança:

“Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.⁸

Tanto o voto do Relator como também o do Ministro Eros Grau adotaram a mesma linha de pensamento, no sentido de que, em razão da mutação constitucional, a interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição da República deve ser pela mera publicidade pelo Senado Federal, no Diário do Congresso, da decisão definitiva do STF, que por si só possui a força normativa necessária.

3.2. Impossibilidade de mutação constitucional

No sentido diametralmente oposto ao posicionamento anterior, o Ministro Sepúlveda Pertence prolatou voto pela impossibilidade de mutação constitucional com tintas fortes, chegando a sentir “cheiro de golpe de Estado”.⁹

Embora ele tenha reconhecido a série de mudanças perpetradas na sistemática de controle de constitucionalidade nos últimos

anos, tanto pela legislação como também pela jurisprudência do STF, entendeu que reduzir a nada o papel do Senado parece ir além da marca.

Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa também divergiu do Relator quanto à leitura do dispositivo constitucional em evidência: “[...] não extraio a grave conclusão de que a suspensão da execução pelo Senado Federal representa obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF em situações como a presente”.¹⁰

É que ele não enxergou o dispositivo como obsoleto ou vitimado pelo desuso. Nesse sentido, trouxe como informação no seu voto o dado empírico de que, desde a promulgação da Lei Maior até 2007, o Senado já suspendera a execução de quase cem normas declaradas inconstitucionais, inclusive com (então) recentes resoluções.

Desse modo, divergiu do Relator:

“Concluo, Sra. Presidente, que para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual” (BRASIL, 2014).

⁸ Por fim, o Ministro Eros Grau acompanhou o Relator: “A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional” (BRASIL, 2014).

⁹ Nas suas palavras exatas: “E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista” (BRASIL, 2014).

¹⁰ Na sequência, explicitou: “Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são bem esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do Juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário” (BRASIL, 2014).

O voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência: “Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, [...]”¹¹ Como se não bastasse, ele entendeu que tal pretensão de mutação constitucional se chocaria com os limites formais e materiais da Constituição, na medida em que erige a separação dos poderes à dignidade de cláusula pétrea.¹²

Nesse sentido, ele registra a crescente importância atribuída aos precedentes do STF e mantém expressamente os contornos do dispositivo constitucional:

“Reconheço que, na prática cotidiana dos tribunais, as questões decididas pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, têm considerável impacto tanto nas decisões da própria Corte como naquelas proferidas nas demais instâncias jurisdicionais. Não extraio, porém, desse fato, a força necessária para atribuir novos contornos ao art. 52, X, da Constituição Federal”¹³

¹¹ Nesse sentido: “Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa” (BRASIL, 2014).

¹² Nas suas palavras: “Mas o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites” (BRASIL, 2014).

¹³ Em seguida, explicou: “Isso porque se está diante de dois fenômenos jurídicos que, embora acarretem resultados semelhantes, não podem ser confundidos entre si. O primeiro corresponde às decisões que produzem o denominado efeito *erga omnes*, que as tornam oponíveis a todos; o outro se refere às decisões que, pela autoridade do órgão jurisdicional que as prolatou, constituem fonte de Direito, como, de resto, ocorre com a jurisprudência em geral”. “Esclareço melhor. Se, por um lado, o Regimento Interno

Ele rechaçou a ideia de que a decisão tomada no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade tenha efeito contra todos independentemente da atuação do Senado Federal.

E por último, ele registrou a edição da Súmula Vinculante nº 26,¹⁴ que versa exatamente sobre o tema discutido no caso.

3.3. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26

Ante a subsequente edição da Súmula Vinculante nº 26, o Relator deixou registrado, em sessão de 16/05/2013: “Em primeiro lugar, tenho a impressão de que, diante da demora no julgamento deste caso, que começou em 2007, acabamos por editar uma súmula vinculante a propósito da matéria, de modo que o tema está cabalmente prejudicado”¹⁵.

O Relator, na ocasião, repisou que, diante das modificações verificadas desde a promulgação da Constituição de 1988, com a significativa expansão do controle concentrado de

do Supremo Tribunal Federal confere a seus Ministros a competência para julgar monocraticamente determinado recurso extraordinário quando a decisão está em consonância com a jurisprudência predominante, não estão eles, de outro, obrigados a se curvar ao entendimento predominante na Casa, salvo em se tratando de posição estabelecida em controle concentrado de constitucionalidade ou por meio de súmula vinculante. No primeiro caso, tem-se a manifestação da força dos precedentes da Casa, como fonte de Direito; no segundo, um exemplo da força cogente do efeito *erga omnes*” (BRASIL, 2014).

¹⁴ Eis o seu teor: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (BRASIL, 2014).

¹⁵ Em seguida, acrescentou: “Quando se discutiu lá o tema, em 2007, o debate era este de que poderia haver, também, uma súmula vinculante. [...]. Mas aqui, a rigor, veio posteriormente a ser editada a súmula vinculante, de modo que me parece que, no caso, hoje, o tema está superado” (BRASIL, 2014).

constitucionalidade, “fazia todo sentido uma releitura do artigo 52, X, nesse contexto”¹⁶

À perplexidade levantada pelo Relator, no sentido de que a decisão liminar em ação direta de inconstitucionalidade e a modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade possuem na prática efeito *erga omnes*, o Ministro Ricardo Lewandowski insistiu na manutenção da relevante competência do Senado Federal: “Os institutos convivem perfeitamente sem que nós tenhamos que fazer uma ablação dessa competência do Senado Federal que vem desde 1934. Até porque a nossa decisão é jurídica e a decisão do Congresso, no caso da Câmara Alta, é política. Convivem perfeitamente”¹⁷

Em 20/03/2014, o Ministro Teori Zavascki prolatou o seu voto-vista, o qual iniciou pontuando a complexa questão jurídica então submetida à apreciação da Suprema Corte:

“Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X, da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação”¹⁸

¹⁶ Cabe registrar o caráter histórico do debate em torno da supressão da fórmula do nosso modelo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o Relator registrou: “Já nos anos 60, foi apresentada, por uma comissão que, salvo engano, foi coordenada por Daria de Almeida Magalhães, a reforma do Judiciário que trouxe a ação direta. Ali se propunha o quê? Propunha-se a criação da ação direta, a criação de um incidente de inconstitucionalidade e a supressão da fórmula do Senado. Essa emenda, na verdade, esse projeto que foi discutido por essa comissão só foi votado em 1965. É a Emenda 16/1965”. “O que o Congresso aprovou? Aprovou a ação direta de inconstitucionalidade, a representação de inconstitucionalidade, de iniciativa do Procurador-Geral, mas não aprovou a supressão da fórmula do Senado, [...]”. No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski também lembrou do trâmite da Emenda Constitucional 3/1993: “Interessantemente, essa questão voltou a debate no Congresso Nacional, a partir de uma emenda, a PEC 130/1992 que foi apresentada pelo Deputado Roberto Campos. Essa PEC previa, no seu artigo 1º, a supressão do inciso X do artigo 52. No entanto, essa PEC, ao ser incorporada posteriormente à PEC 49/1991 e transformada a Emenda Constitucional 3/1993, eliminou-se essa proposta, ou seja, o Congresso Nacional insiste em manter essa prerrogativa constitucional” (BRASIL, 2014).

¹⁷ Adiante explicitou de modo ainda mais claro: “Eu acho que são os sistemas que se complementam”. Em seguida, no debate, explicou: “A questão que me constrange, intelectualmente, é a seguinte: se nós declaramos que o artigo 52, inciso X sofreu uma mutação constitucional, que faremos com o artigo 103-A da nossa Carta Magna? Nós jogamos na cesta do lixo porque, aqui, este dispositivo nos autoriza a aprovar súmulas vinculantes etc.” (BRASIL, 2014).

¹⁸ Em seguida, o Ministro Teori Zavascki, no seu voto, percorreu toda a evolução histórica em torno do maior fortalecimento do Poder Judiciário, do seu órgão de cúpula (STF)

Em conclusão ao seu voto, de um lado, “não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação” e “considerada apenas a situação jurídica existente à data da sua propositura, a presente reclamação não seria cabível”; de outro, “considerado esse fato superveniente – a edição de súmula vinculante, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação, fato esse que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462 do CPC –, a solução que hoje se impõe é a de conhecer e deferir o pedido” (BRASIL, 2014).

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso prolatou o seu voto no sentido de que entendia cabível eventual mudança que viesse a ser perpetrada no dispositivo no âmbito legislativo, mas não seria possível promovê-la pela via da mutação constitucional (interpretação). Nesse sentido: “De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do art. 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do Texto”.¹⁹

Em conclusão, consigna:

“Assim, louvando – não formalmente, mas sinceramente – esse impulso dado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer a mutação constitucional e vendo isso, talvez, quase como que um apelo ao legislador ou ao poder constituinte reformador para que reveja isso, porque acho que é bom, para o país e para a jurisdição, a universalização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Plenário, eu, no entanto, manifesto-me contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional, porém adiro ao voto do Ministro Teori Zavascki para conhecer e julgar procedente a Reclamação por inobservância da Súmula Vinculante nº 26” (BRASIL, 2014).

e da importância de seus precedentes, tanto no âmbito legislativo como também na seara jurisprudencial. Nesse último ponto, registrou que a atribuição de efeito *erga omnes* deveria ser “efeito natural da sentença” que declara a inconstitucionalidade, embora tal construção não tenha logrado êxito em razão “da ausência de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais”. Adiante asseverou: “A Resolução do Senado tem, nesse aspecto, natureza normativa, já que universaliza determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”. E, a seguir, arrematou: “Esse, portanto, o sentido e o alcance que foram atribuídos, desde a Constituição de 1934, a essa peculiar intervenção do Senado: sua finalidade, de cunho eminentemente prático, sempre foi a de ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF em controle difuso, conferindo-lhes, assim, eficácia *erga omnes* semelhante à do instituto do *stare decisis*” (BRASIL, 2014).

¹⁹ Em explicação, discorreu: “De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante” (BRASIL, 2014).

A Ministra Rosa Weber prolatou voto no mesmo sentido, acompanhando os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, no entendimento de que esbarraria na literalidade do Texto Constitucional e, no caso, deveria ser levada em consideração a superveniente edição da súmula vinculante.²⁰

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, lembrou a dualidade de modelos na sistemática de controle de constitucionalidade para alertar que o difuso “é implementado por qualquer órgão investido do ofício judicante”, razão pela qual não caberia atribuir indiscriminadamente a eficácia *erga omnes*, mas limitá-la aos precedentes emanados do Plenário da Suprema Corte. Na sua visão, entender de modo diferente seria como legislar positivamente.²¹

Por fim, o Ministro Celso de Mello também acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, na medida em que se alinhou à ideia de permitir que a Suprema Corte “dê um passo significativo no processo de construção jurisprudencial em tema de reclamação, possibilitando, [...] o efetivo respeito ao ‘*imperium*’ que qualifica as decisões deste Tribunal em sede de controle de constitucionalidade”.²²

4. Conclusão

A proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes parece ter-se apressado no tempo. É inquestionável que o modelo concentrado de controle jurisdicional de constitucionalidade tem sido exponencialmente prestigiado entre nós desde a promulgação da Constituição de 1988, com

²⁰ A respeito registrou: “Também tenho dificuldade, porque não consigo afastar as amarras do texto da Constituição Federal, na mesma linha do que votei na perda do mandato. Entendo que a literalidade do texto – aspecto que foi muito bem destacado pelo Ministro Luís Roberto – não me permite chegar à conclusão da mutação constitucional, porque não seria uma mudança. Teríamos de chegar a uma modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional”. Adiante explicitou o seu alinhamento com o Ministro Teori Zavascki: “Há um fato novo, qual seja o advento da Súmula Vinculante nº 26, então como decidir, com todo o respeito, de outra forma? Por isso não acompanho o não conhecimento da reclamação e me proponho, em função do fato novo, art. 462, a conhecer da reclamação e acolhê-la justamente nos moldes propostos pelo eminente Ministro Teori” (BRASIL, 2014).

²¹ Quanto ao cabimento da reclamação no caso concreto, ele discordou: “Por isso o artigo 462 do Código de Processo Civil não se aplica à espécie. A reclamação pressupõe ou a usurpação da competência do Supremo, ou o desrespeito a pronunciamento por ele formalizado, e este mostrou-se posterior à prática do ato atacado” (BRASIL, 2014).

²² Em explicação fundamentou o seu entendimento: “Tenho a impressão de que os fundamentos invocados pelo eminente Ministro Teori Zavascki, em seu douto voto, permitirão que se construa um consenso nesta Corte em torno da matéria ora em exame, sempre com o objetivo de viabilizar a preservação da integridade do postulado da divisão funcional do poder e de conferir estabilidade à jurisprudência firmada por esta Corte Suprema, jamais deixando de negar, de outro lado – como salientou Sua Excelência em seu douto voto –, ‘a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal [...]’” (BRASIL, 2014).

a ampliação dos legitimados ativos para propor as ações diretas, a criação da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, todas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Por outro lado, é igualmente evidente que, nos últimos anos, temos experimentado uma paulatina objetivação do modelo difuso de controle de constitucionalidade, com a crescente transcendência dos efeitos de suas decisões para além de cada caso concreto. Exemplo disso é a criação da repercussão geral e da súmula vinculante, ambas no âmbito da Reforma do Judiciário.

Nos dias atuais, é difícil conceber uma decisão da Suprema Corte que não tenha interesse geral de toda a sociedade ou, pelo menos, de parte significativa dela. O STF tem-se tornado cada vez mais protagonista na democracia brasileira, conhecido do seu povo e respeitado pela qualidade de suas orientações jurisprudenciais.

Isso faz parte de um processo de mudança que temos vivenciado nos últimos anos. De órgão de cúpula do Judiciário, distante do cidadão comum, tem-se tornado partícipe de sua rotina.

Por outro lado, mudança desse jaez requer tempo e paciência. Não acontece do dia para a noite. Nesse sentido, cabe registrar alguns percalços que encontramos ainda no âmbito interno do próprio Judiciário. Falta-nos uma cultura jurídica de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores e, principalmente, do STF.

Parte desse defeito cultural decorre do próprio Tribunal, que muitas vezes claudica na sedimentação segura de sua jurisprudência, cambiando ao sabor da posse de novos Ministros, tornando as maiorias alcançadas nas votações plenárias sempre transitórias. Em realidade, a orientação adotada pela Corte deveria (ao menos pretender) ser perene. Obviamente que isso não significa torná-la imutável. Apenas

que eventual mudança jurisprudencial deveria ser excepcional e se submeter a uma carga argumentativa muito maior (como justificativa de sua necessidade premente), bem como prestigiar e reconhecer os atos e as condutas daqueles que se submeteram ao entendimento anterior da Corte.

A outra parte desse defeito recai sobre os demais juízes que, à míngua de determinações vinculantes, encontram na livre convicção a liberdade suficiente para simplesmente discordar do precedente firmado pelos Tribunais Superiores, inclusive do STF (quando a decisão não tenha sido tomada por ação direta, objeto de súmula vinculante ou de resolução do Senado que suspende a execução da lei).

A situação concreta, então sob julgamento pelo STF, decorreu precisamente da discordância – e consequente desrespeito – de um precedente firmado pelo seu Pleno e que carecia de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Em razão disso, o magistrado de primeira instância achou por bem afastar tal orientação e aplicar o seu entendimento pessoal sobre o tema (não cabia progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, que deveriam cumprir as penas em regime integralmente fechado).

A proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, defendida por ele há muitos anos, é definitivamente arrojada. Pretende atribuir aos julgados do STF efeito *erga omnes*, mesmo naquelas situações em que a decisão foi tomada com o reconhecimento da repercussão geral. Com isso, pretende atribuir força normativa à decisão do STF *de per se*, dispensando a participação complementar do Senado.

Apesar de notório estudioso sobre o tema do controle de constitucionalidade, parece que o Ministro Gilmar Mendes buscou queimar algumas etapas importantes nessa caminhada. Afora os robustos argumentos jurídicos em torno da impossibilidade de mutação constitucional no

caso concreto, como registrou de modo expresso o Ministro Ricardo Lewandowski, é preciso distinguir (e não confundir) efeito vinculante, eficácia *erga omnes* e o mero caráter persuasivo do precedente.

Com efeito, quando alcançada a maioria absoluta, o precedente serve de norte para futuros julgamentos tanto no próprio âmbito do STF como também junto aos demais órgãos jurisdicionais, sempre que a mesma questão jurídica estiver submetida a julgamento nas mesmas circunstâncias. Essa peculiaridade – de ter o Pleno do STF se debruçado sobre a questão jurídica e chegado a uma conclusão – pode influenciar positivamente o magistrado ou a turma do tribunal que decide sobre a mesma questão. É o que se espera. É quase que uma sugestão ou recomendação, a ser seguida ao bel prazer do magistrado que decidirá de acordo com a sua livre convicção, desde que motivada. Exemplo disso pode ser verificado com a edição de súmula predominante de jurisprudência ou com o julgamento de *leading case*.

Quando a eficácia é *erga omnes* (contra todos), isso implica que transborda do limitado escopo da ação onde foi decidida (e cuja decisão soluciona apenas a lide existente entre as partes) para alcançar toda a sociedade. Em outras palavras, a decisão tomada para um caso específico é universalizável dado o seu potencial repetitivo, a indicar que, em uma mesma situação, outra parte venha a ter igual decisão. Isso ocorre quando o precedente do STF é erigido a um plano superior, no qual alcança um sem número de pessoas na mesma situação. Exemplo prático disso pode ser verificado com a repercussão geral. Uma vez decidida a questão jurídica, a solução será aplicada por todo o Judiciário, apesar de não ter qualquer efeito vinculante. A rigor, apenas e tão somente os tribunais de segunda instância que são comprometidos com a aplicação do precedente firmado com reper-

cussão geral. Haverá o dia em que a decisão do STF, com repercussão geral, será seguida de plano pela Administração Pública. Mas, tal como a pretensão do Ministro Gilmar Mendes, esse dia ainda não é hoje.

O efeito vinculante é mais simples de explicar. Deve ser seguido e ponto. Aqui, seguir a decisão tomada não é opção, mas obrigação. Nessa situação, a decisão vincula os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Em caso de desobediência, abre-se a via abreviada da reclamação. Exemplo de decisão provida de efeito vinculante pode ser encontrado nas ações diretas, declaratórias de constitucionalidade, ADPFs e súmulas vinculantes.

A relação entre os três efeitos (persuasivo, *erga omnes* e vinculante) pode ser melhor compreendida através da continência, isto é, o persuasivo está contido dentro do *erga omnes*, que está contido dentro do vinculante. Em outras palavras, a eficácia vinculante necessariamente engloba os efeitos *erga omnes* e persuasivo. A recíproca, contudo, não é verdadeira.

Ora, uma decisão proveniente do Plenário da Suprema Corte tende a ter maior força no cenário jurisprudencial, a depender de alguns fatores, como a maioria formada (6x5, 7x4, 8x3, 9x2, 10x1 e unânime), a qualidade do debate entre os Ministros (com a abordagem de mais ou menos pontos relacionados ao tema central), o ônus argumentativo utilizado pela corrente vencedora (preferencialmente com robustos argumentos jurídicos que apontam e corroboram a decisão tomada) e o comprometimento dos Ministros em aplicá-la (independentemente do entendimento pessoal que tenham adotado quando do julgamento), entre outros.

Nesse sentido, a ideia proposta pelo Ministro Gilmar Mendes não dialoga com o atual estado do necessário processo civilizatório

em torno da cultura de precedentes que precisamos introduzir tanto na comunidade como no próprio Judiciário. Não parece ser realístico entender que uma decisão tomada em controle difuso terá efeito *erga omnes* e (quase) eficácia vinculante em razão de sua mera transcendência.

Aliás, para colaborar nesse mister, o controle difuso conta com um exaurimento todo peculiar em situações cada vez mais residuais: a resolução do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Tal característica foi introduzida na Constituição de 1934 e permanece em vigor. Na prática, ela equipara a situação das decisões do STF, que terá maior amplitude quando tomada nos processos objetivos (ADI, ADC e ADPF) ou no controle difuso (com a edição de súmula vinculante ou mediante edição de resolução do Senado Federal).

A resolução é um ato normativo, proveniente de um órgão político (Senado Federal), que se sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade, com o condão de universalizar para toda a sociedade aquela decisão que foi tomada entre as partes do litígio. Além disso, a resolução, pela aplicação do inciso X do art. 52 da Lei Maior, é cercada de dúvidas doutrinárias na medida em que conta com diferentes orientações acerca de sua interpretação, cada vez mais enriquecida.

O caráter complementar da resolução no controle difuso foi muito bem abordado pelo Ministro Joaquim Barbosa. Por outro lado, os argumentos jurídicos em torno da impossibilidade de mutação constitucional foram bem levantados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Ele logrou condensar um apanhado de relevantes razões jurídicas que fundamentaram o seu voto, com destaque para a violação do princípio da separação dos poderes, que se encontra erigido como cláusula pétrea na Constituição de 1988.

Apesar da boa vontade da proposta formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, a literalidade da regra contida no dispositivo em foco proíbe qualquer iniciativa tão ousada, como registraram os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki. Ou ainda, como manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, com tintas fortes, dá para sentir o cheiro de golpe de Estado, na medida em que a competência do Senado seria amesquinhada pela interpretação do Supremo, que se beneficiaria diretamente com a decisão. Esse mesmo ponto foi repisado também pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

De todo modo, parece que, antes de se falar na mutação constitucional proposta pelo Ministro Gilmar Mendes (que tem cheiro de golpe de Estado para o Ministro Sepúlveda Pertence, viola o princípio da separação dos poderes no entender do Ministro Ricardo Lewandowski e cuja interpretação encontra limite próprio na literalidade do dispositivo, como entendeu o Ministro Roberto Barroso), deve-se falar em silêncio eloquente pelo Poder Constituinte Derivado. Vimos que em um passado remoto

foi cogitado (em 1965) e depois foi novamente mencionado em 1993.

Além disso, recentemente, voltou à pauta do Congresso Nacional. Em rápida pesquisa logramos identificar a existência da Proposta de Emenda Constitucional nº 11/2008, que pretende revogar o inciso X do art. 52 da Constituição da República. A justificativa menciona exatamente os diferentes pontos levantados no presente estudo (como a maior importância do controle abstrato e com maior vinculatividade para toda a sociedade), *verbis*:

“Essa norma perdeu a sua razão, uma vez que não se aplica às ações diretas – hoje bastante frequentes – e em função da súmula vinculante, criada que foi pela Emenda nº 45, e que surte, desde logo efeitos *erga omnes*. Ademais, parece correto cogitar de eficácia maior à generalidade das ações do controle difuso e em concreto de normas, conforme eventualmente venha a construir o Supremo Tribunal Federal”.

A proposta foi apresentada pelo Senador Arthur Virgílio em 26/03/2008, por sugestão do Ministro Gilmar Mendes. Foi encaminhada para a CCJC e desde então aguarda a designação de Relator (sendo o seu último andamento de 30/05/2014).

Em vista de tais tentativas, antes de se falar em mutação constitucional (relacionada com a evolução da interpretação em torno do dispositivo), talvez seja o caso de se falar em silêncio eloquente, na medida em que o Congresso Nacional, na qualidade de Poder Constituinte Derivado, não tem encontrado interesse na mudança desde a década de 60. O Ministro Roberto Barroso, aliás, foi enfático no sentido de que tal mudança no texto constitucional deve-se dar pela via adequada (legislativa), e não pela via interpretativa.

A despeito de tudo o que consignamos a título conclusivo, releva notar que o debate

perdeu objeto nos autos da Reclamação 4.335, na medida em que o (lento) julgamento iniciado em 2007 foi atropelado com a edição de uma súmula vinculante.

Parece-nos que o papel do Senado Federal é complementar, e a resolução se presta a colocar a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ao lado da decisão tomada nas ações diretas (ADI, ADC e ADPF) e da súmula vinculante (cabível também no controle difuso, esta sim dependente unicamente da atuação do STF, conforme a emenda constitucional que a criou e a legislação que a disciplina). A relação é de complemento, não se tratando de obstáculo ao STF, na linha do que registrou o Ministro Joaquim Barbosa no seu voto.

De todo modo, caberá ao STF retomar o debate entre os Ministros em causa semelhante, que traga preferencialmente questão jurídica que NÃO tenha sido objeto de súmula vinculante e não tenha sido objeto de resolução do Senado Federal. Aí sim a análise que será feita pela Suprema Corte será em torno da transcendência e dos efeitos de sua decisão no controle difuso, quando não editada a resolução e não seja vinculante. Tal exame também poderá ser feito na hipótese em que houver a resolução do Senado editada. Nesse caso, o debate não será em torno da omissão da competência do Senado (e sim sobre os efeitos da resolução, sobretudo à luz da situação sob julgamento).

Com o enfrentamento de tal questão, aí sim a análise do STF terá condição de ser completa, com a resposta para a indagação acerca de qual é a extensão e o alcance da transcendência de suas decisões no controle difuso, antes e depois da resolução, ou seja, com e sem ela.

Como a discussão em torno do papel do Senado Federal no modelo difuso do controle de constitucionalidade tende a ser preliminar ou prejudicial à questão de fundo em litígio, é importante que o pronunciamento do STF dê

o foco próprio: 1^o) ao papel do Senado Federal e ao efeito da resolução; e 2^o) sobre como tal decisão se reflete na solução da questão de fundo.

A decisão que declara a inconstitucionalidade no controle difuso vale com efeito *erga omnes* independente da resolução? E com efeito vinculante também? Ou precisa da participação colaborativa do Senado Federal com a edição do seu ato normativo? Como decorrência de tal discussão, cabe ainda indagar acerca dos efeitos da resolução? Cria direito público subjetivo, com o afastamento definitivo da presunção de constitucionalidade da lei (declarada inconstitucional apenas entre as partes envolvidas na lide)? Produz efeito *ex nunc* ou *ex tunc*?

Essas são algumas indagações que deverão ser respondidas quando o STF se debruçar sobre o tema específico da participação do Senado Federal no controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro atual. Tal discussão deverá ser travada no Plenário do STF nos próximos meses. Vale a pena conferir.

Sobre o autor

Fábio Martins de Andrade é advogado, doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes – UCAM, pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilla-La Mancha – UCLM, Espanha, pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca – USAL, Espanha.
E-mail: fandrade@andrade.adv.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²³

THE ROLE OF THE SENATE IN THE JUDICIAL REVIEW FROM THE SUPREME COURT'S PERSPECTIVE (APPEAL 4.335)

ABSTRACT: The article analyses recent ruling by the Supreme Court, in which the focus was around the Senate's role in the judicial review of the legislation and normative acts. In this sense, three different arguments were explored during the trial and are explained in the article: whether occurred the constitutional mutation of item X of Article 52 of the Constitution, impossibility of constitutional mutation and the supervenience of Binding Precedent 26. Finally, concludes that the question remains open and lacks specific decision of the Supreme Court.

KEYWORDS: SUPREME COURT. JUDICIAL REVIEW. CONSTITUTIONAL MUTATION. SENATE'S ROLE.

²³ Sem revisão do editor.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 23 fev. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Super-veniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da declaração. 6. Reclamação julgada precedente. Reclamação nº 4.335-AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 20 mar. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 155-161, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A rose by any other name

Conformações do direito de marca no mercado farmacêutico

VICTOR V. CARNEIRO DE ALBUQUERQUE

Resumo: A proteção jurídica à marca, um dos direitos de propriedade intelectual, permite a apropriação exclusiva de um sinal distintivo capaz de identificar bens e serviços de seu titular e diferenciá-los daqueles de seus concorrentes no mercado. O direito de marca consiste na faculdade de proibir o uso do sinal distintivo por terceiro não autorizado por seu titular. Não implica, contudo, garantia de acesso a mercados regulados. O presente trabalho analisa duas hipóteses da limitação do direito de marca no mercado de medicamentos no Brasil: as limitações de uso de uma mesma marca para assinalar produtos farmacêuticos com composição distinta, técnica conhecida como criação de família de medicamentos; e o uso de mais de uma marca para o registro de produtos de idêntica formulação por um só titular. O artigo aborda esse problema, levantando questões como a minimização do risco no erro de medicação e a redução da assimetria de informações entre fabricantes, agentes prescritores e consumidores finais.

Palavras-chave: Propriedade Industrial. Marca. Direito Regulatório. Medicamentos. Limitações do uso de Direito de Marca.

Introdução

Marca é um sinal utilizado para distinguir bens e serviços de outros idênticos ou similares em um mesmo mercado. Trata-se de instituto jurídico concebido para uso em ambientes concorrenciais, em que os consumidores são expostos a alternativas ao menos potencialmente equivalentes para a satisfação de suas demandas.

Sob o aspecto econômico, a marca desempenha função relevante ao reduzir os custos transacionais associados à identificação de bens simi-

Recebido em 4/11/14
Aprovado em 29/1/15

lares. O uso da marca em determinado produto permite aos consumidores vincular relações de consumo anteriores ao bem, de forma a distingui-lo sem a necessidade de aferir detalhadamente suas qualidades a cada nova aquisição.

De igual sorte, a marca incentiva economicamente seu detentor a manter controle sobre as características fundamentais do produto ou serviço marcado, de modo a despertar no consumidor confiança quanto a uma coerência na sua qualidade ao longo do tempo.

O benefício social do uso de marcas pressupõe, contudo, sua apropriação exclusiva por um titular, bem como sua proteção eficaz tanto contra o uso por terceiros não autorizados¹ quanto contra o uso de sinais tão similares a ponto de confundir os consumidores².

De fato, se não é concedido um direito exclusivo ao uso de uma marca, permite-se que produtos de procedência e, eventualmente, de qualidade distintas sejam apresentados aos consumidores com o mesmo sinal (que deixa, portanto, de ser distintivo), eliminando-se a função redutora de custos transacionais.

É, pois, no intuito de garantir a redução de custos transacionais em um ambiente de mercado competitivo³ que as legislações nacionais concedem um direito de propriedade industrial consistente na exclusividade de uso de marcas a apenas um titular.

A concessão de uso exclusivo de marca se configura como direito concorrencial de exclusão, mas não implica por si garantia do direito ao uso da marca em todos os mercados. Quer-se dizer: a proteção concedida à marca permite ao seu titular evitar o uso não autorizado por

terceiros, mas não garante ao seu titular o uso em mercados submetidos à regulamentação estatal. De fato, medidas regulatórias podem limitar o exercício de direitos de propriedade intelectual, como, de regra, de qualquer direito individual.

No Brasil, a adoção de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e sufragária da livre concorrência pela Constituição Federal não implica a impossibilidade de criação de eventuais requisitos para a exploração de determinada atividade, como, aliás, expressamente previsto no parágrafo único do artigo 170 do texto constitucional.

Interessa ao presente trabalho examinar o caso do mercado regulado de medicamentos para uso humano que, no Brasil, apenas pode ser explorado mediante autorização prévia e sob fiscalização intensa do Estado.

Em verdade, tal como visto adiante, medicamentos só podem ser fabricados, importados ou expostos ao consumo após uma autorização prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária denominada registro.

A análise do pedido de registro de medicamentos se orienta primordialmente pela comprovação da segurança e eficácia terapêutica do produto, mas pode avaliar também questões como o uso de denominações e marcas para a distinção do medicamento no mercado nacional.

O presente trabalho se propõe a examinar dois tipos de limitação ao exercício do direito de marcas no mercado farmacêutico brasileiro. Será discutida a possibilidade do uso de marca para as chamadas famílias de medicamentos (*umbrella branding*), bem como para medicamentos similares, de acordo com a legislação brasileira.

As chamadas famílias de medicamentos são, em síntese, formadas por produtos que compartilham a mesma marca ou marcas muito

¹ Cópia não autorizada ou contrafação.

² A chamada concorrência parasitária.

³ E, conseqüentemente, permitir aos consumidores uma escolha informada sobre os bens disponíveis para a aquisição. Ver Carvalho (2009, p. 4).

assemelhadas, geralmente compostas, no último caso, de um radical comum e de alguma partícula diferenciadora.

Medicamentos similares são, por sua vez, alternativas terapêuticas com o mesmo princípio ativo, dosagem, via de administração, posologia, forma farmacêutica e indicação que um medicamento dito inovador, tendo necessariamente sua equivalência com o produto de referência reconhecida pela ANVISA⁴.

Na hipótese de medicamentos similares, é possível prever casos em que produtos essencialmente idênticos poderão receber marcas distintas, ainda quando provenientes de uma só origem ou fabricados no mesmo local e com os mesmos insumos e métodos de produção.

Se quanto a produtos comuns a situação descrita acima não ultrapassa os limites do âmbito privado, não há como ignorar que o mercado de medicamentos é regulado no Brasil de forma a garantir a acomodação entre interesses privados de seus fabricantes e necessidades das políticas de saúde pública.

Nas hipóteses suscitadas de famílias de medicamentos e de medicamentos similares, o uso da marca pode causar assimetria de informações entre agentes produtores e consumidores, com consequências de grande relevância e potencialmente negativas para o mercado. Surge, desse modo, questionamento sobre a possibilidade e eventuais limites da atividade estatal na adequação do exercício do direito de marca no mercado de medicamentos.

Peculiaridades do mercado farmacêutico permitem, conforme discutido adiante, defender a conformação do uso de marcas nas hipóteses acima especificadas (famílias de medicamentos e medicamentos similares).

Em primeiro lugar, medicamentos são bens com um particular risco associado ao seu uso, e demandam, por tal circunstância, medidas para garantir a identificação precisa de suas qualidades essenciais. Ocorre, contudo, que o uso de determinadas marcas pode provocar confusão não apenas no momento de sua aquisição por consumidores, mas mesmo da sua prescrição ou aviamento, inclusive por profissionais treinados, como demonstrado adiante.

Ademais, o uso de marcas pode, em alguns casos, contribuir para a assimetria de informações entre agentes produtores e consumidores, induzindo estes últimos à compreensão de que determinado medicamento possuiria uma origem ou qualidade intrínseca que não se encontra em verdade presente ou, ainda, que não se mostra particularmente relevante para a necessidade essencial a ser atendida.

Por fim, medicamentos são, em vários casos, produtos submetidos a um regime especial de consumo, uma vez que sua aquisição pode estar condicionada à prescrição de um profissional habilitado. Nessas hipóteses, identifica-se o problema econômico clássico de agência entre quem faz a decisão sobre o consumo e aquele que suportará os custos de tal decisão. Também nessa situação o uso de marcas pode ser uma importante causa de assimetria de informações.

Todas as situações descritas nos três parágrafos antecedentes são, conforme as razões adiante trazidas, argumentos fortes para o reconhecimento da conformação do uso de marcas no mercado de medicamentos no Brasil.

1. As funções da marca como razões para seu reconhecimento jurídico e proteção de seu uso pelo Estado

O conceito jurídico de marca se encontra hoje positivado no Brasil em dois textos normativos de alta relevância: o artigo 15.1. do

⁴ Art. 3º, XX, da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (BRASIL, 1976).

Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, em sua sigla inglesa) e o artigo 123, I, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial Brasileira – LPI).

O tratado internacional conceitua como marca qualquer “sinal ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento”⁵. A lei nacional, por sua vez, define marca de produto ou serviço como “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”⁶.

De ambos os textos normativos, é possível extrair os elementos essenciais à definição de marca tal como relevante para o direito positivo. Primeiro, há o caráter visual ou gráfico da marca. Segundo, a função de origem ou diferenciadora exercida pelo sinal distintivo, que singulariza o bem marcado entre outros similares ou idênticos, mas de origem diversa⁷.

Os dispositivos normativos invocados trazem, ademais, uma premissa fundamental a não ser subestimada. O reconhecimento da marca se faz necessário em mercados concorrenciais em que haja pluralidade de bens e serviços similares disputando a preferência dos consumidores. Ausente a concorrência (ou ao menos a possibilidade de concorrência), não haverá qualquer utilidade no uso do instituto (GRAU-KUNTZ; SILVEIRA, 1996, p. 7).

Dito isso, podem-se reconhecer na marca pelo menos duas funções básicas: a de origem e a de confiança.

A chamada *função de origem* da marca deve ser entendida como a vinculação do bem ou serviço marcado ao seu titular, de forma a identificá-lo claramente em relação aos de seus concorrentes.

Não se trata necessariamente de vínculo entre o bem marcado e seu fabricante imediato, mas entre o bem e o *titular* da marca (que poderá ou não ser seu produtor de fato). Em um mundo de “fabricantes sem rosto” (CARVALHO, 2009, p. 454), ao consumidor interessa, sobretudo, relacionar a marca ao seu titular, e não à origem física do produto adquirido, como bem ressaltado por Grau-Kuntz e Silveira (1996, p. 8):

“Para o consumidor é hoje geralmente indiferente se o produto da marca ‘X’ é produzido por este ou aquele industrial, ou se este produto tem o mesmo fabricante que o produto assinalado com a marca ‘A’. Neste sentido, ela não cumpre sua função de origem em acepção estrita, a qual reportava à assinatura do industrial. Ela não fornece ao consumidor uma informação direta sobre a sua origem, mas indica a ele que os produtos provêm de uma empresa determinada, apesar de anônima. A função de origem da marca, em relação aos consumidores que adquirem o produto, deve ser entendida neste sentido.”

A função de origem mostra-se relevante economicamente por seu potencial de reduzir os custos dos consumidores na identificação de um determinado produto em mercados competitivos. Porque permite ao consumidor associar rapidamente um determinado sinal a uma experiência passada de consumo (própria ou de terceiros), a marca reduz o tempo e a quantidade de informação necessária à escolha do bem demandado (LANDES; POSNER, 2003, p. 168). Ou seja, economicamente, a função primordial desempenhada pela marca é reduzir custos de transação em mercados competitivos.

⁵ Art. 15.1. do Acordo TRIPS, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994).

⁶ Art. 123, I, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (BRASIL, 1996).

⁷ Há quem critique a exigência legal quanto à *origem* diversa. Ver como exemplo Oliveira (2004, p. 1).

A segunda função principal atribuída à marca é a de garantia, usualmente associada a uma “premissa de garantir que o produto teve sua produção controlada pelo titular da marca, presumindo-se, por isso, que possui uma qualidade constante” (ADOURIAN; ARNOLDI, 2003, p. 33).

Nesse ponto, há de ressaltar que a marca não constitui propriamente garantia quanto à qualidade do produto. É dizer, não há obrigação jurídica do detentor da marca de manter as qualidades originalmente associadas ao produto oferecido. Por conseguinte, não possui o consumidor ação contra o titular por eventual modificação de características anteriormente presentes no bem consumido (OLIVEIRA, 2004, p. 5)⁸.

Em termos concretos, observa-se a formação de um incentivo econômico ao titular da marca para a manutenção da coerência nas características essenciais do bem ofertado, como forma de preservar tanto sua distinção frente aos concorrentes quanto a preferência conquistada junto ao público consumidor (POSNER, 2007, p. 88-89). Essa é a razão para que parte da doutrina, embora avessa à ideia de uma função de garantia da marca, reconheça o desempenho de uma função de *confiança* (GRAU-KUNTZ; SILVEIRA, 1996, p. 8).

Há de ser ressaltado que as funções mencionadas dependem, como dito na introdução, da apropriação exclusiva da marca por um titular. De fato, a função de origem da marca pressupõe sua aptidão para distinguir bens e serviços similares em um mercado concorrencial. Se permitido a mais de um empresário marcar suas mercadorias ou serviços com o mesmo sinal, torna-se impossível distinguir entre alternativas de consumo distintas e, por conseguinte, anula-se toda a redução de tempo e informação na escolha dos produtos trazida pelo uso da marca (LANDES; POSNER, 2003, p. 167). É, pois, para preservar a utilidade econômica e social das marcas que o Estado concede um direito de propriedade consistente no uso exclusivo de determinado sinal distintivo a um só titular.

Em termos essenciais, o direito de marca consiste na exploração econômica exclusiva de determinado sinal por seu titular, que passa a contar com os meios coercitivos do Estado para evitar o uso não autorizado por concorrentes. O privilégio exclusivo é, portanto, um direito concorrencial de exclusão, ou seja, uma faculdade concedida a alguém de impedir o uso de determinado sinal em um mercado específico⁹ sem sua autorização.

⁸ Salvo, claro, nos casos de publicidade enganosa ou indução maliciosa a erro. Esclareça-se, no entanto, que nesses casos o fundamento da ação reparatória será a quebra da boa-fé pelo produtor ou vício do produto, nada tendo a ver com o uso da marca.

⁹ Em termos gerais, a proteção ao uso exclusivo das marcas é concedida por segmentos de mercado. Apenas excepcionalmente se protege marca indistintamente em todos os mercados (caso da “marca de alto renome”, tratada pelo artigo 125 da Lei nº 9.279/96).

Deve-se ter em mente que, se a marca é instituto voltado à disciplina de relações em mercados concorrenciais, a proteção que lhe é reconhecida se direciona originalmente a seu titular, e não ao consumidor final. Nesse sentido, o direito de propriedade industrial concedido por meio do registro de marca protege diretamente apenas seu titular, ainda que produza externalidades, isto é, efeitos indiretos e secundários para além da relação principal entre titular e concorrentes em potencial para os consumidores dos bens marcados (GRAU-KUNTZ; SILVEIRA, 1996, p. 8).

Esclarecidas, de forma preliminar, a natureza e algumas das principais funções da marca, passa-se a examinar certas adequações que são impostas ao seu uso no mercado farmacêutico brasileiro.

2. A conformação do direito de marca no mercado farmacêutico como exigência da proteção à saúde

Ressaltou-se, linhas acima, a natureza concorrencial privada da proteção concedida à marca. Trata-se de direito privado de cunho individual, exercitável em mercado competitivo para a exclusão do uso de sinal distintivo por terceiros não autorizados por seu titular.

Assim, percebe-se que o direito de marca é um direito negativo, de exclusão. É dizer, o registro da marca permite a seu titular impedir seu uso por terceiros. Não quer isso dizer, contudo, que a concessão do uso exclusivo outorgue ao titular o direito de exercê-lo livre e plenamente em mercados regulados.

Veja-se, nesse sentido, que não há, no texto internacional aplicável, cláusula obrigando os países signatários do acordo a conceder direitos de acesso a mercados como efeito necessário ou acessório da proteção exigida ao direito de marca.

De fato, o artigo 15.4. do TRIPS veda aos países membros do tratado excluírem da possibilidade de registro uma marca em razão da natureza do serviço ou bem a que ela se aplica¹⁰. Ocorre, contudo, que apesar de os direitos de propriedade intelectual terem como escopo a apropriação individual de bens imateriais, com a exclusão de seu desfrute por outros não autorizados (*free riding*), eles não se configuram como direitos de acesso a mercados (RESOURCE BOOK..., 2005, p. 234, tradução nossa).

Nesse passo, o direito à marca pode ser limitado pelos países membros de modo a atender interesses coletivos e políticas públicas nacionais, desde que se preserve o âmbito essencial do direito concedido: a proteção contra concorrência desleal.

A faculdade permitida pelo tratado internacional foi exercida no mercado farmacêutico, tanto no Brasil como em países como os Estados Unidos da América e os integrantes da União Europeia (FIÚZA; LISBOA, 2001, p. 8-9).

De um modo geral, a conformação do direito de propriedade intelectual (dentre os quais interessa, neste trabalho, o referente à marca) no setor farmacêutico visa a alcançar dois objetivos principais.

Em primeiro lugar, as autoridades reguladoras do setor farmacêutico procuram disciplinar o uso de marcas em medicamentos a fim de reduzir os riscos associados a erro em seu consumo.

Uma das causas do erro na identificação (e administração) de medicamentos é o uso de marcas similares por produtos com composição e finalidade distintas, situação especialmente grave nos casos dos chamados medicamentos isentos de prescrição médica.

¹⁰ Eis a redação do dispositivo: “15.4. A natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro” (RESOURCE BOOK..., 2005).

Estudo realizado em 1999 nos Estados Unidos identificou erros na administração de medicamentos como um problema de saúde pública relevante naquele país, responsável por aproximadamente 7.000 mortes anuais (KOHN; CORRIGAN; DONALDSON, 2000, p. 2).

Dessa forma, o direito à marca, conquanto não excluído de forma peremptória, tende a sofrer adequações significativas no setor farmacêutico, sendo esse, como se verá adiante, o caso no Brasil.

Um segundo argumento para a limitação do uso de marca no setor farmacêutico é o da ampliação de acesso a medicamentos pelo estímulo à concorrência.

A função diferenciadora da marca tem por objetivo influenciar preferências dos consumidores do produto. Ocorre, contudo, que por vezes a única distinção entre dois medicamentos é precisamente a marca, situação passível de gerar questionamentos sobre a eficiência (e, embora aqui não se discuta tal ponto, o caráter *ético*) de permitir estratégias de preço distintas para medicamentos diferenciados exclusivamente por sua marca.

Nesse sentido, pode-se ressaltar que muitas vezes a marca de determinado medicamento não assinalará distinção terapêuticamente relevante para os consumidores. E, por óbvio, tal situação nem sempre poderá ser tida por irrelevante para políticas públicas nacionais.

Cabe lembrar que as marcas podem exercer uma função de confiança em relação aos consumidores dos bens por elas distinguidos. Na ausência ou insuficiência de sistemas fiáveis de certificação de qualidade, os consumidores tendem a limitar sua demanda a bens assinalados por marcas que já desfrutavam de sua confiança, dificultando a entrada de novos agentes no mercado e mantendo os preços em patamar mais alto que o ótimo.

O problema é particularmente relevante no setor farmacêutico por força do modelo adotado para a alocação da responsabilidade financeira pela aquisição de medicamentos em alguns países.

De fato, há basicamente três modelos de alocação da responsabilidade financeira pela compra de medicamentos. O primeiro e mais simples é alocar integralmente o custo de aquisição do medicamento ao paciente. Trata-se da hipótese mais comum em países pobres onde não há sistema público de saúde responsável por assistência farmacêutica à população, bem como naqueles onde o sistema de seguros privados não é desenvolvido.

Um segundo modelo, comumente associado aos Estados Unidos, é o de alocação da responsabilidade primária pela compra de medicamentos em sistemas privados de assistência médica¹¹.

Um terceiro modelo, disseminado em países europeus e, ao menos parcialmente, também no Brasil, é o da prestação de assistência farmacêutica por sistemas públicos custeados total ou parcialmente por tributos.

Os três modelos compartilham, em graus diferentes de intensidade, o problema econômico da agência.

Em verdade, ao menos nos casos dos medicamentos submetidos à exigência de prescrição médica, o consumidor final (o paciente) não está em condições de escolher qual produto adquirir entre os ofertados no mercado.

O médico, ao lhe prescrever o medicamento, escolhe um produto segundo sua experiência prévia ou por outras razões, muito embora usualmente não arque com qualquer parcela dos custos para a aquisição do bem. Funciona,

¹¹ Segundo Fiúza e Lisboa (2001), em 1995, 75% da população dos EUA possuíam cobertura privada de seguro-saúde. op. cit. p. 21.

assim, como *agente* daquele que arcará com os custos de sua escolha – o *principal*, que pode ser o paciente, a seguradora privada ou o Estado, conforme se adote um dos três modelos acima descritos.

Ocorre que não há razão para se pensar que profissionais prescritores estejam menos propensos a limitar suas escolhas a medicamentos de determinada marca que consumidores leigos. Primeiro, porque nem sempre conhecem todas as opções terapêuticas disponíveis no mercado para as condições tratadas, nem os preços praticados¹². Segundo, porque podem ter reservas pessoais (inclusive pela relatada falta de conhecimento) quanto à experimentação com produtos de outras marcas além da usualmente prescrita.

De fato, estudos econométricos conduzidos sobre o assunto identificaram que médicos se utilizam de ações publicitárias de companhias farmacêuticas como fontes baratas de informação e referência, sendo tal prática especialmente notada nos profissionais com habilidades de diagnóstico medianas ou abaixo da média geral (STERN; TRAJTENBERG, 1998, p. 9).

As duas razões citadas incentivam nos médicos uma fidelização a determinados medicamentos marcados, bem como um comportamento que já foi definido como de manada em estudos de suas práticas prescritivas (FIÚZA; LISBOA, 2001, p. 12-13).

No caso brasileiro, em que apenas as compras públicas federais de medicamentos variaram entre aproximadamente 2,3 e 2,8 bilhões de reais no período entre 2005-2008 (ÁUREA et al, 2011, p. 30), o problema da agência e do risco moral na escolha de medicamentos por médicos é obviamente relevante.

¹²Obter tais informações implicaria custos para o médico, sem necessariamente lhe oferecer retornos apropriáveis individualmente.

As questões econômicas sobre os custos monopolísticos ou oligopólicos associados à baixa concorrência no mercado farmacêutico e seu impacto no acesso a medicamentos servem, por conseguinte, como argumento para a regulação setorial pelo Estado. E tal regulação poderá atingir o direito marcário com a finalidade de preservar um funcionamento concorrencial em mercado de tanta relevância social.

Nas seções seguintes, trata-se, primeiro, da limitação ao uso de marcas com fundamento na possibilidade de indução a erro de medicação, para, em seguida, examinar sua limitação com fundamento na concorrência e no acesso a bens essenciais.

2.1. O uso da marca em família de medicamentos como potencial fonte de erro de medicação

A principal preocupação sanitária relativa ao uso de marca em medicamentos é a do erro quanto à correta identificação do produto. No Brasil, o problema recebeu tratamento específico pela legislação sanitária vigente.

De fato, o artigo 5º da Lei nº 6.360/76 veda, em seu *caput*, o uso de “nome ou designações que induzam ao erro” (BRASIL, 1976). O objeto do erro é delimitado pelo artigo 9º do Decreto nº 8.077, de 14 de agosto de 2013, que especificou tratar-se daquele incidente quanto à “composição, finalidade, indicação, aplicação, modo de usar e procedência” (BRASIL, 2013) do produto.

Inicialmente, esclareça-se não haver questão terminológica a ser dissipada na norma citada. As expressões *denominação* e *nome comercial*, utilizadas pela legislação sanitária, podem ser substituídas por *marca* sem prejuízo algum para a compreensão de seu significado jurídico¹³. Se

¹³Não se pode sequer falar em coerência sistêmica do texto legal. Nesse sentido, perceba-se que o §3º do mesmo

o legislador foi parcimonioso no uso do termo *marca* nos textos de cunho sanitário, não o fez por ignorância ou impropriedade, mas para apartar as questões de interesse privado e individual das de ordem pública reguladas no âmbito dos produtos sob fiscalização sanitária. Trata-se, pois, de exercício de política lexicológica sem consequências jurídicas maiores ¹⁴.

Esclareça-se, contudo, que a legislação sanitária apontada não afeta a aquisição da propriedade sobre a marca (o que seria contrário à norma antidiscriminatória do artigo 15.4. do TRIPS). Ela apenas disciplina seu uso no mercado regulado. As normas sanitárias apontadas não impedem que a marca seja registrada por seu titular junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, mas permitem que seu uso no mercado farmacêutico seja impedido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

As preocupações em minimizar o erro de medicação não se limitam ao Brasil, havendo, inclusive, doutrina jurisprudencial norte-americana no sentido de exigir “cuidado acentuado” das autoridades públicas quando da análise de pedidos de marcas de produtos que trazem associados ao seu uso proposto um risco à saúde humana.

A chamada doutrina do *greater care* foi extraída, nos anos 1970, de decisões judiciais proferidas sobretudo em litígios acerca de marcas de medicamentos ou produtos para a saúde.

Trata-se de corrente jurisprudencial originada de julgamentos de litígios acerca da

similaridade ou confusão entre marcas, em que os parâmetros para aferição da possibilidade de erro foram estabelecidos em definitivo pelo Poder Judiciário.

De uma forma simplificada, a ideia foi descrita da seguinte forma:

“O conceito de cuidado acentuado aconselha que, se da troca indevida de um produto por outro puderem resultar consequências sérias [para a vida ou saúde do consumidor], as cortes devem usar um cuidado acentuado na aferição da probabilidade de confusão [entre os produtos marcados de forma similar]” (TRADEMARKS..., 1972, p. 444, tradução nossa).

A doutrina do cuidado acentuado não foi difundida no Brasil, em parte talvez porque a legislação sanitária já trazia, desde a década de 1970, medidas mais restritivas sobre a questão.

De fato, dispositivo da Lei nº 6.360/76 veda, por exemplo, o uso de marcas idênticas ou similares para produtos de composição distinta, reduzindo a necessidade de discussão sobre os riscos de erro na identificação de medicamentos, presumidos como prováveis pela lei. Trata-se do §1º, do artigo 5º, da Lei nº 6.360/76, cuja redação é adiante trazida:

“§1º É vedada a adoção de nome igual ou assemelhado para produtos de diferente composição, ainda que do mesmo fabricante, assegurando-se a prioridade do registro com a ordem cronológica da entrada dos pedidos na repartição competente do Ministério da Saúde, quando inexistir registro anterior” (BRASIL, 1976).

Há, nesse ponto, uma limitação expressa ao exercício do direito de marca, pautada na possibilidade (assumida como provável pelo Legislador) de consumo equivocado de medicamentos com marcas similares, mas de composições distintas.

artigo 5º da Lei nº 6.360/76 disciplina a “colidência de marcas”, e não de “nomes comerciais”.

¹⁴ Trata-se, ademais, de modelo não exclusivo ao país. O *Food and Drug Administration – FDA*, agência reguladora do segmento nos EUA, também prefere usar para efeitos regulatórios *proprietary names* (nomes comerciais) em lugar de *trademark* (marca), como se vê em sua recente orientação à indústria sobre a matéria. Ver *Guidance for Industry: Best Practices in Developing Proprietary Names for Drugs* (UNITED STATES, 2014, p. 1).

A vedação legal possui especial relevância para limitar técnicas promocionais da indústria farmacêutica. Em um segmento com poucas inovações disruptivas nas últimas décadas, a promoção de marcas por seus titulares se tornou método importante na disputa por participação no mercado, respondendo por uma fatia considerável do investimento total feito pelo setor (BARBOSA, 2003, p. 699).

Nesse sentido, tem-se observado¹⁵ a tentativa de laboratórios farmacêuticos de criar *famílias de medicamentos* com uma marca compartilhada, ainda que as composições dos produtos não sejam idênticas.

Por famílias de medicamentos (ou *umbrella branding*), entende-se a oferta ao mercado de dois ou mais medicamentos sob a mesma marca¹⁶. A identidade (ou similaridade) referida é, claro, a da marca específica do medicamento, e não o compartilhamento da marca geral eventualmente utilizada pelo laboratório fabricante ou comercializador.

De fato, apesar de a Lei nº 9.279/96 não mais mencionar marcas gerais e específicas como o antigo Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971), a distinção ainda se mostra útil no contexto atual.

A marca geral designa a origem comum de uma série de produtos, ao passo que a específica distingue apenas o produto individualmente considerado (BARBOSA, 2003, p. 701). Assim, DORFLEX[®] é considerada marca específica, ao passo que SANOFI[®], a designação do titu-

lar de seu registro, é exemplo de marca geral. Nesse passo, a veiculação, na embalagem do medicamento, de marca geral e específica não caracterizaria o fenômeno aqui discutido.

O objetivo econômico buscado pela formação da família de medicamentos é simples: induzir nos consumidores a ideia de que os produtos com a mesma marca (ou marcas bastante assemelhadas) compartilham as mesmas qualidades associadas ao produto mais conhecido no mercado.

Esclareça-se que as famílias de medicamentos são compostas por produtos pertencentes a um só titular e, portanto, não despertam necessariamente questionamentos sobre concorrência desleal entre fabricantes.

Nada obstante, o eventual compartilhamento de uma mesma marca (ou de marcas bastante assemelhadas entre si) por medicamentos com composição distinta importa a exposição dos pacientes a risco na identificação da droga, razão pela qual é vedada, em princípio, pelo §1º do artigo 5º da Lei nº 6.360/76.

Dados empíricos levantados nas últimas décadas acerca de erros de medicação relacionados à similaridade dos produtos têm demonstrado não apenas o acerto da legislação brasileira sobre o assunto, mas corroboram sua necessidade e atualidade.

Estudos conduzidos entre 2000 e 2004 nos EUA revelaram 32.000 casos de erros de medicação relacionados a medicamentos distintos com denominações similares (ASPDEN et al, 2006, p. 275). De igual sorte, questões de rotulagem e embalagem foram identificadas em outro estudo do final da década de 1990 como causa de 30% dos casos de erro grave de medicação e de 33% das fatalidades observadas (ASPDEN et al, 2006, p. 275).

A seriedade da questão aqui discutida foi bem apreciada pelo Poder Judiciário no julgamento de caso pelo Tribunal Regional Federal da

¹⁵ Não sem controvérsia. Veja-se declaração pública contrária da *International Medication Safety Network* (associação de instituições privadas sem fins lucrativos dos EUA, Espanha, Canadá e Brasil) sobre a matéria: *Position Statement. Making Medicines Naming, Labeling and Packaging Safer* (IMSN, 2013, p. 9).

¹⁶ Esta é a definição dada pela autoridade sanitária australiana em seu documento destinado a orientar a indústria no assunto. Ver *OTC application route for umbrella branded medicine* (AUSTRALIA, 2013, p. 5).

1ª Região, sendo conveniente transcrever trecho relevante do voto condutor do acórdão (Agravo de Instrumento nº 10748-77.2010.4.01.0000/DF):

“De outro lado, o risco na comercialização do produto ATROVERAN PLUS juntamente com o medicamento ATROVERAN COMPOSTO, que já existia no mercado, reside no fato de que os princípios ativos analgésicos de ambos são diferentes (Atroveran PLUS = paracetamol e Atroveran COMPOSTO = dipirona), podendo levar o usuário alérgico a uma das duas substâncias a grandes eventos adversos como hepatite (paracetamol) e hipotensão (dipirona). Assim sendo, a despeito de serem eles comercializados em embalagens diferentes, existe a possibilidade de o consumidor ser levado a crer que possuem ambos a mesma composição.

Assim sendo, a potencial periculosidade gerada pelo medicamento não diz respeito à toxicidade de sua fórmula, nem, por certo, ao acréscimo da palavra “plus” em seu nome.

Também não socorre a Agravada a comparação entre seu produto e o Buscopan Plus, pois o fato de estar este último sendo comercializado regularmente no mercado interno não tem o condão de afastar a possibilidade de confusão do consumidor entre os produtos Atroveran Composto e Atroveran Plus. Ainda que a mesma situação ocorresse com o medicamento Buscopan e ficasse provado nos autos que existem no mercado um Buscopan Plus e um Buscopan Composto, cada um deles com um princípio analgésico diferente e capaz de causar reações alérgicas no usuário, o que não ocorreu, tal prova somente geraria a obrigação da ANVISA de suspender a comercialização de um deles. Isso porque o erro não gera direito” (BRASIL, 2010).

Compreendidos os riscos associados ao uso de marcas em produtos como medicamentos, mostra-se natural que o Poder Público se utilize de legislação específica para adequar o exercício do direito de propriedade industrial como salvaguarda da saúde pública.

Adicionalmente ao risco de confusão decorrente de marcas similares para produtos distintos, há ainda outra sorte de argumento utilizado pelo Estado para a limitação do exercício do direito de marca na indústria farmacêutica. Trata-se da necessidade de incentivo à concorrência setorial, que será abordada, ainda que rapidamente, na próxima seção.

2.2. Marca como fator relevante na concorrência e no acesso a medicamentos

O mercado farmacêutico é peculiar por pelo menos duas razões específicas.

Primeiro, trata-se de um segmento particularizado por oferecer bens com baixa elasticidade demanda-preço. O indivíduo que possui uma enfermidade ou condição de saúde qualquer não tem a opção real de não adquirir o medicamento necessário para curar ou mitigar seu sofrimento.

Ele apenas deixará de demandar os produtos prescritos por seu médico se o preço estiver absolutamente fora de suas posses ou se sua aquisição implicar a não satisfação de outras necessidades ainda mais essenciais (como alimentação própria ou familiar, por exemplo).

Afirmar que a questão não passaria de mera constatação da lei da escassez não afasta os impactos econômicos transindividuais em jogo. Basta, para tanto, atentar para o fato de que 62% dos casos de insolvência pessoal decretadas nos Estados Unidos no ano de 2007 se originaram de dívidas com despesas médicas (HIMMELSTEIN et al, 2007, p. 742).

O segundo ponto particularizador da indústria farmacêutica relevante para a presente análise é sua concentração. Utilizando dados do final da década de 1990, um estudo econométrico do setor concluiu que 20 companhias respondiam por 63% do mercado brasileiro (FIÚZA; LISBOA, 2001, p. 2)¹⁷. Em 2013, 20 empresas responderam por 59,5% das vendas para estabelecimentos varejistas no país, segundo levantamento do autor com base em dados fornecidos pelo IMS HEALTH e pela Superintendência de Regulação Econômica e Boas Práticas Regulatórias da ANVISA.

Inelasticidade demanda-preço de seus produtos e concentração setorial afetam o funcionamento das regras clássicas de concorrência no setor farmacêutico, servindo como justificativa para uma regulamentação estatal mais ativa.

A atuação estatal é direcionada ao incentivo à entrada de novos agentes no mercado de medicamentos, com o objetivo de aumentar a oferta de produtos e impedir que rendas monopolísticas dificultem o acesso a bens socialmente indispensáveis.

Tendo em conta que as marcas influenciam a demanda por medicamentos, o Estado brasileiro tem adotado políticas públicas para reduzir os efeitos negativos associados ao uso do instituto.

Inicialmente, há de ser ressaltado que, em um mercado concentrado como o de medicamentos, a assimetria de informações entre produtores (os laboratórios), profissionais prescritores (médicos e dentistas) e consumidores finais tende a gerar distorções relevantes na concorrência. De forma específica, o uso de marcas em medicamentos pode contribuir para a geração de assimetria informacional entre os agentes do mercado, e, portanto, é aspecto sanitariamente relevante para o Poder Público.

Como já dito linhas acima, a marca tem por finalidade distinguir um produto de outros similares ou *idênticos*, mas de origem diversa, em um

¹⁷ Não se mostra relevante para a posição aqui defendida o argumento de que parte da concentração do mercado pode ser originada pelos custos de entrada associados à regulação sobre o setor farmacêutico, como adverte parte da doutrina. Ver, exemplarmente, Carvalho (2013, p. 63-64).

ambiente concorrencial. Ocorre, contudo, que, em alguns casos observados na indústria farmacêutica, tal distinção existirá apenas quanto a aspectos terapêuticamente irrelevantes do produto ou, em casos extremos, resumir-se-á à própria marca. Se, como já explicitado na introdução, tal circunstância não desperta perplexidade em relação à maioria dos produtos, o mesmo não se pode dizer em mercados regulados como o de medicamentos.

Inicia-se uma explicação da primeira hipótese com o caso brasileiro dos medicamentos similares.

Antes da vigência do acordo TRIPS, o Brasil não admitia o patenteamento de produtos ou processos farmacêuticos, com o intuito de permitir à indústria nacional copiar medicamentos produzidos por países mais avançados tecnologicamente¹⁸.

Havia, até 1999, apenas duas categorias de medicamentos no Brasil: os chamados inovadores e os similares. Os primeiros eram produtos novos introduzidos pela primeira vez no mercado. Os similares, na redação original do parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 6.360/76, eram, por sua vez, cópias que possuíam um regime diferenciado de registro (autorização de introdução no mercado) junto à autoridade sanitária.

Ocorre que, desde a alteração da Lei nº 6.360/76 pela Medida Provisória nº 2.190-34/2001, os medicamentos similares devem ter sua equivalência farmacêutica com o medicamento de referência comprovada por meio de teste de bioequivalência.

É o que se pode extrair do disposto nos incisos XX, XXIII e XXIV, todos do artigo 3º da Lei nº 6.360/76, tais como alterados pela Lei nº 9.787/99 e pela Medida Provisória nº 2.190-34/2001.

Veja-se adiante a redação dos mencionados dispositivos:

“XX – Medicamento Similar – aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, e que é equivalente ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca;

[...]

XXIII – Produto Farmacêutico Intercambiável – equivalente terapêutico de um medicamento de referência, comprovados, essencialmente, os mesmos efeitos de eficácia e segurança;

¹⁸ A vedação ao patenteamento era trazida pelo artigo 9º, “c”, do Código de Propriedade Industrial de 1971 (Lei nº 5.772/71).

XXIV – Bioequivalência – consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio(s) ativo(s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental;” (BRASIL, 1976).

Nesse sentido, o medicamento similar não é mais apenas uma cópia de um medicamento inovador (ou de referência), mas, antes, um produto farmacêutico intercambiável, que demonstra eficácia e segurança suficientes para ser considerado um equivalente terapêutico para a necessidade do paciente.

Ainda que as variações químicas não permitam afirmar que um medicamento similar é *idêntico* a um medicamento de referência, o controle sanitário exercido sobre sua qualidade intrínseca e seu processo de fabricação assevera se tratar de uma alternativa terapêutica tão eficiente e segura quanto o produto inovador para atender a necessidade do paciente. Assim, é possível afirmar que as duas categorias de produtos são suficientemente próximas para serem consideradas como bens econômicos substitutos.

Ocorre, contudo, que o uso da marca tem por pressuposto diferenciar produtos assemelhados e, no caso ora descrito, a distinção recairia sobre qualidades acidentais e terapêuticamente irrelevantes dos produtos. Garantidas, por um lado, a *equivalência terapêutica* entre os medicamentos similares e os de referência e, por outro, a qualidade do processo produtivo na fabricação de ambos¹⁹, é possível defender a identidade *funcional* dos dois tipos de produtos²⁰.

Em termos práticos, pode-se assim concluir que as diferenças induzidas pelas marcas poderiam ser classificadas como artificiais (BARBOSA, 2003, p. 699) ou mesmo inexistentes (CARVALHO, 2013, p. 67), situações inócuas para casos de produtos comuns, mas inaceitáveis em mercados regulados como o de medicamentos.

De fato, o consumidor final de medicamentos usualmente não possui as informações sobre a equivalência terapêutica e a intercambialidade entre medicamentos de referência e similares, e, por conseguinte, ignora informação relevante para sua escolha de consumo. Não se pode esquecer que medicamentos são bens credenciais, que dependem de conhecimentos específicos do consumidor para a aferição de sua qualidade. É, pois,

¹⁹ Os requisitos técnicos para a concessão de Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE) e para a Certificação de Boas Práticas de Fabricação e Controle (CBPF) para fabricantes de medicamentos inovadores e similares são rigorosamente os mesmos.

²⁰ Não se trata aqui de mera identidade de *fórmula*, mas também da mesma qualificação técnico-operacional dos estabelecimentos fabricantes, o que permite afastar o ceticismo de Landes; Posner (2003, p. 174).

por essa razão que uma autoridade certificadora deve atuar para reduzir os custos de transação associados à constatação da qualidade dos medicamentos em mercado (FIÚZA; LISBOA, 2001, p. 11).

Em atenção à potencial falha de mercado apontada, cabe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA atuar de forma a reduzir a assimetria de informações quanto às características essenciais e terapêuticamente relevantes de medicamentos de referência e similar, se necessário adequando o exercício do direito de marca por seus titulares.

Na primeira das hipóteses mencionada linhas acima (concorrência entre medicamentos de referência e similares), os dois tipos de produtos são identificados por marcas no mercado, como determinado pelo artigo 3º, XX, da Lei nº 6.360/76.

Dado que não é possível identificar, nesse caso, abuso *a priori* do direito de marca por seus titulares, nem ameaça ao acesso a medicamentos advinda da marca em si, não se entenderia proporcional qualquer atuação da Agência além daquela de promover medidas eficazes para a disseminação, entre agentes prescritores e consumidores finais, de informação sobre a intercambialidade entre medicamentos de referência e similares²¹.

Conclusão distinta, contudo, pode ser defendida em outra hipótese digna de nota.

Não é incomum no Brasil que uma mesma empresa pretenda produzir medicamentos inovadores e similares²² para atender estratégias comerciais diversificadas e se posicionar em mais de um segmento do mercado.

Diferentemente da hipótese anterior, em que haveria verdadeira concorrência entre agentes econômicos com base em produtos de origem distinta (ainda que equivalentes terapêuticos), a hipótese ora aventada seria de mera diferenciação marcária de um produto *exatamente* igual e de origem comum. É dizer: a única distinção entre o medicamento similar e o de referência (ou entre os dois similares do mesmo titular) seria precisamente sua marca.

Ora, no caso narrado, é possível questionar se a marca estaria de fato desempenhando sua função de origem, distinguindo produtos *efetivamente* distintos, ou, ao revés, se estaria induzindo a erro os consumidores quanto à sua procedência.

²¹ Medida repressiva ao direito de marca falharia na máxima parcial da *adequação*, uma vez que seria possível se obter o mesmo resultado pretendido pelo Estado com um sacrifício menor do direito individual ao uso da marca que, apesar das ressalvas pessoais do autor, foi formalmente considerado como fundamental pelo artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal. Sobre o critério de proporcionalidade tomado como premissa, ver Alexy (2014, p. 116-117).

²² Ou mesmo similares com mais de uma marca específica, nos casos ainda mais extremos.

Perceba-se que não se trata aqui de fazer alusões a *linhas de produtos com qualidades distintas*, ainda que de mesma origem, como usualmente se alude no caso de segundos vinhos de um mesmo produtor (OLIVEIRA, 2004, p. 2). De fato, os produtos em tese não são apenas do mesmo titular, mas podem se utilizar também dos mesmos insumos, mesmas instalações e mesmas técnicas produtivas. São não apenas equivalentes, mas rigorosamente idênticos.

Nesse sentido, entende-se que permitir o uso de denominações distintas para sua diferenciação produziria precisamente o efeito inverso ao comumente associado à função de origem da marca, a de redução de custos transacionais. Ao aumentar a assimetria de informações entre produtores, prescritores e consumidores finais, a utilização da marca, nesse caso, contribui para a concentração do mercado farmacêutico, em prejuízo do acesso a medicamentos pela população.

Assim, distintamente do ocorrido na primeira hipótese analisada, eventual limitação regulatória quanto ao registro de mais de um medicamento similar (com marcas distintas, portanto) do mesmo titular se mostraria adequada e proporcional, na medida em que disciplinaria o exercício do direito individual de marca à funcionalidade social constitucionalmente exigida pelo artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal.

Conclusão

O instituto jurídico da marca é reconhecido pela função benéfica desempenhada na redução dos custos de transação associados à identificação de bens e serviços similares em mercados competitivos. Não se trata, contudo, de direito de acesso a mercados regulamentados, como é o de medicamentos para uso humano no Brasil.

Nesse sentido, o direito de marca pode sofrer adequações para condicionar seu uso à sua função social, como, aliás, determinado expressamente pelo artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

No Direito brasileiro, razões de saúde pública autorizam a vedação de uso de marca capaz de induzir o consumidor a erro na identificação do produto e consequente risco à sua saúde, como expressamente veiculado pelo artigo 5º, *caput* e §1º, da Lei nº 6.360/76.

Em termos concretos, o dispositivo citado é fundamento suficiente para limitar o uso de marca idêntica ou similar a produtos com composição farmacêutica distinta, prática que faz parte de uma estratégia de mercado denominada *família de medicamentos* ou *umbrella branding*.

De igual maneira, questões juseconômicas, como a alta concentração do mercado farmacêutico, a assimetria de informações entre produtores, profissionais prescritores e consumidores finais, e o problema de agência

entre médicos e pacientes justificam a atuação do Poder Público para a regulamentação do uso da marca visando à maior concorrência setorial e à garantia de acesso a medicamentos pela população.

Em uma primeira instância, cabe à autoridade sanitária atuar para difundir o conhecimento sobre a intercambialidade farmacêutica entre medicamentos de referência e similares no Brasil, diminuindo a assimetria de informação sobre o assunto.

De maneira mais forte, é possível que a mesma autoridade sanitária federal limite o número de registros de medicamentos similares de um mesmo titular, de modo a assegurar a função de origem inerente ao instituto jurídico da marca. Trata-se de reconhecer, na prática, a afirmação de Julieta Capuleto de que “uma rosa, sob outro nome qualquer, teria o mesmo perfume”.

Sobre o autor

Victor V. Carneiro de Albuquerque é procurador federal, especialista em Direito Regulatório pela UnB, mestrando no Centro Universitário de Brasília – UNICEUB e subprocurador-chefe da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

E-mail: victor.albuquerque@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²³

A ROSE BY ANY OTHER NAME: LIMITING THE RIGHT TO USE TRADEMARKS IN THE DRUG MARKET

ABSTRACT: Intellectual property rights grant someone the exclusive use of immaterial assets. The protection of trademarks in particular allow the exclusive use of a sign capable of distinguishing goods and services from those offered by competitors in a given market. Trademark law prohibits the unauthorized use of the particular signal, but it does not assure access to certain regulated markets, such as the one for pharmaceuticals drugs in Brazil. This article examines two sorts of legal limits to the use of trademarks in the Brazilian drug market. The first one is related to the use of the same trademark in products with different composition, such as in umbrella branding. The second is limiting the use of more than one trademark for products with the same composition made by the same company. The article focuses on the sanitary considerations relevant to the problems especially the concerns on reducing asymmetric information among producers, consumers and health professionals and error of medication.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. TRADEMARK. REGULATORY LAW. PHARMACEUTICAL DRUGS. LIMITS ON THE USE OF TRADEMARKS.

²³ Sem revisão do editor.

Referências

ADOURIAN, Eva Haig; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. A função da marca na sociedade em processo de globalização. *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, Buenos Aires, ano 7, n. 5, p.28-39, out. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ASPDEN, Philip et al. *Preventing Medication Errors: Quality Chasm Series*. Institute of Medicine, The National Academies Press: Washington DC, 2006. p. 275. Disponível em: <<http://www.iom.edu/Reports/2006/Preventing-Medication-Errors-Quality-Chasm-Series.aspx>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ÁUREA, Adriana Pacheco et al. *Programas de assistência farmacêutica do Governo Federal: estrutura atual, evolução dos gastos com medicamentos e primeiras evidências de sua eficiência, 2005-2008*. Brasília: IPEA, 2011. (Texto para Discussão, 1658).

AUSTRALIA. Department of health and ageing. *OTC application route for umbrella branded medicines*. TGA, 2013. v. 1. p. 5. Disponível em: <<http://www.tga.gov.au/industry/otc-tools-umbrella-branded.htm#.U9rS-vldUrV>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BRASIL. Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Lei n. 9.279, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. Decreto n. 8.077, de 14 de agosto de 2013. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8077.htm>.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento. Processual civil e constitucional. Agravo de instrumento. Cancelamento de registro de medicamento. Produtos com nomes similares e princípios ativos analgésicos diferentes. Possibilidade de risco ao consumidor. Prazo insuficiente concedido pela ANVISA para alteração do nome do medicamento que entrou por último no mercado. AI n. 10748-77.2010.4.01.0000/DF. Quinta Turma. Agravante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Agravado: Hypermarmas S/A. Relator: Renato Martins Prates. DJ, 19 maio 2010. *TRF1*, 20 maio de 2010. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00107487720104010000&pA=&pN=107487720104010000>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

CARVALHO, Nuno Pires de. *Sistemas de patentes e de marcas: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: 2009, Lúmen Juris.

CARVALHO, Nuno Pires. *A propriedade intelectual em mercados regulamentados: os casos das indústrias farmacêutica e automotiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

FIÚZA, Eduardo P.S.; LISBOA, Marcos de B. *Bens credenciais e poder de mercado: um Estudo Econométrico da Indústria Farmacêutica Brasileira*. (Texto para discussão, 846). Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

GRAU-KUNTZ, Karin; SILVEIRA, Newton. A exaustão do Direito de Marcas na União Europeia e no Mercosul. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 25, p. 6-22, nov./dez. 1996.

HIMMELSTEIN, David et al. Medical Bankruptcy in the United States, 2007: Results of a National Study. *The American Journal of Medicine*, v. 122, n. 8, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.amjmed.com/article/S0002-9343\(09\)00404-5/pdf](http://www.amjmed.com/article/S0002-9343(09)00404-5/pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2015.

INTERNATIONAL MEDICATION SAFETY NETWORK – IMSN. *Position Statement: Making Medicines Naming, Labeling and Packaging Safer*. Espanha, 2013. Disponível em: <<http://www.ismp-espana.org/ficheros/IMSN.%20Making%20Medicines%20Naming,%20Labeling%20and%20Packaging%20Safer.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

KOHN, Linda; CORRIGAN, Janet; DONALDSON Molla. *To Err Is Human: Building a Safer Health System*. Institute of Medicine, National Academies Press: Washington, DC, 2000.

LANDES, William; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. New York: Bellknap Harvard, 2003.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. *Direito de marcas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

RESOURCE BOOK on Trips And Development: An authoritative and practical guide to the TRIPS Agreement. New York: UNCTAD-ICSTAD on IPRS and Sustainable Development, 2005. Disponível em: <<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

STERN, Stephen; TRAJTENBERG, Manuel. *Empirical Implications of Physician Authority in Pharmaceutical Decisionmaking*. Cambridge: The National Bureau of Economic Research, dez. 1998. (Working Paper, 6851). Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6851>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

TRADEMARKS and The Concept Of Greater Care: Glenwood Laboratories, Inc. V. American Home Products Corp. 2. ed. *William and Mary Law Review*, v. 14, p. 441-456, 1972. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol14/iss2/10>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

UNITED STATES. Department of Health and Human Services. Food and drug administration. *Guidance for Industry: Best Practices in Developing Proprietary Names for Drugs*. New Hampshire: Center for Drug Evaluation and Research/Center for Biologics Evaluation and Research, 2014. Disponível em: <<http://www.fda.gov/downloads/Drugs/Guidance-ComplianceRegulatoryInformation/Guidances/UCM398997.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

Discurso de ódio

Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar

GILBERTO SCHÄFER

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS

RODRIGO HAMILTON DOS SANTOS

Resumo: O presente estudo realiza uma abordagem conceitual sobre o tema discurso de ódio, com base na revisão bibliográfica dos referenciais teóricos que tratam do tema e na análise do conteúdo de alguns discursos que podem ser classificados como discurso de ódio. Do ponto de vista normativo, o presente trabalho aponta a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação como ponto de partida para a edificação de um conceito jurídico sobre o tema. O estudo apresenta ainda o caso brasileiro e a análise do Inquérito nº 3.590, que tramitou no STF e permite discutir a presença do fenômeno na atividade parlamentar.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Discurso Parlamentar. Imunidade Parlamentar.

Introdução

Sem liberdade de expressão, não há democracia. Ela ocupa o centro nevrálgico de uma estrutura democrática (GARGARELLA, 2011, p. 30) e, por isso, no Brasil¹, foi inscrita topograficamente em posição de destaque na Constituição Federal (art. 5º, IX). A liberdade de expressão apresenta a mesma relevância no plano dos tratados internacionais, de

¹Daniel Sarmento (2006) contextualiza a proteção jurídica da liberdade de expressão, marca desse movimento de transição: “Atualmente, após a redemocratização e constitucionalização do país, problemas desta natureza não aparecem mais, ou, quando surgem, são prontamente equacionados pelos tribunais. A Constituição de 88 protegeu enfaticamente a liberdade de expressão e o Judiciário desfrutava da independência que lhe faltava algumas décadas atrás para fazer valer esta garantia contra eventuais desvios autoritários dos governantes”.

forma especial dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica².

Em uma democracia, no entanto, buscando-se o manto da proteção da própria liberdade de expressão, podem ocorrer manifestações de intolerância e discriminação contra grupos vulneráveis, como negros, indígenas, homossexuais, mulheres e minorias religiosas.

No presente artigo, investigar-se-á, com base no Inquérito nº 3.590, se discursos intolerantes, discriminatórios, proferidos por parlamentares, podem constituir o que a dogmática convencionou chamar de discurso de ódio.

Nessa perspectiva, pretende o estudo, num primeiro momento, analisar o conceito de discurso de ódio e algumas características do fenômeno. Noutra etapa, realizar-se-á o exame dos instrumentos internacionais, notadamente a Convenção Interamericana contra Todas Formas de Discriminação e Intolerância³, aptos a edificar um conceito normativo para o problema.

Nesse contexto, verificar-se-á se determinadas manifestações de parlamentares se caracterizam como discursos de ódio. Por fim, far-se-á uma exposição das possíveis consequências jurídicas dessas manifestações, o que exige considerar a garantia da imunidade parlamentar.

1. A questão conceitual e os sistemas internacionais

No tocante aos modelos conceituais fornecidos pela doutrina, para Winfried Brugger (2007, p. 151), o discurso do ódio está vinculado à utilização de palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas

² 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 idéias 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 idéias 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 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1970).

³ A Convenção foi assinada pelo Brasil em outubro de 2014, mas ainda não foi ratificada pelo governo brasileiro. Também não entrou ainda em vigor na seara interamericana.

em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião” ou ainda à sua potencialidade ou “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97) define o discurso de ódio como a manifestação de “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”.

Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575) destaca que o discurso do ódio deve ser mais que uma manifestação de antipatia, deve indicar a hostilidade contra determinado grupo⁴. É importante, nesse caminho, destacar a necessidade de analisar os elementos discriminação e externalidade do discurso do ódio, bem como seu caráter segregacionista (SILVA, 2011)⁵, e visualizar a posição dos que protagonizam o fenômeno, os contaminados pelo teor da fala repugnante e os atingidos.

No conceito de Meyer-Plufg, a concepção de *incitação à discriminação* é o elemento nuclear para a identificação desse discurso. Com a intenção de reforçar tal classificação, ajustando-a a um novo olhar sobre o tema, pode-se dizer que a produção de ódio passa também por fases preparatórias, como o estímulo ao preconceito, na perspectiva de ativar no grupo dominante “percepções mentais negativas em face de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados” (RIOS, 2008, p. 15).

Outra constatação possível na análise crítica dos modelos conceituais é que Meyer-Plufg apresenta um reduzido número de critérios de proibição de discriminação⁶, pois descreve apenas discriminação *racial, social ou religiosa* como conteúdos possíveis do discurso de ódio, deixando de fora, por exemplo, a discriminação por sexo, gênero, orientação sexual e identidade. É perceptível um déficit nesse quesito também quando comparado ao conceito apresentado por Daniel Sarmiento (2006, p. 54-55) que define o fenômeno como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos

⁴ Assim explica o autor chileno Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575): “*Debe notarse que el hate speech ‘va más allá de la simple expresión de rechazo o antipatía’, ya que ‘trata de promover la hostilidad contra las personas respecto de quienes se dirige la conducta discriminatoria’.*”

⁵ Silva (2011) apresenta a seguinte definição: “O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar”.

⁶ Torna-se possível sustentar essa crítica realizando-se uma comparação com a Convenção Interamericana contra Todas Formas de Discriminação e Intolerância, objeto de estudo do próximo item.

ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]”.

No tocante às possíveis consequências do discurso de ódio, a definição de Winfried Brugger (2007) apresenta uma série de verbos nucleares, capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos (insultar, assediar, intimidar), quanto aos efeitos mediatos (instigar a violência ou discriminação).

A abordagem sobre os modelos conceituais reflete diretamente no tratamento jurídico do fenômeno, seja para uma resposta constitucionalmente adequada em caso de colisão de princípios de direito fundamental, seja para a consolidação e a compreensão dos conceitos jurídicos específicos sobre o tema.

Em sua análise sobre o *hate speech* nos julgados emblemáticos realizados pela Suprema Corte estadunidense, Daniel Sarmento (2006, p. 60) destaca que as limitações no campo da liberdade de expressão somente ocorrem se há incitação para a prática de atos violentos, o que aponta para uma concepção muito formal da liberdade, a qual ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode provocar sobre os seus alvos (SARMENTO, 2006, p. 63).

O modelo estadunidense baseia-se no pressuposto da neutralidade do Estado no que diz respeito à manifestação e à defesa de ideias num sentido geral. Essa isenção estatal no tocante aos direitos de expressão parte da nota de instrumentalidade⁷ da liberdade de expressão⁸ e da sua importância para o desenvolvimento do debate político e do próprio exercício da cidadania.

Entretanto, não há uma proteção irrestrita à liberdade de expressão, admitindo-se, em certas situações pontuais, mesmo naquele modelo de proteção quase absoluta, a sua restrição. A intervenção estatal pode ocorrer no plano da regulação de palavras provocadoras e no discurso do ódio. É bom frisar que a restrição somente é possível no momento da interpretação do caso e quando presente a regra do *perigo claro e iminente de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental*⁹.

⁷ Meyer-Plufg (2009, p. 131) sobre o caráter instrumental da liberdade de expressão no sistema americano: “no sistema constitucional americano protege-se a liberdade ‘instrumental’”.

⁸ Meyer-Plufg (2009, p. 131) sobre a liberdade de expressão para os cidadãos americanos: “O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental dos cidadãos americanos relacionado ao exercício da própria soberania popular e da democracia, pois surge inicialmente com a possibilidade de criticar o governo”.

⁹ Meyer-Plufg (2009, p. 139): “Nesse sentido tem-se admitido a regulação do Estado em algumas situações específicas, como no que diz respeito à regulação de palavras provocadoras (*fighting words*) e no discurso do ódio (*hate speech*) [...] O juiz Oliver Holmes fixou na Suprema Corte o entendimento de que o Estado pode limitar ou até mesmo proibir o uso dessas palavras em um determinado discurso, desde que esses termos estejam a representar um ‘perigo claro e iminente’ (*clear and present danger*) de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental. Todavia não se admite a regulação estatal

Por outro prisma, o modelo europeu, notadamente no Direito alemão¹⁰, em face da terrível experiência nazista, oferece tratamento criminalizante já no plano normativo para o discurso de ódio. Prova disso é a criminalização das teorias revisionistas que, valendo-se de argumentos científicos, desafiem verdades históricas, reproduzindo a lógica de pensamento nazista. O discurso do ódio no modelo alemão é tratado como um insulto e uma difamação coletiva¹¹ (BRUGGER, 2007, p. 127).

Winfried Brugger (2007, p. 136) assim sintetiza os diferentes modelos: “O sistema jurídico americano proíbe o discurso do ódio o mais tarde possível – apenas quando há perigo iminente de atos ilícitos. A jurisprudência alemã coíbe o discurso do ódio o mais cedo possível”, antecipando a fase de sua proibição.

2. Traços característicos e tipos de discurso de ódio

O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. Os que não se enquadram no modelo dominante de “sujeito social nada abstrato: masculino, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário” (RIOS, 2008, p. 82) são os potenciais inimigos.

Rosenfeld (2001) realiza importante distinção do ponto de vista conceitual, cingindo o

quando se está diante da defesa geral de ideais (*general advocacy of ideas*)”.

¹⁰ Quanto aos perigos provocados pelo discurso do ódio (BRUGGER, 2007, p. 120): “Na Alemanha, como na maioria dos outros países, o instinto básico coletivo refletido no direito é que o discurso do ódio é perigoso e deveria ser efetivamente eliminado”.

¹¹ Artigos 135 e 180 do Código Penal alemão.

fenômeno em *hate speech in form* e *hate speech in substance*. O *hate speech in form* são aquelas manifestações explicitamente odiosas, ao passo que o *hate speech in substance* se refere à modalidade velada do discurso do ódio.

O *hate speech in substance* pode apresentar-se disfarçado por argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação.

Quanto aos envolvidos, especialmente no tocante aos grupos atingidos pelo discurso do ódio, de fato, o discurso invariavelmente¹² é direcionado a sujeitos e grupos em condições de vulnerabilidade, que tratamos como grupo não dominante, dentro da perspectiva fornecida pelo Direito da Antidiscriminação, o que torna importante analisar a perspectiva fornecida pela Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

3. Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância

A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância¹³, mes-

¹² MeyerPlufg (2009, p.100) salienta a possibilidade de o discurso do ódio ser protagonizado por grupos que foram hostilizados historicamente, identificando a possibilidade de uma espécie de retaliação da minoria contra o grupo dominante opressor.

¹³ A Convenção contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância é o documento que marca o compromisso dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos com a “erradicação total e incondicional de toda a forma de discriminação e intolerância”, indicando, nos planos regionais e estaduais, medida de combate ao fenômeno da discriminação. No capítulo I, a Convenção estabelece uma série de definições, tais como discriminação, discriminação indireta e múltipla e intolerância. Em seu capítulo II, declara

mo que ainda não ratificada pelo Brasil, pode iluminar o debate sobre o tema, por ser um instrumento internacional apto a fornecer um conceito jurídico em condições de descrever o fenômeno *discurso de ódio*, convergindo com o Direito da Antidiscriminação¹⁴.

Nesse sentido, algumas considerações são necessárias para o enfrentamento do tema. A primeira é a de que a Convenção Interamericana oferece elementos para a construção de um conceito jurídico, assumindo a condição de *standard*. Deve assim ser compreendida a sua importância nas perspectivas do controle de convencionalidade e do diálogo entre as fontes.

Essa compreensão parte da noção de que o Brasil está inserido no cenário internacional de proteção aos direitos humanos, integrando o Sistema Interamericano¹⁵, especialmente

a existência de um “direito de igual proteção contra toda a forma de discriminação e intolerância”, assim como o reconhecimento, o gozo, o exercício, a proteção e as condições de igualdade de todos os direitos humanos. O capítulo III contém um rol de deveres do Estado que visam a “prevenir, eliminar e punir” atos de discriminação e intolerância. No capítulo IV, a Convenção aponta para a instrumentalização dos direitos protegidos a partir da criação de mecanismos jurídicos que envolvem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também indica a possibilidade da criação de um comitê *ad hoc* que monitore o cumprimento da Convenção. Já no capítulo V, constam as regras de interpretação, reservas, forma de ratificação e vigência (OEA, 2013).

¹⁴ Conforme Rios, Leivas e Schäfer (s.d., p. 5), entende-se por “Direito da Antidiscriminação”, a área do conhecimento e da prática jurídica relativa às normas, aos institutos, aos conceitos e aos princípios referentes ao direito de igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais.

¹⁵ Schäfer (2013, p. 181-190) explica o funcionamento do Sistema Interamericano: “O funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, cujos órgãos centrais são a Comissão (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo que esta é órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, com competência limitada aos Estados-partes da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 que reconheçam expressamente sua jurisdição, consolida de acordo com Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012, p. 83-84) um constitucionalismo regional que tutela os direitos humanos das populações da região possuindo um duplo propósito: a) promover os direitos humanos no

no que se refere à perspectiva normativa de observância aos tratados internacionais. Nessa lógica, a aceitação do Brasil no que diz respeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde a ratificação¹⁶ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos implica a necessária observância do chamado controle de convencionalidade internacional, que importa na “análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil” (RAMOS, 2009, p. 245).

Da perspectiva do controle de convencionalidade e da importância do diálogo entre as jurisdições¹⁷, é possível notar a relevância da Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, diga-se, já assinada pelo Brasil e que aguarda a ratificação a fim de harmonizar a legislação interna sobre discriminação e intolerância, bem como evitar uma futura responsabilização internacional em caso de descumprimento do pacto.

Quanto ao seu conteúdo, o instrumento internacional aponta caminhos jurídicos seguros, indicando soluções adequadas para os proble-

plano interno dos Estados; b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos. Flávia Piovesan enfatiza este entendimento (PIOVESAN, 2012), pois considera a Convenção Americana de Direitos Humanos como um verdadeiro código interamericano sobre a matéria.”

¹⁶ O Brasil ratificou a Convenção Americana em 7/9/92 e aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 12/10/98. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratificacao.htm>.

¹⁷ Flávia Piovesan (2012, p. 72) leciona sobre o controle de convencionalidade e o diálogo entre as fontes. Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach* (*human centered approach*). Essa transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano.

mas atinentes aos efeitos negativos acarretados pelo discurso do ódio, e importará em sensível aprimoramento de um conceito jurídico capaz de descrever o fenômeno de acordo com a realidade social.

Portanto, a Convenção Interamericana constituiu um modelo jurídico capaz de proporcionar respostas ao discurso de ódio por: (i) indicar conceitos jurídicos determinados que descrevem os efeitos provocados pelo discurso de ódio¹⁸; (ii) oferecer proteção aos grupos vulneráveis, uma vez que define os critérios proibidos de discriminação, em consonância com o Direito da Antidiscriminação. A Convenção, em seu arcabouço de proteção de direitos, destaca ainda a igualdade, interpretada por este instrumento em sua perspectiva material¹⁹, a dignidade humana e o princípio da não discriminação.

O instrumento internacional promove o respeito e estimula o reconhecimento e o desenvolvimento da identidade – cultural, linguística, sexual e de gênero – de toda pessoa, reafirmando, na perspectiva da laicidade estatal²⁰, a necessidade da separação entre as leis do Estado e os preceitos religiosos.

No plano dos conceitos jurídicos determinados, a Convenção contribui para o tratamento

¹⁸ A discriminação é um dos principais efeitos provocados pelo discurso do ódio, assim como a humilhação, a perseguição coletiva a um determinado grupo, a produção de estigmas e o aumento dos níveis de intolerância entre grupos sociais.

¹⁹ No presente instrumento internacional, a igualdade é compreendida na sua perspectiva material, pois empresta suporte às medidas especiais ou às ações afirmativas.

²⁰ Numa perspectiva geral do estudo proposto e dos tipos de discurso odioso que serão estudados, importa destacar a definição de Estado laico de Flávia Piovesan (2012, p. 51): “No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito. Inexiste, contudo, uma religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, abolindo a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado de garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se de um lado o Estado contemporâneo busca separar-se da religião, esta, por sua vez, busca adentrar nos domínios do Estado”.

dos efeitos do discurso do ódio, descrevendo-os e estabelecendo conexões com o Direito da Antidiscriminação.

Esse instrumento internacional oferece parâmetros para a construção do conceito jurídico de discurso do ódio, conforme seu artigo 4:

“Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive: I. apoio público ou privado a atividades discriminatórias ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento; II. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material que: a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos; III. violência motivada por qualquer um dos critérios estabelecidos no artigo 1.1; [...]” (OEA, 2013).

O referido dispositivo apresenta uma série de elementos informadores que indicam a construção de um conceito normativo de discurso do ódio com base nas manifestações de discriminação e intolerância, de defesa e promoção da discriminação, assim como de incitação ao ódio.

Portanto, do ponto de vista da construção de um conceito normativo, em conformidade com os conceitos e critérios contidos na própria lei internacional, pode-se dizer que o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra

natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

4. Discursos de ódio por parlamentar

O Ministério Público Federal promoveu denúncia contra o pastor e parlamentar Marco Feliciano²¹ por declarações que indicam preconceito e discriminação, além de incitar o ódio entre grupos. São manifestações especialmente direcionadas para a comunidade LGBT. A principal declaração vinculada ao pastor evangélico foi inserida como mensagem em sua conta na rede social *Twitter*, com o seguinte conteúdo:

“A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição.”

O STF considerou o fato atípico; entretanto mostrou que o ordenamento repudia a fala do parlamentar, indicando o caminho da confecção de legislação específica para tipificar tais condutas. Mais que isso: identificou a presença do fenômeno discurso de ódio (ou manifestações de ódio), denominado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso como *hate speech*, conforme consta no trecho do voto do Ministro:

“Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita.

De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia” (BRASIL, 2014).

²¹ Inquérito 3.590 (BRASIL, 2014): “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em não receber a denúncia no inquérito, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas”.

A mensagem do parlamentar pode ser examinada do ponto de vista da possibilidade de identificação do fenômeno, das proibições de preconceito e discriminação impostas pela própria Constituição Federal, no seu artigo 3º, inciso IV, que estabelece a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Realizando-se o teste de substituição por alguns critérios ali expostos, podemos perceber bem a discriminação. Vejamos:

“A podridão dos sentimentos dos negros levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição.”

“A podridão dos sentimentos dos judeus levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição.”

“A podridão dos sentimentos das mulheres levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição²²” (BRASIL, 2014).

Note-se que a substituição dos critérios de proibição mantém as características identificadoras do fenômeno. São manifestações de caráter discriminatório, intolerantes ao diferente, que induzem ao ódio a um determinado grupo. A inferiorização provocada pela fala coloca o grupo na condição de inimigo e, mais que isso, resulta em fato criminoso, como se o fato de pertencer a tal grupo conduzisse naturalmente ao crime. A mensagem, mesmo que substituídos os critérios de proibição, continua a indicar uma situação caótica, motivada por ideologias racistas, sexistas, antissemitas ou homofóbicas.

Há uma nota de repúdio ao diferente, por exemplo, no que se refere ao comportamento – orientação – sexual do indivíduo. O sujeito diferente, que escape da visão conservadora a qual preconiza a matriz sexual binária (homem e mulher), é considerado inimigo e, ao mesmo tempo, protagonista da catástrofe social. O diferente poderá provar a extinção tanto da família quanto da própria humanidade. Essa é a perspectiva do acionamento do pânico moral²³.

²² As hipóteses formuladas funcionam de acordo com a possibilidade de atribuição de estereótipos aos grupos conforme os papéis que devam cumprir ou os papéis que lhes são atribuídos. Em relação à hipótese das mulheres, melhor seria, sob esse ângulo, reformulá-la da seguinte forma: “A podridão dos sentimentos das *mulheres feministas* levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição” (BRASIL, 2014).

²³ Richard Miskolci (2007, p.103) apresenta uma perspectiva interessante sobre o pânico moral: “Análise a polêmica por meio do mecanismo de resistência e controle da transformação societária conhecido como pânico moral, aqueles que emergem a partir do medo social com relação às mudanças, especialmente as percebidas como repentinas e talvez por isso mesmo, ameaçadoras. No caso do casamento gay é necessário reconstituir historicamente o temor com relação a gays e lésbicas que marca a rejeição deste direito que há algumas décadas parecia um puro e simples paradoxo já que a identidade gay e o casamento eram vistos como opostos”.

Essa expressão aparece em outras falas, como no projeto de “cura gay²⁴”, em que se manifesta o repúdio ao diferente, a ponto de promover a “cura” dos homossexuais. Esta ilustra com perfeição essa atitude mental, esse pensamento que busca o banimento do diferente ou da sua condição diferenciadora de grupo. O discurso de ódio, nessa perspectiva, aciona o pânico moral, pelo medo coletivo de uma mudança social que prejudique o grupo que se está representando, como esclarece Richard Miskolci (2007), e dominante em relação àquilo que se quer manter. Ao mesmo tempo, deve identificar um inimigo e estimular contra este a intolerância e, conseqüentemente, o ódio.

Tal fenômeno mostra um sujeito ativo indefinido, podendo ser tanto um indivíduo político com *status* e proteção parlamentar, quanto um grupo de políticos com a mesma identidade ideológica e proteção parlamentar. Como sujeito passivo, pode-se observar uma coletividade identificável como grupo não dominante, que compartilha elementos culturais, religiosos, sociais, geralmente em estado de vulnerabilidade.

5. Panorama das conseqüências do discurso de ódio na esfera parlamentar

Pensar o discurso de ódio nas manifestações do parlamentar permite, num primeiro momento, que ele seja identificado, demarcando-se a expressão como fora do campo democrático. Isso possibilita marcar, isolar e combater essas falas dentro do contexto da dinâmica parlamentar. Por isso, adquire relevância no contexto político-jurídico compreender que certos discursos transgridem as fronteiras daquilo que pode ser aceito em uma democracia ancorada em direitos humanos.

Num segundo momento, pode-se questionar se há conseqüências sancionatórias quando o discurso do ódio é perpetrado pelo parlamentar ou na esfera da manifestação parlamentar. Quando se fala no discurso de ódio, no caso brasileiro, além da tensão natural existente com a liberdade de expressão, os parlamentares encontram na imunidade proteção em relação à rede sancionatória do sistema jurídico brasileiro (artigos 53 e 55, II, da Constituição Federal brasileira), pois os parlamentares são “*invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*”.

A proteção ampla da palavra aos parlamentares, etimologicamente mais que adequada, uma vez que parlamento é exatamente o *poder que fala* (Kurakana, 2002, p. 85), ganha contornos de indispensabilidade em

²⁴O projeto de decreto legislativo foi apresentado pelo deputado João Campos para sustar a aplicação do parágrafo único do art. 3º, bem como a do art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99, de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.

tempos de consolidação da democracia. Os representantes do povo necessitam desse poder de fala maximizado em seus debates políticos, sempre realizados em função do desempenho do mandato (prática *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*)²⁵.

A proteção aos parlamentares no que tange a sua liberdade de expressão leva a uma defesa da possibilidade de que a imunidade seja interpretada não como regra, mas como princípio, no sentido de colocar como limite intangível o discurso do ódio e enfrentá-lo na seara parlamentar²⁶ ou de poder realizar uma ponderação dos interesses em jogo (DIAS, 2012):

“Assim, se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, insulta gravemente minorias étnicas ou culturais, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF?”

Essa possibilidade não está isenta de críticas, especialmente pelo campo que a alternativa abre em reduzir o debate parlamentar e produzir um espaço de insegurança jurídica (SILVA, p. 51). Por isso, aponta-se a possibilidade do sistema de

contraofensas ou revide, (VERONESE, 2002, p. 151-152), um expediente que pode ser útil para ataques e defesas entre indivíduos, porém não se apresenta como alternativa eficaz quando o insulto é dirigido contra um grupo. Ao analisar o sistema estadunidense, solução similar ao revide é apresentada por Meyer-Plufg (2009, p. 144), baseando-se no remédio de “mais liberdade de expressão”:

“A expressão odiosa ou agressiva em um discurso deve ser respondida, contestada por outro discurso (mais liberdade de expressão) que neutralize ou a refute. Só se deve restringir a liberdade de expressão, no caso do discurso do ódio, se o conteúdo demonstrar um dano claro, atual e iminente. Há que, necessariamente, se distinguir entre fatos, ações e opiniões. Todavia, frise-se que a Primeira Emenda da Constituição americana não protege a violência. Apenas condutas devem ser proibidas, não as expressões.”

O sistema de contraofensas ou revide – ou, na dicção norte-americana, mais “liberdade de expressão” – ou mesmo a possibilidade de expressão das ideias contrárias, num contexto de combate de ideias, são remédios tímidos, mas indispensáveis para minimizar os efeitos do discurso do ódio.

Outra possibilidade é considerar o discurso do ódio como ofensa ao próprio decoro parlamentar²⁷, a ser analisado sempre *interna corporis*²⁸, como limitador da fala, na pers-

²⁵ Osmar Veronese (2006, p. 63). explica o âmbito da proteção da imunidade material: “Nessa trilha, os discursos proferidos, os votos, as manifestações escritas, se realizadas no exercício da função – impregnados de oficialidade –, indubitavelmente são invioláveis. Assim, o parlamentar que, em um ato oficial da assembleia respectiva (sessão, reunião de uma comissão ou outro evento típico da função legislativo-fiscalizadora, ou até de representação), profere um discurso, apresentar um parecer escrito, vota ou de alguma forma se manifesta, estará protegido pela imunidade material”.

²⁶ Há a possibilidade de defender uma visão principiológica da imunidade parlamentar, ou seja, entender o texto do artigo constitucional como princípio, e não como regra. Levantamos três possibilidades, sem procurar esgotá-las. Pode-se defender uma análise principiológica da imunidade parlamentar, estabelecendo-se também um núcleo duro, intangível, que seria representado pelo discurso do ódio.

²⁷ Kurakana (2002, p. 207) destaca o decoro parlamentar como limite à liberdade de expressão: “Enquanto, por um lado, as imunidades são conferidas aos parlamentares com o propósito de garantir de forma imediata a defesa do Parlamento e mediante a manutenção do primado da legalidade e da existência da democracia, de outro lado, está o decoro parlamentar como limite à liberdade de expressão”.

²⁸ O STJ (Superior Tribunal de Justiça) esclarece o alcance da terminologia *interna corporis* neste precedente jurisprudencial: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEPUTADO ESTADUAL. PERDA DO MANDATO. MÉRITO. ATO INTERNA CORPORIS. REPRESENTAÇÃO. VALIDADE. – No tocante ao aspecto

pectiva das possíveis restrições à liberdade de expressão. O decoro parlamentar protege a honra coletiva do parlamento (TEIXEIRA, 1996, p.112). Esses mecanismos inerentes ao próprio debate parlamentar e de vigilância da sociedade podem ser usados em favor do combate ao discurso de ódio, mas provavelmente devem ser somados a atos concretos, ou seja, acompanhados de atitudes (em substância), especialmente quando há abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Poder Legislativo (Constituição Federal, art. 55, § 1º), estando entre elas as imunidades parlamentares (BIM, 2006, p. 77)²⁹.

Por derradeiro, não podemos deixar de refletir sobre o julgamento do STF no Inquérito nº 3.590, em que o tema “discurso do ódio” foi abordado. Nesse caso, mesmo acolhendo os argumentos da defesa e considerando atípica a conduta do parlamentar Marco Feliciano, a Suprema Corte brasileira evidenciou que a proteção da imunidade parlamentar ocorre quando existe um elo entre a atividade do parlamentar e a sua fala³⁰. Em contrapartida, o parlamentar ar-

meritório da penalidade aplicada, à valoração e ao acerto da decisão daquela Casa Legislativa, se efetivamente o recorrente é autor de procedimentos contrários à Ética e ao Decoro Parlamentar, na gradação suficiente para a medida disciplinar adotada, tenho que esta questão é de natureza unicamente política, *interna corporis*, sendo vedado ao Judiciário apreciar o recurso em tal direção. Resta, tão somente, a esta Corte, considerar o aspecto formal do processo de cassação, com a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. – A representação instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado com a indicação de perda de mandato não precisa, obrigatoriamente, obedecer aos parâmetros do art. 41, do C.P.P., ou mesmo o art. 161, da Lei 8.112/90, devendo ater-se aos preceitos e regramentos insculpidos no diploma legal específico da Assembleia Legislativa, *in casu*, a Resolução nº 766, de 16 de dezembro de 1994. – Recurso improvido” (BRASIL, 2002).

²⁹ É claro que existe a possibilidade de controle jurisdicional do ato do próprio parlamento, matéria que não será examinada aqui. Ver o Caso *Bond vs. Floyd* (1966), julgado *U.S. Supreme Court*.

³⁰ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Inquérito nº 3.590 do STF: “Quanto à ocorrência da prática ligada ao exercício do mandato, descabe cogitar

gumentou que estaria defendendo os interesses de seus representados. Um dilema para análise casuística será analisar o contexto da fala odiosa e a sua relação com a defesa dos interesses dos eleitores, assim como diferenciar opiniões privadas da efetiva atividade parlamentar para que a inviolabilidade não se transforme *num escudo protetor de abusos, cujo mais frequente desvirtuamento de sua finalidade é a utilização para ofender e injuriar sem justificativa* (VERONESE, 2006, p. 148).

Considerações finais

A complexidade do fenômeno do discurso do ódio localiza-se na possibilidade de existir uma variedade de formas de manifestação e de tipos diferentes de ódio, que indicam a dificuldade da construção de um padrão conceitual para o problema. Nessa trilha, foram analisados os conceitos fornecidos pela dogmática jurídica e os modelos de discurso de ódio; além disso, apontaram-se alguns traços característicos que podem auxiliar na compreensão e na sistematização do fenômeno.

No caminho da construção conceitual do discurso de ódio, é possível afirmar que a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância – embora não tenha entrado em vigor e ainda não tenha sido ratificada – constitui instrumento jurídico para a estruturação, no Brasil e no sistema interamericano, de um conceito jurídico do discurso do ódio. A precisão conceitual e o tratamento dado pelo instrumento internacional aos critérios de proibição de discriminação, indicando plena sintonia com a sistematização proposta pelo Direito da Antidiscriminação, transformam a Convenção Interamericana contra Toda For-

da configuração. A imunidade pressupõe elo entre o que veiculado e o desempenho do cargo eletivo” (BRASIL, 2014).

ma de Discriminação e Intolerância num importante norteador para os debates sobre o fenômeno.

Desde a Convenção, pode-se formular um conceito de discurso de ódio que englobe todos os critérios proibidos de discriminação – o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

Esse discurso do ódio – além de estar presente nas várias esferas da sociedade – pode-se fazer presente também no parlamento, como se pode notar na manifestação feita pelo *Twitter*, objeto do Inquérito nº 3.590/STF. Nessa manifestação, podem-se marcar as palavras utilizadas como um discurso discriminatório, com intuito de insultar e de ofender a dignidade de homossexuais, portanto em razão da orientação sexual daqueles que são ofendidos. Marcar essa manifestação como albergada no conceito do discurso do ódio é um dos passos importantes para a sua superação.

Os discursos lançam um desafio de como enquadrar essas manifestações diante da imunidade parlamentar. No artigo, foi abordada a questão, apresentando-se as seguintes possibilidades: a) aumentar o debate no parlamento sobre as questões objeto do discurso parlamentar, o que seria próprio do sistema de debate parlamentar; b) responder – administrativa, civil e penalmente – pelos atos, [b1] flexibilizando-se o sistema de imunidade parlamentar na via do abuso parlamentar; b2) adotando-se uma tese mais restritiva do que se entende por *propter officium*]; e c) responsabilizar o parlamentar por falta de decoro.

É preciso dizer que, muitas vezes, esses discursos feitos por parlamentares podem apresentar uma estratégia de ataque coordenado, com afinidades ideológicas compartilhadas sob o argumento da proteção moral da família tradicional, provocando ataques constantes à dignidade de grupos não dominantes ou vulneráveis.

A construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, passa também pelo combate a discursos – seja na esfera parlamentar, seja em outra esfera – que infrinjam esse mandamento constitucional.

Sobre os autores

Gilberto Schäfer é Juiz de Direito no Rio Grande do Sul; mestre e doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; professor do Uniritter e da ESM/AJURIS.
E-mail: schafer@via-rs.net

Paulo Gilberto Cogo Leivas é Procurador Regional da República; mestre e doutor pela UFRGS; professor do Uniritter.

Rodrigo Hamilton dos Santos é graduado pela Universidade Luterana do Brasil; especialista e pós-graduando da Uniritter. Bolsista da Capes.

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

HATE SPEECH: THE CONCEPTUAL APPROACH TO PARLIAMENTARY SPEECH

ABSTRACT: This study will carry out a conceptual approach to the subject of hate speech, based on literature review of theoretical frameworks that deal with the subject and content analysis of some speeches that can be classified as hate speech. From a normative point of view, this paper will point the Inter-American Convention against all forms of discrimination as a starting point for building a legal concept on the subject. Moreover, the study will present the Brazilian case and the analysis of the Survey 3590 and underway in the Supreme Court of Brazil, allowing discuss the presence of the phenomenon in parliamentary activity.

KEYWORDS: HATE SPEECH. INTER-AMERICAN CONVENTION AGAINST ALL FORMS OF DISCRIMINATION AND INTOLERANCE. PARLIAMENTARY DISCOURSE. PARLIAMENTARY IMMUNITY.

Referências

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal v. 43, n. 169, p. 65-94, jan./mar. 2006.

BRASIL. Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968. *Diário Oficial da União*, 13 dez, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso: 15 de jun. de 2014.

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

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial União*, 6 jan. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 3 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 12.388 /SP. DJ, 18 dez. 2001. Relator: Ministro Francisco Falcão. *Diário da Justiça*, 25 mar. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3590 /DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 12 ago. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 set. 2014.

³¹ Sem revisão do editor.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

DIAS, Roberto Moreira; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n.195, p. 7-24, jul./set. 2012.

DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. In: ORDOÑEZ, María Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Ramiro Gómez. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito, Ecuador: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011.

KURAKANA, Jorge. *Imunidades parlamentares*: São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 288 p.

MARTINS MARQUES, Amanda Ravena; MUNIZ, Arnaldo Brasil; BRANDÃO, Maureen da Silva. *A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger* (HC 82.424). [2013]. (Série Monografias do CEJ, v. 16). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1810>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 271 p.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 28 jan./jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100006>. Acesso em: 4 mar. 2015.

OLIVEIRA, Rodrigo Valin de. As imunidades parlamentares e o poder legislativo. In: COLÓQUIO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 5. UNIRITTER, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.uniritter.edu.br/uploads/arquivos/Col%C3%B3quio%20de%20Pesquisa.pdf>>. Acesso em: 18 de jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção americana sobre os direitos humanos*: pacto de San José da costa rica: assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos. San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Washington: OEA, 1970.

_____. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*. Guatemala, [6 jun. 2013].

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano*. 3. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>>. Acesso: 4 maio 2015.

RIOS, Roger Raup. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 295 p.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. *Direito da antidiscriminação e minorias: a insuficiência do direito consumerista para a proteção antidiscriminatória coletiva, inédito*.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SCHÄFER, Gilberto. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013.

ROMULADO, Edson Carlos; SANTOS, Elaine de Moraes. Mídia-tização e espetacularização: os entornos da campanha político eleitoral de Lula em 2002. In: POSSENTI, Sírio; PASSETTI, Mária Célia (Org.). *Estudos do texto e do discurso: política e mídia*. Maringá: Eudem, 2010. 193 p.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Public Law Research Paper*, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em: 4 mar. 2015.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. [S.d.]. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12839939/a-liberdade-de-expressao-eo-problema-do-hate-daniel-sarmento>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v.7, n. 2, p. 445-467, jul./dez. 2011.

TEIXEIRA, Carla Costa. Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público?. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 30, p.110-127, 1996.

VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 171 p.

VITAL DA CUNHA, Cristina; LOPES, P. V. L. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll Brasil, 2013.

Processo legislativo comparado

Fonte de inteligência e aprendizagem organizacional

ROBERTO CAMPOS DA ROCHA MIRANDA
CRISTINA JACOBSON JÁCOMO CINNANTI
LUIZ EDUARDO DA SILVA TOSTES

Resumo: Busca-se avaliar, em três Casas Legislativas – Senado Federal, Câmara dos Deputados e Câmara Legislativa do Distrito Federal –, pontos que indiquem possibilidade de ação quanto à inteligência e à aprendizagem organizacional dessas instituições. Baseando-se no estudo comparado do processo legislativo dos três organismos legislativos, aplicam-se as teorias relacionadas à inteligência estratégica antecipativa e à aprendizagem organizacional como ferramentas de avaliação de possíveis processos que possibilitem a identificação de fontes de informação e de conhecimento. Justifica-se a realização do trabalho em função do interesse crescente das Casas Legislativas em adotar postura profissional frente à sociedade, utilizando-se de tecnologias de gestão adaptadas da área privada. A metodologia adotada baseia-se no método qualitativo aplicado e nas pesquisas bibliográfica, documental e de campo. O painel de Delfos realizado com especialistas validou a estrutura genérica do processo legislativo, a presença de aprendizagem de ciclo simples nesse processo e a possibilidade de haver indícios de inteligência estratégica antecipativa de forma assistemática no contexto legislativo.

Palavras-chave: Processo Legislativo, Aprendizagem Organizacional, Inteligência Estratégica Antecipativa, Casas Legislativas, Poder Legislativo.

1. Introdução

A pesquisa que ora se apresenta busca identificar pontos que possibilitem ações de Inteligência Estratégica Antecipativa (doravante IEA) e de Aprendizagem Organizacional (doravante AO) no processo legislativo

Recebido em 17/12/14
Aprovado em 23/2/15

do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Entenda-se por 'pontos' as fases do processo legislativo passíveis de descrição como possíveis centros de informação – captação ou partilha informacional.

Incluem-se no escopo desta pesquisa tão somente mudanças nos processos legislativos das Casas em estudo que reflitam alterações documentadas na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Distrito Federal e nos respectivos regimentos internos. Quaisquer outras decisões que gerem impacto sobre o processo legislativo, tais como decisões da Presidência em Questão de Ordem, ou mesmo normas integrantes do ordenamento jurídico que afetem os ritos legiferantes não são consideradas neste estudo. É importante salientar, também, que se priorizam as linhas gerais da doutrina do processo legislativo que norteiam o funcionamento tanto do Senado Federal, quanto da Câmara dos Deputados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, razão pela qual as especificidades do bicameralismo não são abordadas. Assim, ao tratar das linhas gerais do processo legislativo não serão feitas referências à Casa iniciadora e à Casa revisora. O objetivo de se desenvolver a pesquisa recaiu sobre a possibilidade de contribuir para o aprimoramento do processo legislativo, considerando a escassa aplicação de instrumentos de inteligência e aprendizagem no contexto do Legislativo. Além disso, observa-se um crescente interesse do Parlamento – considerando-se suas atividades administrativas e legislativas – em utilizar tecnologias de gestão adaptadas da esfera privada em suas atividades, de modo a racionalizar tarefas e ampliar a sua atuação profissional frente à sociedade.

Ainda que os termos *inteligência*, *inteligência organizacional* e *inteligência estratégica antecipativa* sejam conceituados distintamente na literatura, optou-se por apresentá-los de forma

mesclada no texto, lançando-se mão de cada um no contexto em que melhor se apresentam.

A doutrina do processo legislativo (SILVA, 2006; FERREIRA FILHO, 2007; MORAES, 2010) considera a existência de três fases inerentes à inovação do ordenamento jurídico: de iniciativa ou introdutória, constitutiva e integratória da eficácia da lei ou complementar. A primeira é relativa ao poder de apresentar o projeto de proposição. A segunda refere-se à apreciação da proposição pelo Parlamento (oferecimento de emendas, discussão e votação) e sua sanção ou veto pelo Poder Executivo, quando a espécie normativa assim o exigir. A última concerne à promulgação e à publicação da lei. Entretanto, nesta pesquisa, optou-se por ampliar esse escopo, considerando também as fases de ações prévias (captação da demanda e elaboração da proposição) e ações posteriores (verificação do impacto da nova norma sobre a sociedade), uma vez que se relacionam diretamente com a aplicabilidade dos conceitos de IEA e AO. Nesse caso, para pensar sobre IEA e AO, é preciso considerar, também, as fases anteriores e posteriores do processo legislativo doutrinário, sendo que, nessa visão, o processo legislativo é o contexto em que ocorrem a inteligência e aprendizagem, ou mesmo o protagonista-objeto dessa inteligência e aprendizagem.

2. Conceitos de estudo

Embora os conceitos aqui indicados venham a ser mais bem descritos ao longo do texto, é importante estabelecer os constructos utilizados para balizar o entendimento da pesquisa que se propõe.

Assim, consideram-se para este trabalho:

a) Processo legislativo: extrapolando a delimitação consensuada na doutrina, que restringe o processo legislativo às fases introdutória, constitutiva e complementar, tal como

o descrito por Moraes (2010); este estudo o conceitua como o conjunto sequenciado de fases da elaboração de um instrumento legal pelas Casas Legislativas, que compreende as etapas de ações prévias, elaboração da proposição, início da tramitação, instrução ou deliberação por comissões, apreciação por Plenário, decisão do Poder Executivo, finalização e ações posteriores. Essa expansão conceitual se deve ao fato de que, para fins de compreensão das experiências de AO e de IEA no processo legislativo, é mister considerar o efeito das ações prévias e das ações posteriores sobre o aperfeiçoamento do processo legislativo;

b) AO no processo legislativo: capacidade da Casa Legislativa de adotar ações modificativas no processo de elaboração de leis, em um primeiro momento, e consubstanciá-las em norma regimental como regra, em uma segunda fase;

c) IEA no Legislativo (no texto, equiparado a inteligência organizacional ou, simplesmente, a inteligência): capacidade da Casa Legislativa de identificar, coletar e utilizar informações ou fragmentos de informação que levem à alteração em seu processo legislativo; e

d) Sinais fracos no processo legislativo: fragmentos de informação que se traduzem como indícios de possíveis necessidades de alteração no processo legislativo, observados e captados no ambiente e validados por atores envolvidos com o processo legislativo.

3. O processo legislativo comparado

O processo legislativo é vastamente encontrado na literatura (SILVA, 2006; FERREIRA FILHO, 2007; MORAES, 2010), referenciado em obras que descrevem exaustivamente os seus ritos, especialmente no que tange às normas da produção legislativa nas Casas do Congresso Nacional. Com facilidade, encontram-se também os princípios que o regem (SILVA, 2006). Ferreira Filho (2007) discorre sobre a origem e evolução do processo legislativo, esclarecendo muitas das razões de seus ritos. No entanto, parecem ser escassas as obras que abordem o processo legislativo sob a ótica informacional e do conhecimento.

Este artigo pretende contribuir para a discussão sobre o processo legislativo, trazendo proposta didática a partir de nova ótica que facilite a sua compreensão tanto pelos profissionais das Casas Legislativas quanto pelo público leigo. Não se tem como objetivo descrever ritos e procedimentos sobre os quais já se aprofundaram outros autores (SILVA, 2006; FERREIRA FILHO, 2007; MORAES, 2010).

Embora este estudo aborde o processo legislativo de forma generalizada e priorize as linhas gerais comuns aos Legislativos brasileiros, confronta, em alguns momentos, procedimentos específicos do Poder

Legislativo Federal com os que lhe são distintos no âmbito do Distrito Federal.

O processo legislativo brasileiro tem sua fonte primeira na Constituição Federal. A Lei Maior determina quais são e como serão criadas ou alteradas as espécies normativas por ela previstas, definindo os titulares de sua iniciativa. Assim, o processo legislativo trata eminentemente da atividade legiferante: da inovação do ordenamento jurídico, seja federal, estadual, distrital ou municipal.

As leis e demais normas originadas e modificadas nas Casas Legislativas determinam comportamentos decorrentes da criação ou da restrição de direitos e obrigações. Nessa linha, por exemplo, novas leis impõem-se sobre aspectos da economia e das relações comerciais de dada categoria. Em razão da sua interferência em diversas áreas, as normas jurídicas não podem ser desconsideradas nem menosprezadas por um determinado grupo social que pode ser beneficiado ou prejudicado pela produção legislativa que lhe afete.

“Interferindo na formulação de normas escritas, o poder estatal propicia, ao viver social, modos de conduzir predeterminados, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, em princípio, como pautarem sua conduta na realização de seus interesses individuais, sem prejuízo para o bem coletivo” (SILVA, 2006, p. 39).

A qualidade da norma criada pode ser avaliada a partir de diferentes perspectivas: a perfeição do processo legislativo (em relação às prescrições jurídicas constitucionais e infraconstitucionais), a amplitude e a profundidade dos estudos e debates ao longo do processo legislativo, a eficácia da norma editada, as consequências para a sociedade, e também a legitimidade política.

A imperfeição do processo legislativo pode até ocasionar a nulidade da norma, quando sua elaboração ocorrer sem a observância dos ritos constitucionais (BITAR apud COIMBRA, 2006).

A inexistência ou a superficialidade de estudos e debates sobre o tema normatizado podem, por seu turno, resultar em normas inadequadas, que não reflitam as reais necessidades da sociedade, ou cujas consequências não sejam as esperadas. Nesse sentido, pode ocorrer de a norma editada não ter sua aplicação consolidada, ou seja, tornar-se uma norma ineficaz (CAVALIERI FILHO, 1997).

Assim, entende-se ser fundamental que os interessados no processo legislativo – os parlamentares, os profissionais do Poder Legislativo e a sociedade – percebam a relevância de seus passos e procedimentos. Acredita-se que essa compreensão contribuirá para o compromisso dos parlamentares e dos servidores com a excelência do trabalho desempe-

nhado, buscando a perfeição do processo legislativo e a qualidade da norma. De sua parte, a sociedade, uma vez consciente dos pressupostos de cada etapa do processo legislativo, poderá aumentar sua participação, contribuindo para o aperfeiçoamento das normas em edição.

Existem várias espécies normativas previstas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 59: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções; e, em seu art. 103-A, súmulas vinculantes. As Constituições estaduais e as Leis Orgânicas definem as espécies normativas sob seu escopo, porém norteadas sempre pelo que está prescrito na Lei Maior. O art. 69 da Lei Orgânica do Distrito Federal (DF, 2011), por exemplo, enumera como objeto do processo legislativo a elaboração de emendas à Lei Orgânica, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções, não fazendo referência a leis delegadas nem a medidas provisórias.

O Regimento Comum e os de cada Casa (BRASIL, 1989; BRASIL, 2011a; BRASIL, 2011b; BRASIL, 2011c; DF, 2005) ainda fazem menção a outras espécies de proposição não previstas nas Constituições, tais como emendas, requerimentos, indicações, moções e recursos, entre outras. As emendas são proposições assessórias a propostas de emendas à Constituição (PEC) ou à Lei Orgânica (PELO) e aos projetos. As demais proposições podem interferir nos ritos legislativos ou se destinarem a outras funções, mas não geram inovação no ordenamento jurídico, razão pela qual não estão elencadas no rol encontrado nos textos constitucionais mencionados.

Cada uma das espécies de proposição versa sobre matéria constitucional ou regimentalmente pré-determinada e cumpre rito próprio, e essas especificidades têm uma justificativa. Discorrer-se-á sobre algumas delas ao longo do texto.

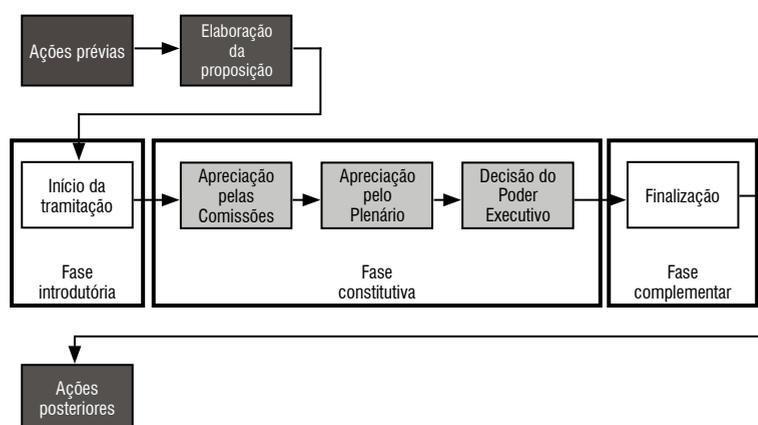
Moraes (2010) classifica as fases do processo legislativo da seguinte forma: *fase introdutória*, da iniciativa, quando se apresenta a proposição; *fase constitutiva*, em que se delibera sobre a proposição; e *fase complementar*, que dá publicidade e executoriedade à nova norma.

Para fins didáticos e para atingimento do objeto desta pesquisa, qual seja, a aplicação da AO e da IEA ao processo legislativo, optou-se por representar o processo legislativo de forma ampliada, com as seguintes etapas: ações prévias, elaboração da proposição, início da tramitação, apreciação pelas Comissões, apreciação pelo Plenário, apreciação pelo Poder Executivo, finalização e ações posteriores.

Fazendo um paralelo com a classificação das fases do processo legislativo delineada por Alexandre de Moraes, percebe-se que se encontram outras fases não previstas, quais sejam, as *ações prévias*, a *elaboração da*

proposição e as ações posteriores. O início da tramitação, por sua vez, inclui-se na fase introdutória. As apreciações pelas Comissões, pelo Plenário e pelo Poder Executivo (sanção ou veto) inserem-se na fase constitutiva, ao passo que a finalização equivale à fase complementar, conforme apresentado na Figura 1.

Figura 1: Fases do processo legislativo genérico



Fonte: Elaboração própria, baseada em Moraes (2010).

As *ações prévias* dizem respeito ao surgimento de uma ideia, ao seu desenvolvimento, por meio de estudos que antecedem a elaboração da proposição, e à articulação com a sociedade. Novos regramentos justificam-se se houver divergência em relação à norma vigente ou lacuna normativa, ou seja, se for identificada demanda de modernização de norma existente ou de regulamentação de determinada matéria. A qualidade da norma será diretamente proporcional à sua adequação, em sentido lato, aos anseios da sociedade e aos resultados ocasionados pela sua edição. Assim, a qualidade da proposição dependerá de prévio intercâmbio com a sociedade, o que inclui a oitiva dos sujeitos que serão por ela afetados, assim como de estudos formais, a fim de buscar subsídios para a sua elaboração.

A *elaboração da proposição*, por sua vez, deve seguir regras próprias, a exemplo do disposto na Lei Complementar nº 95/98, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona” (BRASIL, 1998, p. 1), e nos Regimentos Internos das Casas Legislativas. No Distrito Federal, é observada a Lei Complementar nº 13/96, que “regulamenta o art. 69 da Lei Orgânica, dispondo sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis do Distrito Federal” (DF, 1996, p. 1).

As primeiras tratam da elaboração legislativa federal; e a segunda, da distrital.

Embora a Lei Complementar nº 95, de 1998, em seu art. 18, disponha que “eventual inexistência formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”, a inobservância dos parâmetros legais para a elaboração legislativa pode gerar vícios formais que, por impugnação do legislador, inviabilizem sua transformação em norma jurídica ou que invalidem a norma caso os vícios sejam de natureza constitucional. As técnicas legislativas federal e distrital estão didaticamente apresentadas, respectivamente, no *Manual de Redação Parlamentar e Legislativa* (BRASIL, 2006), no *Manual de Elaboração Legislativa* (BRASIL, 2007) e no livro *Elaboração de Textos Legislativos* (DF, 2007).

Algumas vezes a necessidade de normatização de tema específico é apontada pela sociedade, seja por um cidadão seja por associações, sindicatos, etc. Outras vezes, o próprio detentor da iniciativa, que pode ser um membro do Poder Legislativo ou o titular do Poder Executivo, entre outros legitimados, verifica ser preciso criar norma jurídica. Em qualquer caso, é imprescindível que o proponente da inovação jurídica seja detentor de expressa competência constitucional para tanto. A matéria objeto do ato legislativo determinará o sujeito competente para propô-lo, ou sujeitos, no caso de competência concorrente.

Silva (2006) discorre sobre os princípios do processo legislativo, os quais serão gradualmente apresentados e mostrar-se-ão úteis para justificar vários dos procedimentos que fazem parte da feitura das leis e dos demais atos legislativos.

O primeiro princípio é o da publicidade, presente em todas as fases do processo legislativo, desde a origem, como se constata a seguir, até o termo. Depois da protocolização na Secretaria da Mesa ou no Plenário, ocorre o *início formal da tramitação* com a apresentação

ou leitura na sessão plenária, momento em que se dá ciência à Casa Legislativa da apresentação do projeto normativo. A publicação da redação inicial no periódico respectivo conclui a formalização da sua entrada em tramitação, oferecendo publicidade ao texto da proposição.

É mister salientar que vícios formais ou de iniciativa podem impedir que a proposição tramite, daí a importância de que a elaboração seja objeto de rigor e precisão. A Casa Legislativa deve avaliar requisitos de admissibilidade, constitucionalidade e regimentalidade da proposição. A distribuição para as comissões finaliza o início da tramitação, ou, segundo Moraes (2010), da fase introdutória. Veja que decisões sobre a tramitação são importantíssimas para a viabilidade de uma proposta. No caso dos EUA, existe mesmo um termo, *turf*, que define o campo de atuação das comissões, todas querendo, como regra geral, aumentar suas competências e assim determinarem o destino de um número maior de proposições. Assim, a definição de fase introdutória não pode ser confundida com fase neutra, apolítica, da vida de uma proposição.

A etapa seguinte, chamada por Moraes (2010) de fase constitutiva do processo legislativo, inicia-se com a *apreciação da proposição pelas comissões*. Verifica-se, nesse ponto, o princípio do exame prévio (instrutório e/ou deliberativo) por comissões parlamentares (SILVA, 2006), que são fóruns especializados, responsáveis pela realização de estudos mais aprofundados sobre as proposições em pauta, avaliando tanto sua adequação constitucional, legal e orçamentária, bem como seu mérito. Regra que merece relevo é a garantia da representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares da Casa na composição de cada comissão, assegurando a defesa de múltiplos interesses ali representados (FERREIRA FILHO, 2007). O objetivo é que essa análise plural e especializada gere legitimidade.

Outro aspecto a ser considerado nessa prática é o fato de desonerar o Plenário da análise de grande quantidade de proposições que tramitam apenas nas comissões, uma vez que a Constituição de 1988 lhes confere, em alguns casos, competência legislativa plena, ou seja, poder decisório sobre as proposições. Isso significa que certos projetos não são apreciados pela composição integral da Câmara dos Deputados nem do Senado Federal, pois têm sua tramitação concluída nas comissões. Ressalte-se que as Casas do Congresso Nacional beneficiam-se desse instituto – poder conclusivo das comissões na Câmara dos Deputados e poder terminativo no Senado Federal –, ao passo que a Câmara Legislativa do Distrito Federal não tem prevista a competência legislativa plena das suas comissões. Além disso, no Poder Legislativo do Distrito Federal, todas as proposições, à exceção das indicações mencionadas em seu Regimento Interno, são apreciadas pelo Plenário, ao passo que, no Poder Legislativo Federal, as matérias que exigem *quorum* qualificado para deliberação, como PEC e projetos de lei complementar, são apenas instruídas nas comissões, cabendo ao Plenário a deliberação sobre elas.

Em razão do princípio da publicidade, as deliberações – no âmbito das comissões e do Plenário – realizam-se perante o público. Sessões secretas são possíveis apenas nos casos expressamente previstos na Constituição, na Lei Orgânica do Distrito Federal e nos regimentos das Casas Legislativas. Em conformidade com esse princípio, são elaboradas e publicadas atas das reuniões das comissões e das sessões plenárias no veículo oficial da Instituição, a fim de dar conhecimento da ação parlamentar a todos os interessados (SILVA, 2006).

O Poder Legislativo caracteriza-se pelo debate, pela exposição de ideias, que são aprimoradas quando submetidas ao contraditório. De acordo com Silva (2006), o processo legislativo

rege-se, nesse aspecto, pelo princípio da oralidade, segundo o qual os debates são realizados de viva-voz, tanto na fase de discussão quanto na de votação. Isso vale para as discussões realizadas nas reuniões das comissões e nas sessões plenárias.

Concluída a análise pelo colegiado especializado, passa-se à *apreciação pelo Plenário*, quando não se tratar de matéria de competência legislativa plena das comissões. Devendo a proposição ser submetida ao Plenário, isso será feito em turno único ou em dois turnos, conforme determinar a Constituição, o Regimento Comum ou o Regimento Interno de cada câmara. Essa regra varia entre as Casas Legislativas, notando-se priorizações diferentes em cada Parlamento.

Por princípio, proposições que promovam impacto de maior abrangência, tais como as propostas de emenda à Constituição ou à Lei Orgânica, ou seja, que modifiquem as normas de hierarquia superior, merecem maior tempo para análise, debate e amadurecimento, por isso são submetidas a dois turnos de discussão e votação pelo Plenário (MELLO apud TEMER, 2010). Pela mesma razão, essas proposições demandam *quorum* qualificado de autoria, assim como para sua aprovação, ou seja, dependem de concordância de maior número de parlamentares, não sendo suficiente a usual maioria simples. Essas exigências resultam da complexidade da espécie normativa e do amplo alcance dos seus efeitos.

Percebe-se que, em relação à quantidade de turnos a que devem ser submetidos os projetos, não há consenso entre as Casas Legislativas. No Senado Federal, por regra, apenas as Propostas de Emenda à Constituição são submetidas a dois turnos de apreciação. Todas as demais proposições, excetuadas as originadas de Comissão Mista e as que forem objeto de substitutivo, devem ser apreciadas em apenas um turno. Na

Câmara dos Deputados, além das Propostas de Emenda à Constituição, submetem-se a dois turnos de votação e discussão os projetos de lei complementar e os demais casos expressos em seu Regimento. Na Câmara Legislativa do Distrito Federal, são submetidas a dois turnos as propostas de emenda à Lei Orgânica, os projetos de lei complementar e os projetos de lei ordinária, além dos projetos de resolução que versem sobre determinadas matérias elencadas no Regimento respectivo.

Em cada turno de apreciação da proposição, são imprescindíveis os momentos de discussão e de votação, que não se substituem nem se confundem, em conformidade com o princípio da separação da discussão e da votação (SILVA, 2006).

Além disso, entre cada passo do processo legislativo e o imediatamente posterior, há um interstício, intervalo de tempo exigido entre um procedimento e o seguinte. Esse intervalo se destina a proporcionar o conhecimento da proposição, assim como o amadurecimento das reflexões, evitando decisões pouco ponderadas e equivocadas por parte dos parlamentares. Assim,

“O processo legislativo parlamentar serve para acertar e resolver as contradições dos interesses representados nas Câmaras Legislativas numa síntese que vem a ser a lei jurídica [...] O regime representativo procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar [...] mediante um debate preordenado, por ato da maioria parlamentar” (SILVA, 2006, p. 42-43).

Concluída a apreciação pelo Poder Legislativo, a proposição aprovada segue para a *decisão do Poder Executivo*, nos casos específicos em que isso é exigido: projetos de lei complementar e projetos de lei ordinária. Frise-se que as demais proposições – proposta de emenda à Constituição, projeto de decreto legislativo e projeto de resolução e medidas provisórias convertidas em lei sem alteração – não são submetidas ao Chefe do Executivo, porque concluem sua tramitação no âmbito do Legislativo.

Da decisão do Executivo pode resultar a sanção ou o veto (total ou parcial) do projeto aprovado pelo Legislativo. Essa situação configura o controle dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Executivo, ilustrando o sistema de pesos e contrapesos no exercício do poder estatal brasileiro.

O momento seguinte à apreciação parlamentar e extraparlamentar refere-se à promulgação e à publicação da nova norma, considerada neste estudo como a fase de *finalização*. A promulgação confere o caráter de executoriedade à nova norma, e a publicação a apresenta a toda a sociedade. Essas são operações complementares, realizadas pelo mesmo ator, seja ele o chefe do Executivo, seja o Presidente da Casa Legislativa competente.

Silva (2006) cita ainda o princípio da unidade da legislatura, segundo o qual as proposições não apreciadas em uma dada legislatura serão arquivadas ao seu término, exonerando, assim, a legislatura seguinte de arcar com legisferação que não lhe diga respeito. O Senado e a Câmara dos Deputados ressaltam que muitas proposições podem passar de uma legislatura para a seguinte.

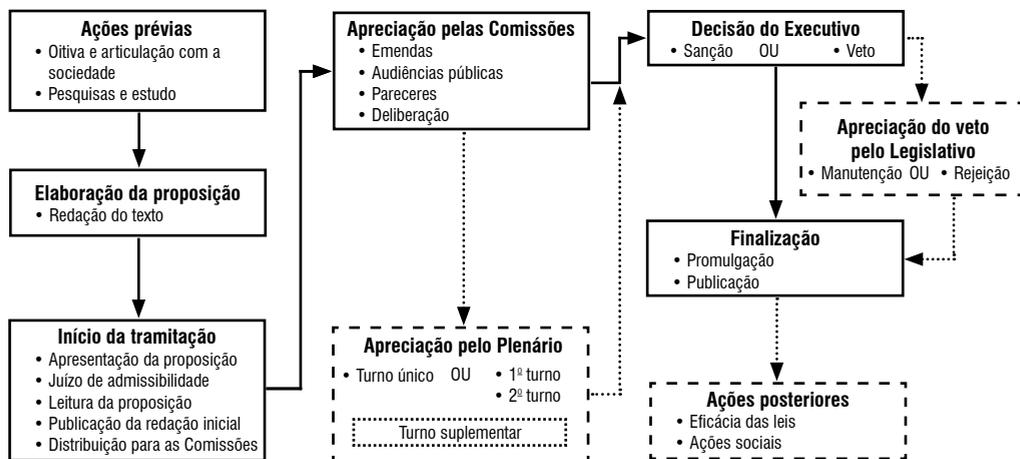
Após a inovação do ordenamento jurídico, passa-se à fase de *ações posteriores*, relativas ao aferimento do impacto causado pela nova norma. Sob essa ótica, considera-se ampliada a abrangência do processo legislativo, que tem início com a articulação entre Estado e sociedade e finaliza com novo diálogo entre esses

dois atores a fim de verificar os efeitos do ato legislativo editado sobre o comportamento e as relações da sociedade.

A Figura 2 procura detalhar, de forma didática, cada fase do processo legislativo, conforme explanado, de forma a auxiliar o leitor a compreender os passos seguidos para a elaboração das normas jurídicas.

A partir do exposto, faz-se a tentativa de aproximar o processo legislativo de conceitos relacionados às teorias organizacionais. Nesse sentido, é possível traçar um paralelo entre as macroetapas do processo legislativo e o ciclo PDCA (*plan/planejar, do/desenvolver, check/chechar e act/agir*) da Administração (PACHECO et al, [2009]). Equipara-se a investigação

Figura 2: Detalhamento das fases do processo legislativo



Fonte: Elaboração própria.

a respeito da necessidade de inovar o ordenamento jurídico – ou uma prospecção no ambiente – ao planejamento (P). Por sua vez, a elaboração meticulosa de proposição legislativa, que é aprimorada mediante discussões e emendas, aproxima-se do desenvolvimento (D). A

avaliação dos impactos do novo regramento é comparada à checagem (C). Revogação ou alterações posteriores remetem à ação corretiva (A).

Com esse propósito, verificam-se as oportunidades de criação de aprendizagem e de inteligência organizacional ao longo do pro-

cesso legislativo. Para haver aprendizagem, é necessário haver compreensão. Uma vez que a literatura é rica em conteúdo sobre o que fazer e como fazer, buscou-se, ao longo deste artigo, enfatizar por que e para que fazer dessa forma, amparando os passos do processo legislativo nos princípios que o regem e no seu impacto sobre a sociedade.

4. Aprendizagem organizacional e o processo legislativo

Lançar mão dos conceitos de AO, necessária e evidentemente, implica a existência de organização onde se deem tais processos.

Em conceituação livre, assume-se organização como um conjunto de pessoas operando processos coordenados com vistas a resultados pactuados e compartilhados. Giddens (2005) propõe definição muito próxima a essa: “Uma organização é um grande agrupamento de pessoas, estruturada em linhas impessoais e estabelecida a fim de atingir objetivos específicos”. Para Peter Drucker (*apud* DIAS, 2008, p. 21), a organização “é um grupo humano, composto por especialistas que trabalham em conjunto em uma tarefa comum”. Morgan (2007) qualifica as organizações como complexas e paradoxais e propõe oito metáforas distintas para descrevê-las: máquinas, organismos, cérebros, culturas, sistemas políticos, prisões psíquicas, fluxo e transformação e instrumentos de dominação. Dias (2008) propõe síntese de sete características presentes em qualquer organização: 1) caracterização como sistemas sociais; 2) associação de pessoas; 3) longevidade; 4) caráter universal; 5) identidade própria; 6) presença de sistema próprio de comunicação; 7) divisão do trabalho. Argyris e Schön (1978) identificam três atributos básicos para diferenciar uma organização de um aglomerado de indivíduos. Os membros devem ter pro-

cedimentos para: i) tomar decisões em nome da coletividade [de associados]; ii) delegar a indivíduos a autoridade para agir em nome da coletividade; e iii) estabelecer fronteiras entre a coletividade [a própria organização] e o resto do mundo. Argyris e Schön (1978) trazem ainda conceito de “agência”, útil para o presente trabalho. Segundo aqueles autores, uma agência pode ser “uma corporação industrial, um sindicato, um órgão público, ou mesmo uma residência¹” e o que a caracteriza como tal é o fato de haver “uma tarefa complexa decomposta em pacotes mais simples, regularmente distribuídos a indivíduos, e continuamente executada” (ARGYRIS; SCHÖN, 1978, p. 14, tradução nossa).

Neste artigo, o conceito de organização será atribuído ao processo legislativo, que, naturalmente, ocorre dentro de outras organizações – parlamentos. Assume-se o processo legislativo como a organização em si, o que atende aos requisitos de Argyris e Schön (1978), mencionados anteriormente, assim como ao seu conceito de agência, aproximando-o da metáfora de organização vista como cérebro, proposta por Morgan (2007). Tal como aquele órgão central do corpo humano, o processo legislativo é: “holográfico”, na medida em que representa o todo da sociedade em que se insere; “especializado”, quando elabora produtos finais em formatos específicos e repetitivos; “processador de informações”, uma vez que capta demandas do mundo externo, transforma-as e devolve-as, na forma de normas legais, envolvendo sistemas de informações, comunicação e decisões; “capaz de aprender”, já que abriga os quatro mecanismos de *feedback* negativo (MORGAN, 2007), a saber:

i) sentir, monitorar e detectar aspectos significativos do ambiente;

¹No original: *household*.

ii) relacionar informações com normas operacionais que guiam o comportamento do sistema;

iii) detectar desvios significativos em relação às normas; e

iv) iniciar ações corretivas quando discrepâncias forem detectadas.

Na discussão sobre AO, a seguir, a capacidade de reciclar-se (ou aprender) do processo legislativo será aprofundada, quando se discorrerá sobre a aprendizagem de ciclo único e a aprendizagem de ciclo duplo, ambas presentes nessa organização.

Verifica-se agora a validade, no processo legislativo, das sete características comuns às organizações, proposta por Dias (2008, p. 21): é um “sistema social”, agrupamento de pessoas com papéis sociais definidos, regido por estatuto reconhecido e representado por segmentos da sociedade; “associa pessoas” em diferentes papéis, com relações formalizadas em torno de objetivos comuns; “perdura no tempo”, dado que os atores mudam e o processo em si permanece; “é universal”, presente nas Casas Legislativas estudadas, assim como em qualquer parlamento do mundo; “tem identidade própria”, diferencia-se facilmente de outros processos, é regido por normas próprias e específicas, atua como um todo organizado; “tem sistema de comunicação” interna, quando discute e delibera acerca do processo de elaboração de leis, e externa, quando capta demandas sociais, processa-as e devolve-as à sociedade na forma de normas legais; e “tem divisão do trabalho”, uma vez que é composto por grupos distintos de atores, com competências específicas, complementares e interdependentes, cujo resultado tende a ser sinérgico – maior que a soma dos trabalhos individuais.

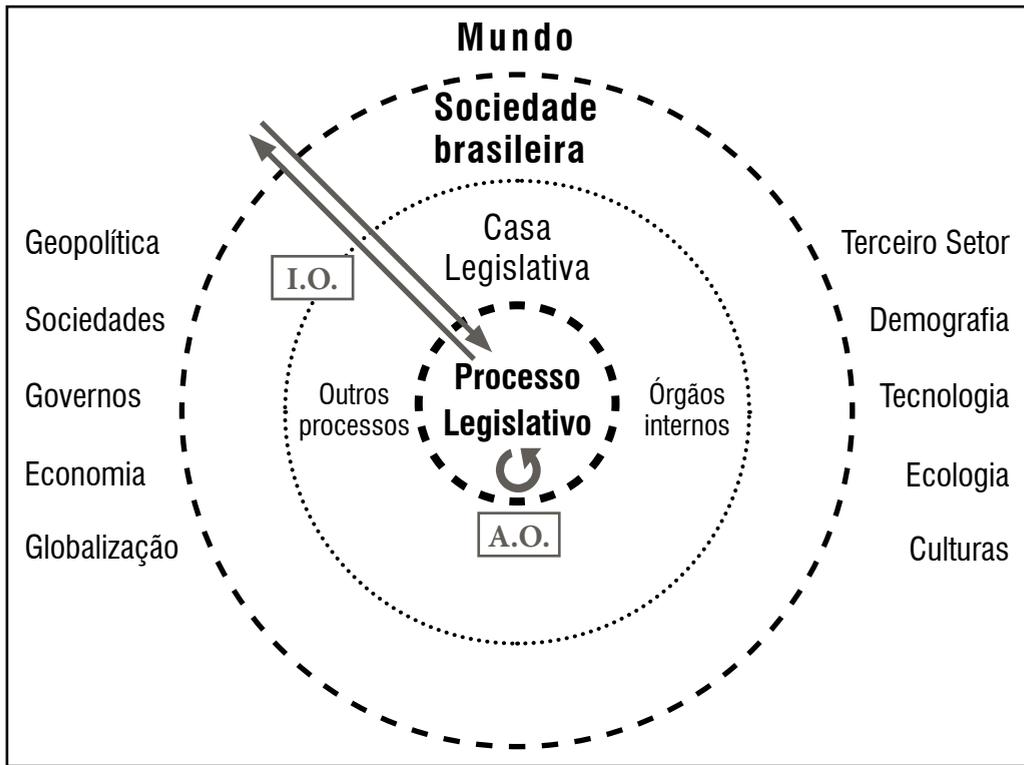
A Figura 3 ilustra a relação do processo legislativo com os ambientes organizacionais em que se insere, assim como localiza a inteligência organizacional (IO) e a AO no contexto do estudo.

4.1. Aprendizagem Organizacional (AO) – conceituação

Iniciando pela conceituação leiga, aprender é adquirir conhecimento. Tal definição pressupõe um objeto “conhecimento” existente em algum lugar lá fora no mundo. Então, um sujeito adquire-o, incorpora-o em si ou para si, torna-se proprietário dele, como quando se compra um bem de outrem. E pronto: aprendeu.

Todavia, nem o conhecimento é objeto estanque passível de aquisição por via mercantilista, mecanicista, nem o processo de “conhecer o conhecimento”, ou seja, de aprender, dá-se independentemente do sujeito e sua identidade ou do contexto. Em outras palavras, o processo se dá *no* sujeito quando imerso na situação geradora da aprendizagem do conhecimento. Mais ainda, a aprendizagem só pode ser verificada, quando refletida na

Figura 3: Integração da inteligência organizacional e da AO ao processo legislativo



Fonte: Elaboração própria.

ação, no resultado, portanto, na ação do sujeito aprendiz (FREIRE, 1980; KOFMAN, 2004).

Freire (1980), em seu clássico *Pedagogia do oprimido*, já denunciava o que chamava de “educação bancária”, visão em que o professor é detentor do conhecimento e o “deposita” na cabeça do aluno, que não o detém. Em contraposição, propugnava a educação problematizadora, em que o conhecimento é construído por professor e aluno em processo interativo, levando em conta os conhecimentos de ambos.

Kofman (2004) propõe que a capacidade de ação para produzir resultados é intrínseca ao próprio conhecimento a ser aprendido. Não é capacidade desenvolvida após a (ou a partir da) aquisição do conhecimento. Assim,

“*Conhecimento* é a capacidade de agir efetivamente para produzir os resultados que se persegue. *Aprendizado* é o processo de incorporação de novo conhecimento. Em consequência, *aprender* é aumentar a capacidade de produzir os resultados que se deseja” (KOFMAN, 2004, p. 52, grifo nosso).

Estendendo a definição de aprendizado, Kofman (2004, p. 53) o concebe ainda como “forma de agir para corrigir erros em ações anteriores”.

Para Matsuda (apud TARAPANOFF, 2012), aprendizado organizacional

“[...] refere-se à capacidade de uma organização de identificar e armazenar conhecimento resultante de experiências individuais e or-

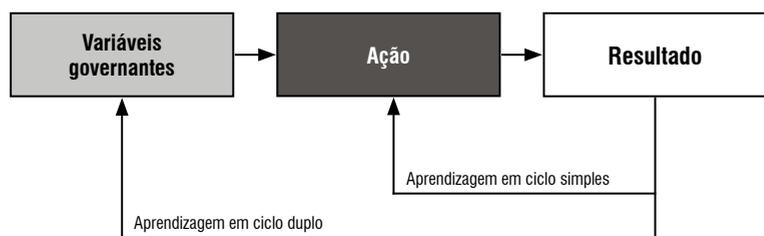
ganizacionais e, ainda, de modificar seu comportamento de acordo com estímulos percebidos no ambiente. Além disso, implica a utilização de suas experiências e percepções para produzir novos comportamentos, mais adequados ao ambiente em que se situa” (TARAPANOFF, 2012, p. 80).

Depreende-se daí que aprender significa desenvolver capacidade de interferir no mundo, de alterar ações para atingir determinado objetivo. Argyris e Schön (1996, p. 16) afirmam que:

“Aprendizagem organizacional ocorre quando indivíduos numa organização experimentam situação problemática e a investigam em nome da organização; quando há uma inesperada não-conformidade entre os resultados obtidos e os desejados; e quando reagem à não-conformidade por meio de processo de pensar e agir que os leva (i) a modificar sua imagem da organização ou seu entendimento do fenômeno organizacional; e (ii) a reestruturar as atividades de forma a alinhar resultados e expectativas [...]”.

Os autores definem dois tipos possíveis de aprendizagem: de ciclo simples e de ciclo duplo. A aprendizagem de ciclo simples se dá quando a detecção de erro e sua correção ocorrem dentro de conjunto determinado de variáveis governantes, sem modificá-las. Ou seja, as mudanças pretendem impactar a ação com vistas à alteração do resultado. A aprendizagem de ciclo duplo destina-se a impactar não apenas a ação geradora do resultado, mas alterar as variáveis governantes. Logo, visa a provocar mudanças na própria organização.

Figura 4: Aprendizagem de ciclo simples e de ciclo duplo



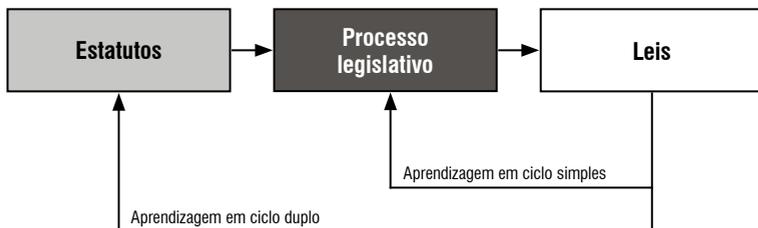
Fonte: Adaptado de Argyris, Schön (1978).

4.2. Aprendizagem organizacional (AO) aplicada ao processo legislativo

Transpondo tais conceitos para o processo legislativo, assume-se como aprendizado de primeiro ciclo aquele que modifica suas operações, atividades, tarefas sem, contudo, alterar os estatutos que as regem. No

aprendizado de segundo ciclo, foco deste estudo, o processo legislativo produz alterações (naturalmente, por meio de seus atores) em seu próprio ordenamento, em processo de *feedback* negativo ou autorregulação.

Figura 5: Ciclos de Aprendizagem Organizacional aplicados ao processo legislativo



Fonte: Elaboração própria, com adaptação de Argyris, Schön (1978).

O quadro abaixo exhibe a relação entre as entidades, seus estatutos (documentos legais) e os instrumentos que os alteram, potenciais instrumentos de AO:

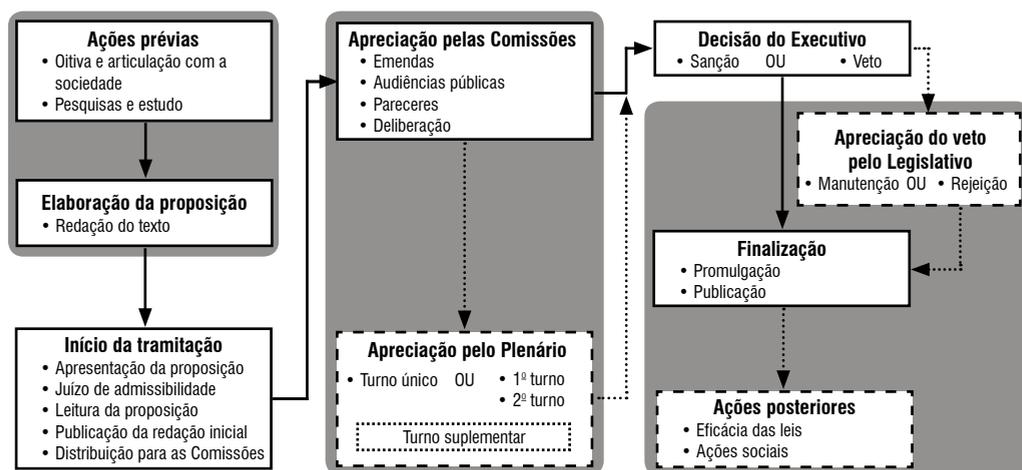
Quadro 1: Entidades/Órgãos, documentos legais e instrumentos de AO

| Âmbito | Documentos legais | Alterado por (instrumentos de AO) |
|--|--|---|
| União | Constituição Federal (CF) | Proposta de Emenda à Constituição (PEC) |
| Distrito Federal | Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) | Proposta de Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal (PELO) |
| Senado Federal | Regimento Interno do Senado Federal (RISF) | Projeto de Resolução do Senado (PRS) |
| Câmara dos Deputados | Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) | Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados (PRC) |
| Câmara Legislativa do Distrito Federal | Regimento Interno da Câmara Legislativa do Distrito Federal (RICLDF) | Projeto de Resolução da Câmara Legislativa do Distrito Federal (PR) |

Fonte: Elaboração própria.

As etapas assinaladas em cinza na Figura 6 indicam os momentos do processo legislativo em que há possibilidade de decisões e ações modificadoras dos regimentos internos das respectivas Casas Legislativas. Logo, há possibilidade de AO de segundo ciclo.

Figura 6: Momentos do processo legislativo em que há possibilidade de AO



Fonte: Elaboração própria.

5. Inteligência Estratégica Antecipativa (IEA) aplicada ao processo legislativo

Em continuidade ao pensamento deste estudo, cabe a discussão de se aplicarem ao contexto do processo legislativo as ferramentas de inteligência organizacional, inteligência competitiva, inteligência estratégica, IEA e IEA coletiva já consagradas na área privada.

À semelhança do contexto da aprendizagem organizacional, o recorte realizado é o de tomar o processo legislativo como organização singular, em que suas fases representam possibilidades importantes de aplicação de ações de inteligência.

Visualizando o processo legislativo como um conjunto organizado de fases, em que pessoas regidas por regulamentos e normas atuam no sentido de auxiliar o processo de produzir leis; pressupõe-se que há momentos nos quais a influência de informações externas sobre o mesmo processo legislativo propicia a modificação do próprio processo. Esse pressuposto leva à avaliação da aplicabilidade de abordagens de

áreas como a Ciência da Informação no âmbito da Ciência Política.

5.1. Justificando a realização do estudo

Com o avanço dos estudos das organizações sobre formas de manterem vantagem competitiva sustentável (PORTER, 1990), é vital que os estudos relacionados ao monitoramento ambiental (TARAPANOFF, 2001) venham a ser objeto de estudo em outros contextos, não somente nas organizações com fins lucrativos, mas, principalmente, no âmbito de organizações governamentais.

A valorização de postura cada vez mais profissional da administração pública brasileira (PEREIRA, 1998) impõe desafios a todos os Poderes da União. Trabalhos contemplando estudos de avanços na gestão de entes públicos do Poder Executivo são vastos e, modestos, os relacionados ao Poder Legislativo. Assim, depreende-se que há espaço bastante para avaliações e aplicações adaptadas de conceitos modernos de Administração e de Ciência da Informação no escopo das atividades do Legislativo.

Ademais, pesquisa científica iniciada no âmbito da Câmara dos Deputados apontou a necessidade de se desenvolverem sistemas de inteligência antecipativa para o Parlamento (MIRANDA, 2012), apontando a necessidade de intensificar tal prática com o objetivo de tornar o Parlamento proativo em relação às demandas da sociedade.

Afunilando-se o escopo de estudo, busca-se verificar: (i) como as ferramentas de inteligência podem efetivamente ser empregadas no processo legislativo; e (ii) como se sistematizam a metodologia de coleta de informações e a análise antecipada de cenários que apontarão possíveis desdobramentos em termos de ações prévias.

5.2. Descortinando conceitos

No emaranhado de conceitos relacionados à inteligência em uma abordagem eminentemente organizacional, bem como nos inúmeros adjetivos que a qualificam, necessário se faz estabelecer o referencial teórico de base que sustenta o estudo em tela, bem como estruturar arcabouço teórico que indique similaridades para os tópicos investigados.

Assim, parte-se preliminarmente do conceito de inteligência como o uso consciente e previamente motivado de conhecimentos latentes e elicitados² sobre determinado tema, com o fito de aplicar os saberes em determinada situação. *Grosso modo*, a psicologia trata o conceito de inteligência como “a capacidade de processar informação que é usada para resolver problemas [...] e rapidamente adaptar-se ao ambiente” (GLYNN apud KALKAN, 2005). Ampliando-se o conceito, agregam-se à habilidade cognitiva do ato inteligente os aspectos sociais e cultu-

rais que interferem na solução dos problemas (KALKAN, 2005).

Posto o conceito geral de inteligência, adjetiva-se o termo acrescentando a partícula organizacional e se volta para o âmbito dos estudos de monitoramento do ambiente prioritariamente afeto às organizações – ambiente interno e de tarefa (MORESI, 2001) – buscando-se definir variáveis-foco que permitam à organização identificar ameaças ou oportunidades e forças ou fraquezas – utilizando a terminologia da análise SWOT (SILVEIRA, 2001). McMaster inclui o conceito de sinais no processo de inteligência e

“[...] define a inteligência organizacional como a capacidade de obter informação do ambiente externo à organização para gerar cenários de tecnologia e *marketing* diferenciados, com o objetivo de interpretar os sinais do ambiente e transferir as necessidades dos consumidores para o desenho dos produtos elaborados” (McMASTER apud KALKAN, 2005).

Por inteligência competitiva entende-se o conjunto de ações voltadas para a coleta sistemática e ética de dados e informações sobre a concorrência, de modo contínuo e ininterrupto, com o fim de serem utilizados como insumos para avaliação de ações prévias a serem realizadas pelas empresas (GOMES; BRAGA, 2004).

A inteligência estratégica, por sua vez, estabelece ciclo de ações que vão da coleta à utilização de dados e informações nos processos de formulação e de decisão estratégicos, por estrategistas e tomadores de decisão estratégicos, quer sejam novatos quer experientes no trato de assuntos estratégicos (MIRANDA, 2004).

Avançando, tem-se o conceito de IEA que é a adoção de ações de coleta e análise de dados e informações do ambiente no qual as organizações se inserem, com o fito de se identificarem

²O verbo *elicitar* refere-se ao processo de externalização do conhecimento e sua organização de forma útil ao usuário, de acordo com os processos de conversão conhecimento estabelecidos por Nonaka e Takeuchi (1995).

sinais fracos que venham a indicar possíveis impactos nas organizações (JANISSEK-MUNIZ; LESCA; FREITAS, 2006)

Complementarmente, a IEA coletiva incorpora ao conceito anteriormente apresentado a noção de que os sinais fracos passam a fazer sentido à medida que são combinados com outros sinais fracos, formando um quebra-cabeça que toma forma sob os olhares de profissionais diretamente envolvidos com o tema em estudo (JANISSEK-MUNIZ; LESCA; FREITAS, 2006).

Depreende-se, portanto, que a IEA coletiva aplicada ao processo legislativo busca identificar sinais fracos que venham a interferir ou impactar na regulamentação do citado processo legislativo, levando-se em consideração os agentes envolvidos, sua *expertise* e sua função como formulador ou decisor de ações de alteração do referido processo.

5.3. Sinais fracos e o processo legislativo

Desafio singular está na identificação e transformação de sinais fracos em elementos úteis à tomada de decisão antecipada a situações que venham a impactar o processo legislativo.

Antes, porém, faz-se necessário conceituar o que vem a se constituir em sinais fracos. A origem do termo é trazida à literatura das organizações por Aguilar (1967) e reforçada pelo clássico *Managing strategic surprise by response to weak signals*, de Igor Ansoff (1975). Para Ansoff (1975), os sinais fracos constituem fragmentos de informação que se traduzem em um problema, uma ameaça ou uma oportunidade que impacta a organização. De forma similar e ampliada, Schoemaker e Day (2009) advogam que um sinal fraco é:

“Uma partícula de informação aparentemente randômica ou desconectada que, em princípio, parece ser um ruído de fundo, mas que pode ser reconhecido como parte de um padrão significativo, olhando-a por um ângulo diferente ou conectando-a com outros pedaços de informação” (SCHOEMAKER; DAY, 2009, p. 86, tradução nossa).

Ansoff (1975) ainda advoga que há forte relação entre os processos descontínuos e a certeza de identificá-los, ou seja, quanto menos sabemos sobre uma oportunidade, uma ameaça ou um problema, mais devemos avaliar sua utilidade para gerenciar a surpresa estratégica, como resposta aos sinais fracos. Indica, portanto, os seguintes estágios relacionados ao conhecimento da descontinuidade: (i) a convicção de que há descontinuidades iminentes; (ii) a origem da descontinuidade; (iii) a natureza, a gravidade e o tempo de impacto; (iv) a resposta a ser identificada e a ação relacionada; e, finalmente, (v) as consequências

da resposta. Rohrbeck e Bade (2012) reforçam que a mudança disruptiva pode ser antecipada pela busca de sinais fracos, interpretando-os e desencadeando respostas organizacionais adequadas. Nesse caso, a ênfase é dada a eventos que são singulares, inesperados e repentinos, que trazem (ou podem vir a trazer) sérias e severas consequências para a organização.

Assim, os sinais fracos caracterizam-se como informação (FONSECA; BARRETO, 2011):

a) antecipatória, voltada para possíveis tendências que delineiam cenários futuros;

b) qualitativa, pois se apresenta como “pistas” e não como dados categóricos;

c) ambígua, já que não há clareza de seu impacto sobre o objeto de estudo, mas, tão somente, tendência de impacto;

d) fragmentada, pois se constitui de partículas de informação e não de conteúdo informacional completo e objetivo;

e) multimodal, visto que se apresenta em vários formatos e originada em diversas fontes.

No caso do processo legislativo, os sinais fracos indicariam possibilidade de mudanças nos regulamentos/regimentos que conduzem e efetivam o processo, mostrando a necessidade de adaptação e adequação ao bom fluxo da produção de leis. As questões que se formulam são: Como identificar sinais fracos que impactam o processo legislativo? Como consubstanciar informação dispersa em elementos significativos para mudança do processo legislativo? Quais os temas principais que influenciam o processo legislativo e que são passíveis de monitoração?

5.4. Atores e fatores sistêmicos envolvidos com o processo legislativo

Na busca de pontos que possibilitem ações de inteligência e AO no processo legislativo de três Casas Legislativas, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Câmara Legislativa do Distrito Federal, necessário se faz identificar os principais atores envolvidos com a questão.

Assim, toma-se por referência o Modelo de Gestão do Conhecimento Estratégico (MIRANDA, 2004), avaliando-se os principais atores envolvidos com o processo legislativo, quais sejam:

a) decisores: responsáveis pela determinação das mudanças regimentais/regulamentares do processo legislativo;

b) estrategistas: técnicos de alto nível que embasam a discussão dos possíveis pontos que mereçam alteração/adequação;

c) sociedade: população em geral que atua como fiscal e motivador de alterações no processo legislativo.

Ressalta-se que interessa a este estudo, particularmente, o trabalho dos estrategistas, assim entendidos, analistas, técnicos, consultores, assessores e outras carreiras do Legislativo que se incumbem do processo de identificação, coleta e análise de sinais fracos e sua consolidação em propostas de alteração/adequação da norma que rege o processo legislativo.

Por outro lado, é importante que os atores considerados anteriormente sejam classificados quanto a seu nível de *expertise*, ou seja, distribuídos em novatos (menos de 10 anos de trato com o processo legislativo) e experientes (mais de 10 anos), uma vez que suas necessidades de informação e de conhecimento são diferenciadas (MIRANDA, 2006). A tendência é a de que os experientes tendem a usar mais conhecimento (tácito e explícito) que informação, enquanto novatos baseiam-se na informação para a formulação de seu entendimento sobre tema em estudo.

Quanto aos fatores sistêmicos, há que se verificar se a cognição, a individualidade, a cultura organizacional e o contexto tendem a ser os mais influentes na identificação de sinais fracos e na definição de ações de modificação do processo legislativo. Os fatores *modelo gerencial e tecnologia* tendem a não influenciar diretamente a alteração do processo, cabendo consulta a especialistas.

Em face dessa visão surgem as questões: quais as fontes de informação e que atores estão a elas vinculados? Quais as situações já vividas sob o ponto de vista estrategista/decisor na identificação de sinais fracos afetos ao processo legislativo?

5.5. Tratamento de sinais fracos e o processo legislativo

Basicamente, o processo de tratamento de sinais fracos envolve as seguintes fases (FONSECA, BARRETO, 2011):

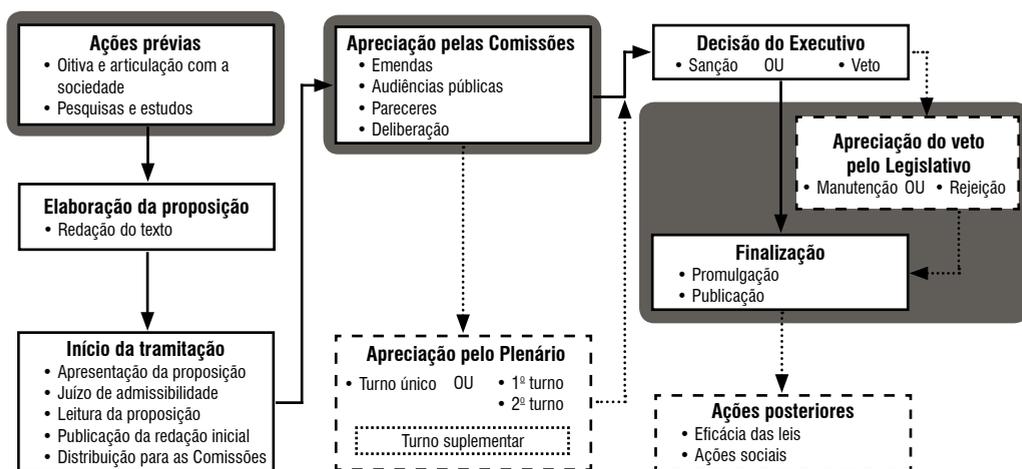
- I. Percepção de um estímulo;
- II. Identificação do sinal e sua fonte;
- III. Definição da relevância do sinal antecipativo observado;
- IV. Interpretação com a intenção de criar sentido; e
- V. Aprendizado ou incorporação da nova informação na representação existente” (FONSECA, BARRETO, 2011, p. 39-40).

O que se busca, em um primeiro momento, é avaliarem-se os pontos do processo legislativo em que sinais fracos podem ser identificados e captados e verificar-se a forma como serão trabalhados e tratados. Sinais fracos são considerados aqui fragmentos de informação que indicam possíveis alterações no processo legislativo. Na fase de ações prévias, observa-se que a influência de agentes do ambiente externo ao contexto

legislativo pode gerar alterações no processo de condução das discussões sobre uma dada matéria. O mesmo ocorre na etapa de apreciação pelas comissões, em que as audiências públicas abrem espaço para a inserção de elementos do ambiente externo no processo legislativo. Ainda se observa a possibilidade de alterações no processo, quando da apreciação do veto pelo Legislativo (caso ocorra), uma vez que a visão

do Poder Executivo, que não participou da discussão e da elaboração da Lei, pode influir na redação final. Ressalta-se que as fases aqui assinaladas são indicativas da possibilidade de identificação de sinais fracos, não havendo qualquer garantia de ocorrência de forma objetiva e constante. A Figura 7 indica os pontos possíveis de observação e captura de sinais fracos, na visão da IEA.

Figura 7: Pontos possíveis de identificação e captação de sinais fracos



Fonte: Elaboração própria

6. Caracterização da pesquisa e metodologia de trabalho

Por sua natureza, a pesquisa se caracteriza como aplicada, voltada para a translação de saberes sobre inteligência organizacional e competitiva e AO ao processo legislativo. A abordagem qualitativa volta-se para a descrição do processo legislativo sob a ótica das teorias da Ciência da Informação e da Ciência da Administração. Quanto aos meios de investigação, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental em primeiro momento, acompanhada

de pesquisa de campo com o suporte da técnica de questionário (GIL, 1999).

O método adotado envolveu as seguintes etapas:

a) Identificação e contato com especialistas em Processo Legislativo.

Para validação do estudo optou-se por utilizar o painel de Delfos (TARAPANOFF, 1995), técnica que permite a consulta e validação de tema por especialistas escolhidos segundo critério de competência, afinidade, domínio e experiência no trato com a questão central, no caso, o processo legislativo.

b) Elaboração de roteiro estruturado de questões, contemplando as principais inquietações levantadas nos objetivos da pesquisa.

Para facilitar a tabulação dos dados e agilizar o processo de envio e recebimento dos posicionamentos dos especialistas, optou-se por se desenvolver um questionário eletrônico, garantindo-se o anonimato e a não interação entre os membros do painel (apenas pesquisadores tiveram acesso às respostas), utilizando-se o *Google Drive*®. Para que os respondentes tivessem acesso ao formulário, foi enviado o *link* por *e-mail*, anexando-se versão do texto (com o referencial teórico e inferências dos autores já elaboradas – do item 1 a 5 deste artigo). As questões contempladas no formulário foram assim distribuídas e agrupadas de acordo com os temas basilares do estudo:

Sobre processo legislativo:

I. Considera válido o diagrama de processo legislativo apresentado (Figuras 1 e 2 do artigo)? Se não, o que alteraria?

Sobre a AO:

II. Baseado no conceito de AO no Legislativo – qual seja, capacidade de a Casa Legislativa adotar ações modificativas no processo de elaboração de leis, em um primeiro momento, e consubstanciá-las em norma regimental como regra, em uma segunda fase; considera que há AO no processo legislativo?

III. Onde considera que haja AO de ciclo simples e AO de ciclo duplo (Figura 5 do artigo)? Justifique?

IV. Há AO nas etapas indicadas no diagrama (Figura 6 do artigo)? Justifique.

Sobre a IEA:

V. Baseado no conceito de IEA no Legislativo – qual seja, capacidade de a Casa Legislativa identificar, coletar e utilizar informações ou fragmentos de informação que levem à alteração em seu processo legislativo; considera que há IEA no processo legislativo?

VI. Há IEA nas etapas indicadas no diagrama (Figura 7 do artigo)? Justifique.

VII. Há IEA nas etapas indicadas no diagrama (Figura 7 do artigo)? Ou em alguma outra etapa? Justifique.

VIII. Como se sistematiza o processo de coleta de informações para alteração do processo legislativo?

c) Realização de Pré-teste.

O pré-teste foi realizado com um professor Doutor em Ciência Política, com amplo domínio e atuação na área legislativa da Câmara dos Deputados que assinalou pontos de reflexão e de alteração na versão original do texto, podendo-se exemplificar: apresentação dos conceitos de estudo (item 2 deste artigo) e adequação de fases do processo legislativo (Figuras 1 e 2).

d) Realização da primeira rodada de pesquisa com especialistas das Casas Legislativas.

Foram escolhidos quinze especialistas, distribuídos igualmente entre as Casas Legislativas em estudo. A primeira rodada do painel foi realizada entre os dias 28/8/2013 e 23/9/2013. Do total de envios, foram obtidas onze respostas válidas, as quais foram analisadas e consideradas para o estudo. Tendo em vista que houve convergência significativa de opiniões na primeira rodada (acima de 50%), não foram realizadas outras interações.

e) Tratamento e análise dos dados coletados.

A fase de tratamento de dados envolveu a avaliação da planilha gerada pelo próprio *Google Drive*®, sendo que cada questão foi analisada individualmente, considerando as opiniões e sugestões dos especialistas. Ressalta-se que, aliadas às respostas no formulário, alguns especialistas contataram pessoalmente os pesquisadores para complementação de informações e esclarecimentos, sendo que foi mantido o anonimato e a não interação com os demais participantes. Outros especialistas ainda enviaram suas sugestões de ajustes no texto do

artigo, proporcionando informação adicional à avaliação previamente realizada.

f) Finalização do estudo.

7. Validação de pressupostos e discussão

Este artigo observa o processo legislativo de perspectiva inovadora. Por essa razão, optou-se por submeter o texto construído a especialistas em processo legislativo e em aprendizagem e inteligência organizacional, numa tentativa de sanar pontos obscuros e de validar o seu conteúdo.

7.1. Processo legislativo – organização e fases

Em relação à validade das Figuras 1 e 2 do artigo, que ilustram o paralelo entre o olhar dos pesquisadores com a classificação delineada por Moraes (2010) sobre as fases do processo legislativo, os avaliadores foram unânimes em afirmar que as figuras eram válidas, porém, necessitavam de aperfeiçoamento. Apontaram incongruências entre as Figuras 1 e 2 e sugeriram correções e melhorias, as quais foram acatadas e estão contempladas na versão final deste artigo.

Além disso, percebeu-se incômodo por parte dos especialistas quanto ao fato de os diagramas serem genéricos e não contemplarem as especificidades de cada Casa, tais como o bicameralismo, no âmbito federal, e características particulares dos processos legislativos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Um respondente questionou o pertencimento das fases de ações prévias, elaboração da proposição e ações posteriores ao processo legislativo em si. Outro avaliador, em contrapartida, opinou que uma das grandes contribuições deste artigo é a ampliação do olhar desde os

eventos motivadores do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico até o seu reflexo na sociedade como um todo.

Um especialista argumentou que “promulgação e publicação são atos de mero expediente (importantes, mas não constitutivos da lei)”, de modo que não seria necessário contemplá-los nas figuras. Avaliamos, no entanto, que a inexistência desses atos impede a incorporação do novo dispositivo ao conjunto de normas vigentes, o que os torna relevantes para o objeto do estudo.

Para finalizar, o especialista lembra que a atuação do Poder Legislativo desmembra-se em três dimensões: a legislativa, a fiscalizatória e a representativa, e que as interfaces entre elas deveriam ser abordadas neste estudo. Contudo, acreditamos que a ampliação do escopo dessa pesquisa tornaria o seu objeto excessivamente complexo, razão pela qual centramos nossa avaliação sobre a função legiferante do Poder Legislativo.

Os especialistas concordam que o processo legislativo genérico pode ser dividido em fases, levando-se em consideração que alguns dos seus passos constitutivos, eventualmente, podem ser suprimidos, de acordo com a Casa Legislativa e com os dispositivos regimentais e constitucionais norteadores.

7.2. Aprendizagem Organizacional no processo legislativo – ciclos e fases

Nove especialistas responderam às questões sobre AO. Um discordou da existência de AO, por refutar o pressuposto de que o processo legislativo possa ser visto como uma organização em si. Os demais ratificaram o pressuposto e confirmaram a presença de aprendizagem de ciclo simples no processo legislativo, qualificando-a como assistemática, informal, circunstancial; resultante de oportunidades políticas,

confronto no processo deliberativo, vontade da maioria ou acordo de líderes. Apenas um respondente admitiu aprendizagem de ciclo duplo no processo legislativo.

Houve unanimidade quanto à ocorrência de AO no processo legislativo nas fases de apreciação pelas comissões e de apreciação pelo Plenário. Dois respondentes não admitiram a ocorrência de aprendizagem na etapa de elaboração da proposição. Dois reconheceram a presença de aprendizagem nas fases relativas a ações prévias e dois em ações posteriores, o que não fora previsto pelos autores. Houve significativa divergência quanto à ocorrência de aprendizagem na apreciação do veto pelo Legislativo e na finalização-publicação: quatro participantes refutaram essa possibilidade.

Tudo considerado, pode-se concluir da visão dos especialistas que a aprendizagem no processo legislativo ocorre apenas em ciclo simples e de forma não estruturada. Os diagramas do processo legislativo foram reelaborados a partir das respostas e sugestões dos participantes do painel de Delfos.

7.3. Inteligência Estratégica Antecipativa (IEA) no processo legislativo

Os resultados da avaliação de oito especialistas que participaram do painel de Delfos indicaram, de forma geral, que há possibilidade de haver indícios de IEA no processo legislativo. A existência de IEA é vista como uma atividade *ad hoc*, periférica, não estruturada, não sistemática e potencial. Interessante notar que um dos respondentes apontou o conhecimento dos especialistas como elemento fundamental na identificação de possíveis alterações regimentais. Tal observação vai ao encontro da forma de desenvolvimento de IEA, considerando que a significação, no contexto de sinais fracos, necessita, fundamentalmente, do conhecimento experienciado por profissionais envolvidos na identificação e captura dos fragmentos de informação que geram sentido quando agrupados.

Outro elemento apontado no painel foi a interferência da variável *poder político* na condução de eventuais alterações regimentais. Nesse caso, aspecto interessante a ser estudado e incluído na identificação de sinais fracos é a relação entre o viés político e a ênfase a alguns pontos que podem ser passíveis de alteração regimental: o agente condutor da busca de sinais fracos tende a direcionar e determinar os sinais que interessam a seus propósitos e não necessariamente à melhor prática no processo legislativo. Importante considerar ainda que a “disputa acirrada de espaços de poder entre as organizações que fazem parte das casas legislativas, impedindo ou boicotando qualquer alerta de sinal fraco informado por outra organização” (depoimento do Especialista Y),

alimenta a problematização sobre a forma de visualização e assimilação dos sinais fracos.

As etapas sugeridas para ocorrência de sinais fracos, indicadas na Figura 7, foram validadas pelos especialistas, cabendo aprofundamento quanto aos efetivos sinais observáveis em cada fase.

8. Considerações finais

Considerando o aspecto incipiente da apropriação de conceitos da Administração e da Ciência da Informação (AO e inteligência antecipativa) ao contexto do Legislativo, o estudo não contempla outros fatores intervenientes no processo de aprendizagem e inteligência, mais relacionados com o que se poderia denominar conhecimento legislativo, objeto de outra pesquisa com foco diferenciado e voltado especificamente para a Gestão do Conhecimento. Exemplifica-se tal limitação com os termos utilizados por um dos especialistas ao afirmar que:

“[...] na prática, muitas normas regimentais são aplicadas com interpretações diferenciadas, dependendo do momento político e do Presidente da Casa Legislativa (decisões em questões de ordem). Além disso, os trabalhos são altamente centralizados nas mãos dos Presidentes das Casas Legislativas, dos Líderes Partidários e Presidentes de Comissões. Por fim, a CD adota um procedimento relacionado ao Plenário, de votação da redação final ‘presumida’, ou seja, sem ainda estar pronta, que na prática faz com que todos votem uma matéria e ao final não saibam o que realmente foi aprovado em Plenário. Conclusão: o cenário político precede as regras do processo legislativo. A CD segue a linha da teoria francesa de que as regras regimentais servem para orientar os trabalhos legislativos, mas que podem ser superadas se houver unanimidade no Plenário (Especialista X)”.

Esta pesquisa faz parte de tendência crescente de se pensar o Poder Legislativo, de procurar compreendê-lo e estudá-lo a partir de metodologia científica com características extremamente peculiares. A compreensão das especificidades do Legislativo é igualmente importante para a sociedade, para os profissionais que integram seus quadros e para os parlamentares que o compõem, pois o saber é o alicerce das transformações conscientes. A despeito da extensa literatura disponível concernente ao processo legislativo, há ainda vasto campo a investigar no Legislativo, extrapolando a Ciência Política e as Ciências Jurídicas. Aprofundar a compreensão do seu funcionamento, dos seus processos e da sua evolução, conjugando olhares transdisciplinares, agrega valor e possibilita maior sinergia no aproveitamento dos recursos humanos e organizacionais e maior efetividade nos resultados alcançados pela atuação das Casas Legislativas.

Sobre os autores

Roberto Campos da Rocha Miranda é doutor em Ciência da Informação; analista legislativo – Recursos Humanos/Câmara dos Deputados.
E-mail: roberto.rocha@camara.leg.br

Cristina Jacobson Jácomo Cinnanti é mestre em Psicologia Clínica e Cultura; técnica legislativa – chefe do Setor de Tramitação, Ata e Súmula / Câmara Legislativa.
E-mail: cristina.cinnanti@cl.df.gov.br

Luiz Eduardo da Silva Tostes é bacharel em Administração; analista legislativo – diretor da Consultoria do Prodasen – Senado Federal.
E-mail: luiztostes@senado.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

LEGISLATIVE PROCESS COMPARED: SOURCE OF INTELLIGENCE AND ORGANIZATIONAL LEARNING

ABSTRACT: This paper aims to evaluate, in three Parliaments – Senate, House of Representatives and Legislative Chamber of the Federal District – marks indicating possibility of action on the intelligence and organizational learning of these institutions. Based on the comparative study of the legislative process of the three legislative bodies, we apply the theories related to anticipative and strategic intelligence and organizational learning as tools for evaluating possible processes that enable the identification of sources of information and knowledge. It is appropriate to carry out the work due to the growing interest of the Parliaments to adopt a professional attitude in relation to society, using adapted management technologies from business area. The methodology is based on applied qualitative method, on bibliographical, documentary research and field survey. The Delphi panel held with experts validated the generic structure of the legislative process, the presence of simple cycle of learning in this process and the possibility of evidence of strategic intelligence unsystematic way in the legislative context.

KEYWORDS: LEGISLATIVE PROCESS, ORGANIZATIONAL LEARNING, ANTICIPATIVE AND STRATEGIC INTELLIGENCE, PARLIAMENT, LEGISLATIVE BRANCH.

Referências

AGUILAR, F. J. *Scanning the business environment*. New York: Macmillan, 1967.

ALMEIDA, F. C.; ONUSIC, L. M.; LESCA, H. Criação de sentido e criatividade no monitoramento estratégico do ambiente. *R.Adm.*, São Paulo, v. 42, n. 4, p.405-413, out./dez. 2007.

ANSOFF, H. I. Managing strategic surprise by response to weak signals. *California Management Review*, v. 18, n. 2, p. 21-33, 1975.

ARGYRIS, C.; SCHÖN, D. *Organizational learning: a theory of action perspective*. EUA: Addison-Wesley, 1978.

³Sem revisão do editor.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento interno*: resolução n.17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 1989.

_____. Câmara dos Deputados. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1998.

_____. Senado Federal. Consultoria Legislativa. *Manual de redação parlamentar e legislativa*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2006.

_____. *Manual de elaboração legislativa: modelos e informações*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos, 2006b.

_____. Congresso Nacional. *Regimento comum*: resolução n. 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010), e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011a.

_____. Congresso. Senado Federal. *Regimento Interno*: resolução nº 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução n. 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2010. Brasília: Senado, 2011b.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 34. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011c.

CAVALIERI FILHO, S. *Você conhece sociologia jurídica?*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, R. *Sociologia das organizações*. São Paulo: Atlas, 2008.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Câmara Legislativa. Lei complementar n. 13, de 1996. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, 1996.

_____. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Resolução n. 218, de 2005. Consolida o texto do Regimento Interno da Câmara Legislativa do Distrito Federal, instituído pela Resolução n. 167, de 16 de novembro de 2000. *Diário da Câmara Legislativa*, Brasília, 22 jul. 2005.

_____. Câmara Legislativa. Assessoria Legislativa. *Elaboração de textos legislativos*. 3. ed. Brasília: CLDF, 2007.

_____. Câmara Legislativa. *Lei orgânica do Distrito Federal*. 5. ed. Brasília: CLDF, 2011.

COIMBRA, J. G. *O princípio do contraditório no processo legislativo*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4074>. Acesso em: 6 abr. 2015.

FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, F.; BARRETO, L. F. B. P. Processo decisório e o tratamento de sinais fracos. *Future Studies Research Journal*, São Paulo, v. 3, n. 2. p. 34-58. jul./dez. 2011.

FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

GIDDENS, A. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, E; BRAGA, F. *Inteligência competitiva: como transformar informação em um negócio lucrativo*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

JANISSEK-MUNIZ, R.; LESCA, H.; FREITAS, H. Inteligência estratégica antecipativa e coletiva para tomada de decisão. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE GESTÃO DA TECNOLOGIA E SISTEMAS DE INFORMAÇÃO (CONTECSI), 3, 2006. São Paulo. *Resumos...* São Paulo: FEA/USP, 2006. p. 242. 1 CD-ROM.

KALKAN, V. D. Organizational intelligence: antecedents and consequences. *Journal of Business & Economics Research*, v. 3, n. 10, p. 43-54, oct. 2005.

- KOFMAN, F. *Metamanagement*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- MIRANDA, R. C. R. *Gestão do conhecimento estratégico: proposta de modelo integrado*. Tese. (Doutorado em Ciência da Informação) – Departamento de Ciência da Informação, Universidade de Brasília, 2004. 268 p.
- MIRANDA, R. C. R. Important competences of strategists and decision makers in the strategic knowledge management model. In: HAWAMDEH, Suliman. (Org.). *Creating Collaborative Advantage Through Knowledge and Innovation*. Singapore: World Scientific Printers, 2006. v. 5. p. 205-220.
- MIRANDA, R. C. R. (Org.). *Informação e conhecimento no Legislativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 178 p. (*Série Relatos de Pesquisa; n. 2*).
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORESI, E. A. D. *Monitoração ambiental e complexidade*. Tese (Doutorado em Ciência da Informação e Documentação) – Faculdade de Ciência da Informação, Universidade de Brasília, 2001.
- MORGAN, G. *Imagens da organização*. São Paulo: Atlas, 2007.
- NONAKA, I.; TAKEUCHI, H. *The Knowledge-Creating Company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*. Oxford University Press, 1995.
- PACHECO, A. P. et al. *O ciclo PDCA na gestão do conhecimento: uma abordagem sistêmica*. [Santa Catarina: s.l., 2009.]. Disponível em: <<http://www.issbrasil.usp.br/issbrasil/pdfs2/ana.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2012.
- PEREIRA, L. C. B. A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, v. 45, p. 49-95, 1998.
- PORTER, M.E. *Vantagem competitiva: criando e sustentando um desempenho superior*. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
- ROHRBECK, R.; BADE, M. Environmental Scanning, Futures Research, Strategic Foresight and Organizational Future Orientation: A Review, Integration, and Future Research Directions. In: XXIII ISPIM Annual Conference. *Proceedings...*, Barcelona, Spain, 2012. p. 14-27.
- SCHOEMAKER, P. J. H.; DAY, G. S. How to make sense of weak signals. *MIT Sloan Management Review* (Spring), 2009. p. 81-89.
- SILVA, J. A. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SILVEIRA, H. Swot. In: TARAPANOFF, K. (Org.). *Inteligência organizacional e competitiva*. Brasília: Editora UnB, 2001. p. 209-226.
- TARAPANOFF, K. *Técnicas para tomada de decisão nos sistemas de informação*. Brasília: Thesaurus, 1995.
- _____. (Org.). *Inteligência organizacional e competitiva*. Brasília: Editora UnB, 2001.
- TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Joint ventures contratuais

ANA FRAZÃO

Resumo: O artigo trata das *joint ventures* contratuais, instrumentos que possibilitam uma associação entre empresas sem a criação de uma pessoa jurídica ou o estabelecimento de vínculos societários. Diante da constatação de que tais contratos desafiam a clássica dicotomia entre a hierarquia inerente à empresa e a coordenação e a flexibilidade que são próprias das relações de mercado, o artigo busca determinar os reais impactos das *joint ventures* contratuais sobre a atividade econômica e as suas principais consequências em relação aos contratantes e aos terceiros, tanto no plano negocial, como também em outras áreas.

Palavras-chave: *Joint ventures* contratuais. Categorização fronteiriça. Repercussões contratuais e econômicas.

1. Introdução

O professor Engrácia Antunes (2002, p. 31-46) inicia uma de suas mais importantes obras dividindo a história do direito comercial em três períodos, de acordo com o protagonismo dos agentes econômicos que marcaram cada um deles: (i) o direito dos comerciantes individuais, que prevaleceu durante séculos; (ii) o direito das sociedades comerciais ou empresas societárias, que corresponde ao século XIX; e (iii) o direito dos grupos societários ou empresas plurissocietárias, que se inicia a partir do século XX.

Partindo da premissa de que o direito precisa acompanhar a multiformidade e a evolução constante do fenômeno empresarial, o autor (idem, p. 46) propõe que a divisão tripartite por ele descrita – empresa individual/empresa societária/empresa plurissocietária – encontre a sua “cara-metade” na regulação jurídica – direito dos comerciantes/direito das sociedades comerciais/direito dos grupos de sociedades –, pleiteando o maior desenvolvimento deste último.

Recebido em 17/11/14
Aprovado em 6/3/15

Todavia, indaga-se em que medida a proposta de Engrácia Antunes já não se encontra desatualizada diante das recentes formas de organização empresarial, de modo que nem mesmo a construção de um adequado e eficiente direito dos grupos de sociedades seria capaz de abarcar a atual complexidade da atividade empresarial.

Com efeito, além do fenômeno da fragmentação do controle¹, os agentes econômicos cada vez mais vêm adotando estratégias de organização da atividade empresarial que não dependem nem da pessoa jurídica nem da estruturação de um grupo societário. Uma dessas alternativas, cuja importância no cenário empresarial nacional e internacional vem aumentando progressivamente, é a *joint venture* contratual, termo oriundo do direito norte-americano para identificar a associação entre duas ou mais empresas² que, embora mantenham sua independência e autonomia e não constituam propriamente um grupo societário, unem-se para o exercício de uma empresa comum.

A peculiaridade da *joint venture* contratual é precisamente o fato de não depender da criação de uma pessoa jurídica, tal como ocorre nas chamadas *joint ventures* societárias (*incorporated joint ventures*). Da mesma forma, a associação não se dá por vínculos societários, como ocorre nos grupos, mas tão somente por vínculos contratuais.

Daí por que a *joint venture* contratual ou *unincorporated joint venture*, assim como outros meios de organização semelhantes, desafiam o trinômio já apontado pelo professor Engrácia Antunes, apresentando-se como alternativa inovadora e distinta tanto da sociedade empresária personalizada como dos grupos societários. Por outro lado, a *joint venture* contratual também desafia a clássica dicotomia entre empresa e mercado, apresentando-se como estrutura intermediária entre a hierarquia inerente à empresa e a coordenação e a flexibilidade que são próprias das relações de mercado.

Por essas razões, tais contratos têm sido objeto de progressivo interesse e preocupações, seja para o fim de se entender seus reais efeitos sobre a atividade econômica, seja para o fim de se identificar as suas consequências jurídicas em relação aos contratantes e aos terceiros, tanto no plano negocial, como também em outras searas. Tais problemas potencializam-se diante da inexistência de legislação específica ou de

¹ São exemplos desse fenômeno o *interlocking* e as participações societárias minoritárias que asseguram contatos estratégicos entre as sociedades e acesso a informações concorrentemente sensíveis, dentre outros.

² Adota-se a expressão “associação de empresas” e não “associação de sociedades empresárias” exatamente para ressaltar a união de dois fenômenos econômicos que não necessariamente estarão confinados às personalidades jurídicas dos seus protagonistas.

doutrina ou jurisprudência consistentes sobre a matéria³.

É diante do cenário de preocupações descrito que se insere o presente artigo, cuja proposta é tentar compreender as características essenciais de tais contratos, suas principais repercussões sobre a ordem econômica e a organização da atividade empresarial, bem como suscitar algumas discussões sobre aspectos funcionais de tais arranjos e seus desdobramentos sobre a responsabilidade dos contratantes.

2. Crescente importância de formas alternativas entre a empresa e o mercado

2.1. Contexto econômico que propicia o fomento das *joint ventures*

Na atualidade, não se discute a crescente utilização e importância das *joint ventures* e outros tipos de alianças entre empresas que não correspondem propriamente às formas societárias e aos grupos. Por meio de tais contratos, podem as empresas obter diversas sinergias, racionalizações de atividades, redução de riscos, economias de escala, obtenção de recursos tecnológicos ou financeiros, dentre outros objetivos.

No que diz respeito à internacionalização dos negócios, as *joint ventures* são hoje con-

sideradas o principal instrumento para tal propósito, possibilitando alianças entre agentes internacionais e domésticos, que asseguram aos primeiros a facilidade de penetração em novos mercados e aos segundos o acesso ao investimento e à tecnologia estrangeira⁴. Por essa razão, Valerie Pironon (2004, p. 3) demonstra que, na ordem internacional, a importância das *joint ventures* aumenta consideravelmente, na medida em que possibilitam a transferência de tecnologia e investimentos, conferindo aos agentes estrangeiros uma verdadeira “legitimação” nacional.

Não obstante essas considerações iniciais, a perfeita compreensão da função econômica das *joint ventures* só é possível quando se constata que as opções tradicionais de produzir bens e serviços dentro da própria organização empresarial ou adquiri-los no mercado (*make or buy*) nem sempre levará a arranjos organizacionais adequados⁵.

Daí por que as *joint ventures* e diversos contratos de cooperação e alianças entre empresas situam-se em zona intermediária entre esses dois extremos, procurando combinar aspectos favoráveis da estabilidade empresarial e da flexibilidade do mercado. Assim, opta-se por uma terceira alternativa entre produzir ou comprar (*make or buy*), rompendo com a dicotomia proposta por Ronald Coase entre a empresa e o mercado.

Como se sabe, Ronald Coase (1988, p. 33-55) notabilizou-se por ter oferecido uma explicação consistente sobre o que distinguiria

³ Vale ressaltar a precisa lição de Paula Forgioni (2011, p. 154) sobre os contratos que, por se situarem em zona intermediária entre a empresa e o mercado, são por ela denominados de “híbridos”: “O entendimento desses dois polos [referindo-se às sociedades comerciais e aos contratos de intercâmbio] é também importante para que se tenha a real dimensão dos problemas dos contratos ‘de entremeio’ e que derivam, principalmente, da ausência de respostas jurídicas a vários impasses que surgem durante a sua execução. Se, no que toca ao intercâmbio e às sociedades, essas soluções foram sendo construídas com o passar do tempo e hoje são conhecidas dos juristas, o mesmo não ocorreu com os ‘híbridos’ – até porque a disseminação de seu uso é fenômeno recente.”

⁴ A importância das *joint ventures* para os negócios internacionais é ressaltada pela doutrina de forma praticamente unânime. Podem ser citados, apenas como exemplos, Engrácia Antunes (2011), Valerie Pironon (2004) e Andrea Astolfi (1986).

⁵ Vale ressaltar que, como destacam Buckley e Michie (1999, p. 2), a decisão *make or buy* é fundamental para o planejamento empresarial, já que é a composição abrangente de tais decisões que determina o próprio escopo da empresa.

a empresa do mercado. Para o referido autor, ao contrário das relações de mercado, caracterizadas pelo aspecto de coordenação, a empresa (*the firm*) caracteriza-se pela hierarquia ou pelo que chama de relação entre mestre/servo (*master/servant*) ou empregador/empregado (*employer/employee*). A opção por uma ou outra decorreria dos menores custos de transação envolvidos em cada uma delas⁶.

A hierarquia a que se refere Coase é, na verdade, o que chamamos de controle ou direção empresarial⁷. Daí por que a sua teoria nos oferece bases para compreender inclusive a realidade dos grupos societários, que podem ser considerados uma só empresa – a empresa plurissocietária – desde que sujeitos a apenas um poder de controle ou direção.

Todavia, a tese de Coase acaba por menosprezar as gradações e combinações entre as opções extremas envolvidas no *make or buy*, partindo da premissa de que a decisão dos agentes econômicos é necessariamente polarizada entre as duas opções.

Ocorre que, como adverte Richardson (1999, p. 59-74), os dois polos da equação de Coase – a coordenação dirigida inerente à empresa e a coordenação espontânea inerente ao mercado – não são propriamente opostos, mas pontos extremos de um movimento contínuo que vai do mercado puro (*pure market*) para

a empresa pura (*pure firm*), havendo vários estados intermediários entre os dois: empresas como mercados (*firm-like markets*) ou mercados como empresas (*market-like firms*). Basta lembrar que a cooperação do mercado caminha facilmente para a direção quando um contratante é predominante e o outro se encontra em posição de dependência econômica.

Tais observações, que já eram importantes na época em que Coase formulou a sua teoria, ganham relevo ainda maior na atualidade, em que se observa, por diversos fatores, a progressiva consolidação do fenômeno que os economistas denominam de interpenetração entre a empresa e o mercado⁸ ou quase-integração vertical⁹.

Para alguns, como é o caso de Ronald Dore (1999, p. 361-365), a realidade atual é marcada pela fragmentação ou desagregação da empresa, ou seja, pela substituição de um sistema de produção coordenado dentro de uma empresa verticalmente integrada por um sistema de produção coordenado entre um largo número de empresas que precisam encontrar arranjos contratuais que assegurem a estabilidade de suas relações.

Os estudos de Miles e Snow (1999, p. 429) também mostram que há evidências da emergência de uma nova forma de organização industrial em resposta ao ambiente competitivo dos anos 80 e à crescente influência da *internet* e das tecnologias de informação: a rede dinâmica (*dynamic network*), cujas formas organizacionais surgem de combinações únicas de estratégia, estrutura e processos gerenciais em face de condições competitivas cada vez mais complexas e mutáveis, que levam, dentre

⁶Tal dicotomia é muitas vezes descrita como as soluções autodisciplinadas (empresa) e as heterodisciplinadas (mercado). Como esclarece Fernando Araújo (2007, p. 67), partindo-se da “intuição coaseana”, “o contínuo que leva das soluções autodisciplinadas às soluções heterodisciplinadas depende (na razão inversa) dos custos de transação, determinando o nível desses custos a maior ou menor estabilidade e duração dos contratos [...]”.

⁷Coase (1988, p. 54-55) utiliza os termos controle e direção como sinônimos, mas deixa claro que a hierarquia que se encontra na empresa (*firm*) é aquela que decorre do direito que o *master* tem de controlar e interferir sobre o trabalho do empregado (*the right to control the servant's work*). Esse mesmo fenômeno pode ser visto como direção (*direction*).

⁸A expressão é utilizada por Imai e Itami (1999, p. 293-317).

⁹A expressão é utilizada por Blois (1999, p. 320-338).

outras consequências, à desagregação vertical e à troca de mecanismos administrativos internos por substitutos de mercado.

Em sentido semelhante, Franco Amatori e Andrea Colli (2011, p. 317-318) concluem que, em razão das novas tecnologias, vem se verificando o esgotamento (*hollowing-out*) da grande empresa e a importância cada vez maior da desverticalização, da terceirização (*outsourcing*), das redes entre empresas (*networks*), bem como da precedência dos mecanismos de mercado sobre os movimentos de internalização e integração das grandes estruturas burocráticas.

A desagregação projeta-se igualmente sobre a figura do empresário, pois, ao lado daqueles que executam a atividade produtiva, entram em cena novos agentes, tais como os prospectores de negócios, responsáveis pelo desenho da atividade, e os analistas, que cumprem o papel de *marketing* e distribuição¹⁰. Tudo isso contribui para a desagregação empresarial em larga escala, bem como para a necessidade de se reempregar os recursos desconcentrados e se reformatar os papéis estratégicos de cada um dos agentes e instituições envolvidos na atividade empresarial (AMATORI; COLLI, 2011, p. 458).

Fundamental consequência da desintegração empresarial é precisamente o fenômeno da “explosão da contratualização dos processos produtivos”, muito bem explicado por Fernando Araújo (2007, p. 244-245):

“Na realidade, a expressão mais visível e rematada da ‘desintegração’, o ‘outsourcing’, tem uma cabal explicação na tradição coasena da ‘Economia dos Custos de Transação’, a qual de resto abarca também o reverso do fenômeno da ‘desintegração’, que é a da diluição das fronteiras e da demarcação vertical entre as empresas, dando origem a uma explosão de ‘contratualização’ dos processos produtivos que faz multiplicar as alianças externas e novas formas de governo contratual – e faz recobrar ao contrato uma posição que vimos ser-lhe atribuída pelo neoinstitucionalismo, num ponto intermédio entre a via do mercado e a via da integração empresarial. Não será necessário enfatizar muito o facto recente de o ‘outsourcing’ ter chegado a tais extremos que, por exemplo, já há inúmeros ‘fabricantes virtuais’ que encomendam tudo e nada produzem directamente, sendo aliás a ‘desintegração vertical’ especialmente nítida no comércio internacional, onde constitui uma das facetas mais controversas da ‘globalização’, ainda que seja particularmente difícil medir-se a amplitude do fenómeno”.

Diante de todo esse contexto, é fácil vislumbrar a importância de soluções contratuais intermediárias entre a empresa e o mercado que, como é o caso das *joint ventures*, já são vistas como uma terceira via de realização da atividade econômica, que conjuga a flexibilidade que o

¹⁰ Ver Amatori e Colli (2011, p. 436).

atual cenário econômico exige com padrões mínimos de estabilidade e menores custos de transação¹¹.

2.2. Contratos relacionais como “terceira via” entre a empresa e o mercado

Para se entender melhor a lógica econômica da “terceira via”, é imperiosa a referência à obra do célebre economista Oliver Williamson (1999, p. 168), que parte das seguintes premissas ao tratar dos contratos: (i) o oportunismo é um conceito central no estudo dos custos de transação; (ii) o oportunismo é especialmente importante em transações que envolvem investimentos em capital humano e físico; (iii) o eficiente processamento da informação é um conceito importante e relacionado aos dois aspectos anteriores; e (iv) a avaliação dos custos de transação é uma tarefa institucional comparativa.

A partir daí, Williamson (1999, p. 180-184) sustenta que o arcabouço jurídico dos contratos deve levar em consideração três distintas estruturas de governança:

(i) Governança de Mercado (*Market Governance*), associada à contratação clássica, reiterada ou eventual, ocorrida no mercado de acordo com os padrões usuais de coordenação e standardização;

(ii) Governança Trilateral (*Trilateral Governance*), associada à contratação neoclássica, cujo foco são transações ocasionais com múltiplos aspectos e idiosincrasias, o que faz com que a governança de mercado deixe de ser suficiente. Assim, as partes precisam se valer da intervenção de uma terceira parte (*third-party assistance*), como é o caso de especialistas ou árbitros, para resolver os problemas que se apresentem na execução do contrato;

(iii) Governança das Transações Específicas (*Transaction-specific Governance*), relacionada aos contratos relacionais, ou seja, contratos específicos de longa duração em que as partes, mais do que precisar todas as obrigações recíprocas, precisam estruturar sistema de governança que possibilite a continuidade e adaptabilidade de suas relações em face das modificações futuras. Para isso, tanto poderão optar por estruturas bilaterais, quando a autonomia entre as partes se mantém, ou por estruturas unificadas, caso em que a transação é removida do mercado para a firma, havendo verdadeira integração vertical.

Williamson (1999, p. 192) também reconhece que tais modelos de governança são respostas para aspectos fundamentais para a realização dos

¹¹ Dentre os autores que compreendem *joint ventures* e consórcios como uma terceira via entre a empresa e o mercado, podem ser citados Mariti e Smiley (1999, p. 276-292).

negócios – tais como a incerteza, a frequência da troca e o grau em que os investimentos podem ser considerados *transaction-specific* –, motivo pelo qual a eficiente organização da economia precisa combinar as estruturas de governança com esses atributos.

Não é sem razão que, ao abordar as importantes instituições econômicas, Williamson (1985, p. 15) coloca os contratos relacionais ao lado das empresas e do mercado. Como bem resume Fernando Araújo (2007, p. 394-398), a abordagem relacional enfatiza a complexidade do jogo de interesses e apresenta a solução contratual “como quadro procedimental, uma ‘estrutura de governo’ que permite encontrar soluções adequadas a problemas radicalmente novos”, tentando encontrar “o equilíbrio entre uma base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios, por um lado, e por outro a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências”. É por isso que uma característica desses contratos é a incompletude, a fim de possibilitar a adaptabilidade a modificações futuras.

Diante do quadro descrito, é fácil verificar que as *joint ventures* contratuais podem ser facilmente vistas, de acordo com a classificação de Williamson, como uma forma de “governança de transações específicas” ou como contratos relacionais de estrutura bilateral, na medida em que mantêm a autonomia dos contratantes.

A primeira finalidade das *joint ventures* é, portanto, como bem resumem Buckley e Casson (1999, p. 411-428), mitigar as piores consequências da falta de confiança entre as partes, criando o “espírito de cooperação”, já que a técnica envolve altos custos de transação a curto prazo, mas que são assumidos com a finalidade de resolver os custos de transação a longo prazo. Em sentido convergente, Pfeffer e Nowak (1999, p. 405-406) assinalam que as

joint ventures pretendem estabelecer parâmetros estáveis e previsíveis de interação entre os contratantes no seu ambiente, reduzindo a incerteza por meio da interdependência simbiótica e competitiva entre eles.

Essas funções, que são normalmente atribuídas aos contratos relacionais, são ainda mais relevantes diante da *internet* e da crescente importância da tecnologia na atividade empresarial, fenômenos que aumentam a necessidade de cooperação entre agentes empresariais por diferentes modos¹². Aliás, o mero fornecimento de tecnologia, pela via dos contratos usuais de licença, pode ser visto como uma forma de cooperação diferenciada entre os contratantes¹³.

Logo, é fácil perceber que, em face da crescente importância dos contratos relacionais, os limites da empresa estão cada vez mais difusos. Como alertam Milgrom e Roberts (1999, p. 472), duas firmas legalmente separadas podem estar mais firmemente integradas em seu planejamento e operações do que qualquer par de divisões de um conglomerado.

¹² Vale reproduzir a lição de Fernando Araújo (2007, p. 74-75): “Esta constatação, à primeira vista trivial, é fortemente empolada com a proliferação, na vida econômica, seja de ‘economias de escala externas’ que potenciam ganhos de proximidade e de partilha de recursos (favorecendo a formação de ‘clusters’), seja de ‘efeitos de rede’, efeitos de escala externos susceptíveis de multiplicarem, por cruzamento de externalidades positivas, os ganhos advindos da inserção dos agentes e dos serviços em redes o mais extensas e interconexas possível (favorecendo a ‘standardização’ e a ‘compatibilização’). [...] Especificamente na formação de ‘clusters’, a partilha de ‘know-how’ tecnológico ou de ‘marketing’ não pode dispensar, como é óbvio, uma base contratual – que estabeleça ‘joint ventures’, consórcios e outras formas de alianças, promotoras entre outras da gestão comum de direitos de propriedade intelectual e industrial, uma das possíveis formas ‘desintegradas’ e não-hierárquicas de governo de recursos partilhados”.

¹³ Para Richardson (1999, p. 71), quando uma firma concorda em fornecer tecnologia para a outra, está ofertando não apenas licenças, mas também contínua assistência técnica, desenhos, *designs* e ferramentas. Nesse estágio a relação entre as empresas torna-se claramente cooperativa. Sobre a importância de tais contratos para o compartilhamento de informações e tecnologia, ver Mariti e Smiley (1999, p. 276-292).

Consequentemente, é necessário dedicar maior atenção aos contratos relacionais – vistos como respostas a problemas de coordenação, risco, oportunismo, assimetria informativa e racionalidade limitada –, especialmente para lhes conferir uma adequada regulação jurídica.

3. Primeira tentativa de delimitação jurídica do tema: contratos associativos como modalidades de contratos relacionais ou híbridos

3.1. Contratos associativos como contratos de fim comum

O capítulo anterior procurou demonstrar o substrato econômico que evidencia a desagregação da empresa hierarquizada e a consequente importância de soluções contratuais intermediárias entre esta e o mercado. Todavia, é vasto o universo de alternativas que podem ser consideradas como uma “terceira via”, o que faz necessário tentar delimitar o papel econômico e jurídico das *joint ventures* com maior precisão.

Para tal propósito, a primeira dificuldade decorre da circunstância de que o termo *joint venture*, de origem norte-americana, apresenta grande ambiguidade, sendo muitas vezes associado genericamente a acordos de cooperação e parcerias, ou seja, à totalidade dos chamados contratos relacionais ou híbridos¹⁴, sem maiores preocupações com seus critérios distintivos¹⁵.

Vale ressaltar que se define o contrato híbrido como aquele que ocupa uma posição

intermediária entre a sociedade e o mercado, esclarecendo Paula Forgioni (2011, p. 183) que “o grau de autonomia das partes nas formas híbridas é mais acentuado do que nos modelos hierárquicos, porém inferior ao da solução de mercado”.

Logo, é fácil observar que o sentido da expressão “contratos híbridos” é muito próximo ou pelo menos convergente com o significado de “contratos relacionais”, nos quais as partes mantêm a sua autonomia – a estrutura bilateral a que se refere Willianson –, embora estabeleçam relacionamentos estáveis a partir de padrões diferenciados de cooperação¹⁶.

Assim como ocorre com os contratos relacionais, não é característica necessária dos contratos híbridos a de propiciar uma perfeita integração entre os contratantes. Como esclarece Paula Forgioni (2011, p. 173-174), nos contratos híbridos, não obstante o esforço conjugado de ambas as partes, estas mantêm sua autonomia patrimonial, atividades, áleas, lucros e prejuízos distintos, ainda que interdependentes, tal como ocorre no contrato de distribuição.

Por essa razão, tal explicação pode oferecer o gênero maior a que pertencem as *joint ventures*, mas não esclarece as peculiaridades destas diante dos demais contratos híbridos ou relacionais.

Na busca de critérios diferenciadores mais específicos, é necessário fazer menção à categoria dos contratos associativos, que, embora possam ser considerados espécies de contratos híbridos, têm como característica essencial a existência de um propósito comum entre os contratantes. É tal aspecto que distingue os contratos associativos não somente dos contratos híbridos em geral, mas também dos contratos tradicionais de troca, permuta ou intercâmbio.

¹⁴ A expressão “contratos híbridos” é utilizada por Paula Forgioni (2011), por exemplo, para retratar os contratos que ficam na zona intermediária entre os contratos de sociedade e os contratos de intercâmbio.

¹⁵ É a conclusão de Valerie Pironon (2004, p. 2-7). Em sentido semelhante, Carlos Maria Gambaro (2000, p. 62) bem observa que “a literatura juscomercialista atribui à expressão *joint venture* um significado amplo, englobando todas as formas de colaboração empresarial internacional”.

¹⁶ Tal associação é feita por Valerie Pironon (2004, p. 457), que inclusive define as *joint ventures* simultaneamente como contratos organizacionais e contratos relacionais.

Esta última dicotomia entre os contratos já era salientada por Jhering (2002, p. 94-95), ao mostrar que, diferentemente dos contratos de permuta, troca ou intercâmbio, que têm como pressuposto a satisfação de necessidades distintas e recíprocas dos contratantes, que se traduzem nas prestações mútuas, nos contratos de associação as necessidades das partes são idênticas, já que compartilham elas o mesmo objetivo.

Sob essa perspectiva, a sociedade é o contrato associativo por excelência, enquanto que os contratos de troca são aqueles normalmente estabelecidos no mercado, pautados por uma relação de coordenação entre as partes. Dessa forma, aos extremos de organização e coordenação oferecidos por Coase – empresa/mercado – corresponderiam os instrumentos jurídicos extremos dos contratos de sociedade/contratos de troca.

Nos contratos associativos destinados ao exercício de empresa comum, as partes, embora mantenham a autonomia jurídica e patrimonial, passam a exercer a atividade empresarial de forma compartilhada, assumindo conjuntamente a respectiva álea do negócio. A partir dessa definição, entende-se perfeitamente por que o contrato de sociedade é, por excelência, um contrato associativo, já que nele é clara a assunção comum do risco pelos sócios.

Assim, o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta. Nos contratos de simples troca, a cooperação é um dever lateral, já que as prestações das partes são naturalmente distintas e contrapostas. Nos contratos híbridos *lato sensu*, a cooperação é intensa e típica dos contratos relacionais, mas não chega necessariamente ao ponto de se traduzir em empresa comum com identidade de propósitos entre os contratantes.

Já nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum.

Daí por que os contratos associativos são realmente “contratos de fim comum” ou, como define Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 132), contratos caracterizados pelo movimento paralelo de pessoas e bens para a realização do mesmo objetivo ou resultado prático. Tem-se, portanto, uma cooperação ainda mais qualificada do que a encontrada nos contratos híbridos e relacionais, aspecto que certamente está presente nas *joint ventures*, como se mostrará a seguir.

3.2. Contratos associativos como contratos de organização

Além de serem contratos de comunhão de fim, os contratos associativos também apresentam a importante característica de requererem algum tipo de organização comum entre as partes.

Para entender esse aspecto organizacional, é preciso destacar que os contratos associativos são igualmente contratos plurilaterais, até porque a plurilateralidade é uma consequência do fato de não haver óbice a que determinada comunhão de fins seja compartilhada por várias partes.

Como se sabe, a teoria dos contratos plurilaterais foi difundida no Brasil por Tullio Ascarelli (2001, p. 394-397), que também parte da premissa de que tais contratos, caracterizados pela comunhão de comunhão de fim, são distintos dos contratos de permuta: enquanto estes visam a uma distribuição de bens, aqueles visam a disciplinar a utilização dos bens a que se referem. Daí por que, do ponto de vista da função econômica, os contratos plurilaterais são essencialmente contratos de organização, o que os diferenciaria essencialmente dos contratos de permuta (ASCARELLI, 2001, p. 424).

Nesse contexto, a sociedade é vista como o contrato plurilateral por excelência, já que apresenta grande nível de organização. Entretanto, o elemento organizativo, em qualquer que seja o grau, é inerente a todo tipo de contrato plurilateral ou associativo, sendo inclusive o pressuposto que assegura a viabilidade da execução do fim comum.

Não é sem razão que Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 83 e 162) define o contrato associativo em sentido convergente à definição de contrato plurilateral de Ascarelli, considerando-o um contrato de cooperação que envolve igualmente uma organização de pessoas, já que a “cooperação organizada” se diferencia da “cooperação obrigacional”. No mesmo sentido, encontra-se Luís Domingos Silva Morais (2006, p. 178-182), segundo o qual os contratos associativos são caracterizados por uma solidariedade de interesses, em que as vantagens de um são as vantagens do outro, motivo pelo qual o seu cerne é a organização, critério que dividiria os contratos entre os obrigacionais e os de organização.

Dessa maneira, tem-se que uma nota característica dos contratos associativos é o fato de as partes compartilharem os mesmos propósitos e estruturarem uma organização comum – ainda que possa ser em nível inferior ao das sociedades – para o atendimento destes. É fácil compreender, portanto, porque a doutrina portuguesa denomina os contratos associativos como contratos de organização¹⁷.

No mesmo sentido, Galgano (2004) sustenta que os contratos associativos são simultaneamente contratos plurilaterais com comunhão de escopo e contratos de organização. O elemento organizativo é tão importante que o autor chega a diferenciar consórcios, como exemplos de contratos associativos, de cartéis, precisamente porque os primeiros dão vida a uma organização comum a quem compete coordenar a atividade econômica dos consorciados e vigiar a sua execução.

3.3. Importância da distinção entre os contratos híbridos e os contratos associativos

Como se viu anteriormente, a existência de um fim comum e uma estrutura organizativa mínima para assegurar o cumprimento de tal fim são os critérios que podem, de modo coerente, identificar adequadamente os contratos associativos, diferenciando-os não apenas dos contratos de troca, como também dos demais contratos híbridos.

É certo que, em razão da multiplicidade dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, nem sempre será fácil fazer a referida distinção. Muitos contratos combinam, de forma relativamente

¹⁷ Nesse sentido, ver António Menezes Cordeiro (2012, p. 704-739).

equilibrada, elementos associativos e de troca, de forma que ficaríamos em uma espécie de zona fronteira.

Aliás, é por essa razão que Engrácia Antunes (2011, p. 389-391), mesmo adotando um amplo conceito do que chama dos contratos de cooperação empresarial, distingue o que chama de cooperação associativa – cujo exemplo máximo é a sociedade – e a cooperação auxiliar, de que seria exemplo o contrato de agência. Isso mostra claramente que o critério caracterizador dos contratos associativos não é a mera existência de cooperação, mas sim uma cooperação diferenciada, voltada para a execução de um fim comum a partir de uma estrutura organizacional para tal. Tal aspecto será fundamental para o regime de responsabilização dos contratantes, como será visto mais adiante.

Todavia, apesar das diferenças, é inequívoco que os contratos associativos compartilham com os contratos híbridos a circunstância de se situarem entre as soluções tradicionais de mercado e as soluções tradicionais da empresa societária. O que todos esses arranjos contratuais têm em comum é desafiar a dicotomia empresa/mercado proposta por Ronald Coase, apresentando-se como estruturas que combinam inteligentemente elementos e características tanto da organização típica da empresa como também da coordenação inerente ao mercado.

4. Segunda tentativa de delimitação jurídica do tema: *joint ventures* como espécies de contratos associativos

4.1. Dificuldades de sistematização dos contratos associativos

Não é fácil sistematizar os contratos associativos ou mesmo os chamados contratos híbridos ou de cooperação. Como já apontou Engrácia

Antunes (2011, p. 390), a referida delimitação depara-se com “uma multiplicidade insistemática de figuras contratuais que podem servir a cooperação entre empresas”.

Todavia, ainda que não seja possível estabelecer, de forma apriorística, todas as modalidades de contratos associativos, é inequívoco que a *joint venture* é uma de suas espécies mais conhecidas, assim como a sociedade, o consórcio¹⁸ e os chamados acordos parassociais, como é o caso do acordo de acionistas. A diferença é que sociedades, consórcios e *joint ventures* criam uma empresa comum enquanto que os acordos parassociais disciplinam o exercício de empresa já existente.

Não é sem razão que Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior (2009, p. 230) definem como modalidades de contratos associativos os contratos de sociedade, parceria ou *joint venture*, consórcio e formação de grupo. Em sentido semelhante, Carlos Alberto Bittar (2010, p. 181) também define a *joint venture* como uma espécie de contrato associativo.

Quanto aos contratos de sociedade e de consórcio, não há maiores dúvidas quanto ao seu caráter associativo. No que diz respeito especialmente ao último, a disciplina legal constante do art. 278, da Lei 6.404/76, deixa clara a existência de um “empreendimento” comum entre os contratantes, ainda que cada consorciado mantenha sua autonomia jurídica e financeira para todos os efeitos. Tanto é assim que não há a criação de nova pessoa jurídica e cada consorciado responde por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. Da mesma forma, a falência de um consorciado não se estende

¹⁸ O próprio Engrácia Antunes (2011, p. 392) destaca que as cinco principais figuras de cooperação interempresarial são o contrato de *joint venture*, o contrato de consórcio, o contrato de associação em participação, o contrato de agrupamento complementar de empresas e o contrato de agrupamento europeu de interesse econômico.

aos demais. Tem-se, portanto, nítido contrato relacional de comunhão de escopo estruturado sem a perda da autonomia das pessoas jurídicas contratantes.

Do ponto de vista da organização e estruturação, os consórcios assemelham-se muito ao contrato de sociedade. Basta lembrar que, dentre as cláusulas obrigatórias do referido tipo contratual, encontram-se muitas igualmente presentes nos contratos de sociedade, tais como (i) duração, endereço e foro; (ii) definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada e das prestações específicas; (iii) normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; (iv) normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; (v) forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; e (vi) contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver (art. 279, da Lei 6.404/76).

Outra semelhança com o contrato de sociedade decorre da assunção conjunta do risco da nova atividade, o que envolve a criação de meios para arrecadar fundos e partilhar resultados. Por todas essas razões, e até mesmo em razão de estarem estruturados legalmente, não há maiores discussões no sentido de que os consórcios são efetivamente um contrato associativo.

Maior indefinição existe em relação às *joint ventures*, até mesmo em razão da ausência de base legal a seu respeito, como se verá em seguida.

4.2. Natureza jurídica das *joint ventures*

4.2.1. *Joint ventures* como contratos para a realização de uma empresa comum

Como já se salientou, os contratos de *joint venture* são contratos atípicos e, exatamente por

isso, apresentam diferentes perfis e extensões¹⁹. Isso ajuda a entender a advertência de Ricardo Lorenzetti (1996, p. 39) de que não há autor que não assinale a ambiguidade do termo *joint venture* na ciência jurídica.

Não obstante, como adverte Engrácia Antunes (2011, p. 394), embora juridicamente atípico, a *joint venture* pode ser considerada um contrato “socialmente típico”, na medida em que “desempenha uma função jurídico-econômica unitária e exhibe um conjunto de traços distintivos comuns.”

Em sentido semelhante, Valérie Pironon (2004, p. 457) salienta que, apesar de a *joint venture* ser uma criação da prática não reconhecida pela maior parte dos direitos nacionais, pode ser identificada a partir da repetição de esquemas já consolidados, diferenciando-se das trocas comerciais clássicas, dos acordos financeiros e mesmo das práticas anticoncorrenciais, na medida em que procura ser vetor de uma cooperação igualitária e equilibrada, tendo suas cláusulas de governança bem distintas daquelas que estão presentes nos contratos sinalagmáticos.

Assim como ocorre com todos os contratos híbridos, a *joint venture* apresenta a nota de hibridismo, no sentido de ser uma alternativa intermediária entre a empresa e o mercado. A sua peculiaridade é a de consistir em contrato associativo para implementar empresa comum de acordo com parâmetros mais flexíveis do que os previstos para a sociedade e o consórcio, até mesmo diante da inexistência de regulamentação legal.

Como ensina Valérie Pinoron (2004, p. 457-458), a *joint venture* é, de fato, um contrato

¹⁹ Consequentemente, a criação de uma pessoa jurídica não é elemento caracterizador da *joint venture*. Como explica Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 79-80), a criação de uma nova pessoa jurídica tem alcance limitado para caracterizar esse tipo de relação de cooperação, até porque o eventual ente criado em muitos casos tem um aspecto instrumental, secundário ou até mesmo marginal da relação.

relacional e organizativo, uma forma jurídica híbrida entre o contrato sinalagmático e a sociedade, entre a concorrência de mercado e a hierarquia da firma, que propicia a formação de uma verdadeira empresa comum.

O fim comum buscado pelas partes ou *co-ventures* tem sido o aspecto salientado pela doutrina estrangeira e nacional para identificar as *joint ventures*²⁰, bem como para diferenciá-las dos demais contratos híbridos ou de cooperação empresarial, como a franquia ou a distribuição²¹.

Logo, apesar de ser muito mais flexível do que a sociedade ou o consórcio, até por inexistir previsão legal sobre o tema, a *joint venture* compartilha com aqueles a característica de comunhão de interesses e coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento comum sob risco comum das participantes. Não é sem razão que tal contrato é também conhecido no direito português simplesmente por “empresa comum”.

Vale ressaltar que o fim comum não pressupõe necessariamente que os contratantes realizem as atividades inerentes à empresa comum em conjunto. Nesse sentido, a doutrina esclarece que, nas *joint ventures*, tanto pode haver atividades comuns, como cada contratante pode fazer a sua parte²². Assim, fins comuns podem não implicar atividades comuns, embora impliquem necessariamente pelo menos a integração ou o concerto de atividades complementares²³.

Também não surpreende que a *joint venture* envolva necessariamente a assunção comum do risco empresarial, tendo em vista que tal circunstância é inerente à própria ideia de empresa comum. Por essa razão, Luís de

²⁰ Por essa razão, Engrácia Antunes (2011, p. 393) define as *joint ventures* como “acordos contratuais que, celebrados entre empresas jurídica e economicamente independentes entre si, visam a realização de um determinado empreendimento comum.” Luiz Olavo Baptista (1981) mostra, a partir dos elementos colhidos pela doutrina e jurisprudência anglo-saxã que a *joint venture* envolve a reunião dos participantes em uma empresa. Maristela Basso (1998, p. 45) também deixa claro que as *joint ventures* apresentam natureza associativa, traduzida na partilha de meios e riscos.

²¹ Vale a pena destacar a lição de Alexander Belohlávek (2008, p. 508), segundo o qual é precisamente o elemento de um objetivo positivamente definido, na forma de uma estrutura jurídica estável e interativa, com relações mútuas claras e predeterminadas, que permite a diferença entre as *joint ventures* e outros contratos de cooperação comercial, como a distribuição e a franquia.

²² Para Antunes (2011, p. 395), o empreendimento pode ser levado a cabo tanto de forma concertada – o concerto das atividades individuais exercidas por cada contratante – ou como forma comum. Em sentido semelhante, Andrea Astolfi (1986, p. 1-26) sustenta que o que caracteriza a *joint venture* é a persecução de fins comuns e não necessariamente o exercício comum de uma atividade econômica. A execução pode ser compartimentada e dividida entre as contratantes. O que efetivamente importa é a oportunidade de integrar recursos complementares para a realização de interesses comuns, mantendo a autonomia jurídica e operacional e assumindo exclusivamente a obrigação de cumprir aquela atividade a ela transferida.

²³ Daí por que Andrea Astolfi (1986, p. 44) mostra que o referido contrato está destinado a organizar uma integração de atividades complementares e o objetivo comum das partes contratantes.

Lima Pinheiro (2003, p. 77-78) demonstra acertadamente que a questão da assunção do risco empresarial está presente desde os primeiros debates a respeito da caracterização da *joint venture*, até para poder diferenciá-la dos meros contratos de colaboração.

4.2.2. *Joint ventures* como contratos organizativos

Por mais que sejam diferentes da sociedade e do consórcio – até porque estes estão disciplinados legalmente, o que impossibilita o mesmo grau de flexibilidade inerente aos contratos atípicos –, as *joint ventures* também apresentam características semelhantes no que se refere à necessidade da assunção comum do risco e à criação de uma organização própria ou pelo menos de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da empresa comum.

Já se viu que o aspecto organizacional, em alguma medida, é inerente aos contratos híbridos e relacionais, que buscam evitar os custos do oportunismo e da descoordenação por meio de uma governança relacional entre os contratantes, propiciando algum grau de integração entre as empresas²⁴. Ocorre que, nos contratos híbridos em que não há a comunhão de fins, o aspecto organizacional é mais tênue, motivo pelo qual não poderiam ser considerados propriamente contratos organizativos.

Todavia, já se viu que, nos contratos associativos, o aspecto organizacional é imprescindível, motivo pelo qual são também considerados contratos de organização. Assim, não se pode ignorar a importância do elemento organizativo para a caracterização da *joint venture* ou de qualquer outro contrato associativo. Como explica Luís Domingos Silva Moraes (2006, p. 176), a criação de uma específica estrutura organizativa é o critério diferenciador entre as *joint ventures* e os demais contratos de colaboração entre empresas.

No mesmo sentido, Valerie Pironon (2004, p. 242) destaca que a afetação de meios para o exercício da empresa comum exige a escolha de uma organização patrimonial adaptada aos objetivos econômicos perseguidos, traduzida na existência de órgãos de gestão e de execução para a organização dos poderes e também para a organização dos bens afetados pela empresa comum.

Já Andrea Astolfi (1986, p. 44) coloca dúvidas sobre o aspecto organizativo, ao sustentar que as prestações cumpridas pelos *co-ventures* são reconduzíveis a uma atividade conjunta apenas do ponto de vista funcio-

²⁴ É o que leciona Fernando Araújo (2007, p. 63-64), segundo o qual o processo de desconcentração empresarial precisa muitas vezes ser feito por contratos relacionais longos, que envolvem algum grau de integração vertical entre as empresas, criando entre elas o que chama de “governo relacional”.

nal, mas não no sentido estrutural-organizativo, já que a *joint venture*, ao contrário do que ocorre nas sociedades, não implica necessariamente a existência de uma única fonte de produção e de um único centro de imputação de atividades.

Todavia, tal argumento não invalida a presença do elemento organizacional, já que a coordenação de atividades, mesmo sob um viés funcional, pressupõe algum tipo de organização. Por essa razão, Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 60-83) demonstra que é frequente nesse tipo de acordo a existência de uma organização comum ou a interdependência organizativa entre as participantes, inclusive com centro de receitas e despesas. O autor reconhece igualmente que, “na literatura econômica, o *joint venture* é por vezes encarado como uma forma de cooperação em que a comunhão de interesses, a integração de recursos empresariais e a estruturação jurídica atingem um grau mais elevado do que no consórcio” (PINHEIRO, 2003, p. 83) e já se viu que a organização é imprescindível mesmo para este último.

Dessa maneira, não se pode afastar a organização comum ou a estruturação de um sistema de governança para lidar com a interdependência organizativa como uma característica imprescindível das *joint ventures*, assim como em relação a todos os contratos associativos, ainda que possa haver diferenças no grau de intensidade e complexidade da referida organização.

É claro que, quando a empresa comum exigir uma grande estruturação organizacional, provavelmente as partes optarão pela constituição de uma pessoa jurídica (*incorporated joint venture*). Quando não for este o caso, criarão uma estrutura organizacional mais flexível, compatível com as necessidades da execução, acompanhamento e prestação de contas inerentes à realização da empresa comum.

Tais conclusões casam-se perfeitamente com a definição de Ascarelli de contratos plu-

rilaterais, vistos essencialmente como contratos de organização. É importante destacar que a questão organizativa está diretamente relacionada à assunção do risco comum, o que faz com que a *joint venture* requiera um centro de imputação de custos e receitas para fazer frente à álea comum que decorre da empresa objeto do contrato²⁵.

A doutrina brasileira, por sua vez, não tem sido insensível a tal aspecto. Carlos Alberto Bittar (2010, p. 181), por exemplo, afirma textualmente que é o aspecto organizacional/estrutural que diferencia a *joint venture* de outros contratos empresariais de execução continuada, tais como a franquia, a licença e a concessão.

Conseqüentemente, é a organização, ainda que em grau distinto e mais flexível do que o existente na sociedade ou no consórcio, que reforça o fato de as *joint ventures* se tratarem de estruturas intermediárias entre a empresa e o mercado, que possam dar suporte ao objeto comum sem, por outro lado, engessar desnecessariamente as participantes ou comprometer significativamente a independência jurídica e econômica de cada uma delas.

A questão organizativa é também uma conseqüência da necessária estabilidade desse tipo de contrato. Afinal, Engrácia Antunes (2011, p. 391) mostra que estamos diante de “verdadeiros contratos relacionais, tratados pelas partes mais como casamentos do que simples ‘encontros de uma noite’”.

Este ponto é particularmente importante porque, embora muitas vezes a *joint venture* tenha sido vista como um contrato mais pontual ou vinculado a uma operação específica – *specific venture* –, tal característica não vem

²⁵ Valerie Pinoron (2004, p. 458) ressalta que, exatamente por ser uma empresa, a *joint venture* apresenta uma parte de álea e de risco. Por essa razão, Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 84) é enfático ao concluir que a *joint venture* requer um centro de imputação de custos e receitas.

sendo mais considerada como inerente a tais acordos, já que muitos deles se caracterizam pela estabilidade ao longo do tempo²⁶.

4.2.3. *Joint ventures* como contratos de compartilhamento de controle empresarial

Por fim, ainda resta mencionar outro aspecto que caracteriza as *joint ventures*, assim como vários dos contratos associativos: o fato de tais contratos possibilitarem a agregação de poder empresarial dos contratantes que, no caso, servirá para a realização da empresa comum. Por essa razão, Valerie Pironon (2004, p. 254) associa a *joint venture* ao controle comum ou compartilhado da atividade empresarial, que decorre não de laços de capital, mas sim de laços contratuais.

Na verdade, a tese do compartilhamento do controle como requisito obrigatório das *joint ventures* deve ser vista com cuidado, porque a literatura e a prática apontam para muitos casos em que apenas uma das contratantes assume a direção da empresa comum²⁷. Nesse sentido, Buckley e Casson (1999, p. 411) mostram que uma investigação mais acurada das *joint ventures* revela que o direito de dirigir a empresa comum é atribuído com frequência a apenas um contratante, enquanto o outro assume um papel passivo (*sleeping role*).

Todavia, é inequívoco que um novo centro de poder empresarial é criado, seja mediante um

²⁶ Astolfi (1986, p. 42), por exemplo, é claro ao reconhecer que, no atual contexto, a ocasionalidade e temporariedade do empreendimento vêm perdendo importância para definir o contrato de *joint venture*.

²⁷ Astolfi (1986, p. 29-30) mostra que mesmo *joint ventures* "50%-50%" podem envolver outras relações contratuais complexas entre os contratantes – como estipulação de contratos de gestão, licenças de patentes, *know-how*, assistência técnica, que podem conduzir a um efetivo poder de controle ou influência dominante de um dos contratantes sobre o outro. Dessa maneira, apenas subsistiria a autonomia jurídica no plano formal, mas não necessariamente no plano material.

controle que será compartilhado entre os contratantes, seja por meio de um controle que será exercido por apenas um dos contratantes em face do outro. Daí por que não há como deixar de associar as *joint ventures* aos chamados atos de concentração empresarial, já que anulam as relações de concorrência entre os contratantes no que diz respeito à empresa comum, podendo, por isso mesmo, ser consideradas alternativas às operações de penetração societária, como a fusão e a incorporação²⁸.

Por outro lado, o fato de as *joint ventures* admitirem o controle de uma das contratantes sobre as demais, pelo menos no que se refere aos objetivos da empresa comum, mostra que tais contratos podem ser vistos como sucedâneos até mesmo dos grupos empresariais, na medida em que possibilitam a dominação por meio de laços contratuais. Sob esse ângulo, as *joint ventures* poderiam ser consideradas até mesmo como instrumentos geradores de um controle externo parcial, que se projeta, *a priori*, no exercício da empresa comum, mas que pode se estender para outras atividades.

Daí o acerto da conclusão de Andrea Astolfi (1986, p. 11-13) de que as *joint ventures* são modalidades de concentração por coordenação, alternativas às formas usuais de aquisição de poder de controle ou influência dominante sobre uma empresa ou mesmo a constituição de uma empresa afiliada inteiramente controlada. Por essa razão, Carlos Alberto Bittar (2010, p. 181) aponta que as *joint ventures* vêm substituindo operações de aquisição de empresa ou de controle.

Dessa maneira, ao possibilitarem a constituição de um novo centro de decisão ou controle empresarial – efetivamente compartilhado pelas

²⁸ Valerie Pironon (2004, p. 3) é uma das que sustentam que a cooperação propiciada pelas *joint ventures* não deixa de ser uma alternativa à fusão.

contratantes ou exercido apenas por uma delas –, é inequívoco que as *joint ventures* apresentam-se como novas estruturas de mercado, circunstância que traz desafios no que diz respeito à determinação do regime de responsabilidade dos contratantes, especialmente em áreas sensíveis como o direito do trabalho, o direito da concorrência, o direito ambiental e o direito do consumidor, como se verá no próximo capítulo.

5. *Joint ventures* e a delicada questão do regime de responsabilidade dos contratantes

5.1. *Joint ventures* e os limites à autonomia privada dos contratantes

Como ensina Andrea Astolfi (1986, p. 41-49), do ponto de vista econômico, uma das principais vantagens das *joint ventures* é a possibilidade de os contratantes disciplinarem livremente o seu regime de responsabilidade, inclusive para o fim de evitar qualquer forma de responsabilidade solidária entre eles. Dessa maneira, perante terceiros, os contratantes seriam responsáveis somente pela execução do componente da prestação que lhes foi confiada no regramento negocial.

Para reforçar o seu argumento, o autor mostra que rasgo comum às *joint ventures* internacionais é a exclusão da responsabilidade solidária dos contratantes, de forma que cada contratante responde limitadamente por suas próprias obrigações, salvo quando são previstas exceções no próprio contrato (ASTOLFI, 1986, p. 56-57).

Ora, é inquestionável a autonomia privada que os contratantes têm para, no âmbito de um contrato associativo empresarial, disciplinarem as obrigações recíprocas como bem entenderem. Nesse sentido, e até pelo fato de a solidariedade não se presumir nem mesmo nas obrigações comerciais, é inequívoco que precisaria resultar da vontade das partes, como, aliás, está expresso no art. 265, do Código Civil.

Igualmente não se discute a possibilidade de que o regime de responsabilidade que afaste a solidariedade, tal como previsto pelos *co-ventures*, possa ser imposto a terceiros bem informados, que se relacionam com a empresa comum por meio de negociação simétrica sob os aspectos econômico e informacional e que, em muitos casos, vincula apenas uma das *co-ventures*. Também nessas situações, a autonomia privada pode justificar e legitimar o que foi pactuado pelas partes.

A verdadeira preocupação concernente às *joint ventures* diz respeito à eficácia de tais limitações de responsabilidade em face de credores vulneráveis – como é o caso de trabalhadores e consumidores –, ou mesmo em áreas nas quais a grande preocupação é com a tutela dos direitos difusos – como ocorre com o direito da concorrência e o direito ambiental.

Nesses casos, a questão é saber em que medida as leis imperativas que disciplinam as respectivas searas não impõem algum compartilhamento de responsabilidade entre os participantes da empresa comum, que agem no mercado a partir de um novo centro de decisão e controle.

Nem se afirme que a questão seria facilmente resolvida com a aplicação analógica da disciplina dos consórcios, a fim de afastar a responsabilidade solidária dos contratantes. Em primeiro lugar, é duvidoso que tal regra legal tenha incidência em todos os desdobramentos das atividades das consorciadas, especialmente no que diz respeito aos interesses difusos que podem ser violados com a realização da empresa comum. Em segundo lugar, é inequívoco que, mesmo no que diz respeito às relações contratuais simétricas entabuladas pelo consórcio, a regra autorizadora do afastamento da responsabilidade solidária entre os contratantes é prevista em contexto no qual os terceiros são minimamente protegidos.

Tanto é assim que o § único, do art. 279, da Lei 6.404/76, expressamente exige que “o contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada” (BRASIL, 1976). Dessa maneira, exatamente por ter eficácia sobre terceiros, inclusive no que diz respeito ao afastamento da solidariedade, é que o contrato de consórcio precisa ser objeto de ampla publicidade, o que se alcança com o registro e a publicação da certidão do arquivamento.

Ocorre que as *joint ventures* não precisam obedecer a tais requisitos, que são fundamentais para a proteção de terceiros. Dessa maneira, a aplicação analógica da regra existente para os consórcios não se mostraria adequada²⁹.

Outra opção seria utilizar as regras societárias, que poderiam identificar a *joint venture* como uma sociedade comum, aplicando aos sócios a regra geral do art. 990, do Código Civil, segundo a qual “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade” (BRASIL, 2002).

Embora as *joint ventures* muitas vezes tenham sido vistas como sociedades de fato, na doutrina específica muito se debate a respeito disso. Andrea Astolfi (1986, p. 50-53), por exemplo, lista uma série de fatores que apontariam o equívoco da comparação: (i) a vontade dos contratantes de afastar a relação societária; (ii) o fato de a *joint venture* ser uma associação temporária de empresas; (iii) o fato de a *joint venture* ser uma comunhão

²⁹ Por todos, ver Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (2013, p. 171-172), ao citar juristas de peso, como Mauro Penteadó e José Alexandre Tavares Guerreiro, no sentido da imprescindibilidade do registro do contrato de consórcio para a aplicação da regra que afasta a solidariedade entre os participantes.

de fins, mas não de meios, o que possibilita inclusive que as atividades dos contratantes sejam distintas, embora complementares.

Entretanto, tais argumentos são frágeis. É claro que os contratantes não podem afastar a relação societária perante terceiros quando estão presentes os pressupostos legais para a sua configuração. O fato de a empresa comum ser temporária, além de não ser uma característica inerente a todas as *joint ventures*, não afastaria a natureza societária, pois não é incompatível com a ideia de sociedade³⁰. Tanto é assim que existem as sociedades de propósito específico e as sociedades por prazo determinado. Por fim, a circunstância de não haver comunhão de meios, diante da possibilidade de atividades distintas por parte de cada contratante, também não é suficiente para afastar a relação societária; o que a lei exige é a contribuição recíproca, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica, nos termos do art. 981, do Código Civil.

Não obstante, mais complexa é a discussão a respeito do requisito constante da parte final do art. 981, do Código Civil, relacionado à partilha dos resultados entre os sócios. Como explica Lorenzetti (1996, p. 45), característica dos contratos de *joint venture* é precisamente o fato de os contratantes não pretenderem criar um fundo comum para obter os benefícios que resultarem das operações realizadas em conjunto, na medida em que intencionam, ao invés de dividir os resultados da empresa comum, apropriar-se individualmente da parte a que cada um cabe no negócio. Daí concluir o autor (idem) que um princípio de distinção entre a sociedade e os contratos associativos seria que, nos últimos, as utilidades são adquiridas ori-

³⁰ Valérie Pironon (2004, p. 12-17) explora o mesmo problema, concluindo que as dicotomias negócio/operação e caráter limitado/temporário não são idôneas para distinguir as *joint ventures* das sociedades, até porque pode haver *joint ventures* para um conjunto durável de operações.

ginariamente pelos participantes e não a título derivado, não tendo que passar pelo filtro de um ente comum, que seria a sociedade, para depois serem divididas.

Valérie Pironon (2004, p. 235) também explora essa questão, ressaltando que a ausência de vontade de dividir os mesmos lucros é o argumento mais convincente para não equiparar a *joint venture* à sociedade.

O argumento ora exposto não está isento de críticas, na medida em que vários autores definem a *joint venture* a partir da indivisibilidade das prestações e da repartição dos lucros e das perdas³¹. Todavia, como tais contratos admitem grande flexibilidade, pode acontecer a situação em que não haja de fato a partilha dos lucros.

Dessa maneira, há que se reconhecer a existência de questionamentos no sentido da equiparação das *joint ventures* às sociedades em comum, especialmente na hipótese de os contratantes não terem previsto a partilha, entre si, dos resultados da atividade econômica. Ao lado do problema jurídico, Lorenzetti (1996, p. 42-43) aponta também que a precipitada equiparação das *joint ventures* às sociedades pode comprometer as próprias funções econômicas do instituto, cujo papel de estímulo ao investimento e à internacionalização não é necessariamente compatível com os arranjos societários.

Conclui-se, portanto, que, no caso das *joint ventures*, há considerável controvérsia em torno da possibilidade de aplicação subsidiária ou

³¹ Para que não haja dúvidas, transcreve-se a opinião de Luís de Lima Pinheiro (2003, p. 84): “Já o *joint venture*, inspirado em experiências próprias dos sistemas de *common law*, seria uma forma de cooperação utilizada para prestações indivisíveis (por natureza ou vontade das partes), em que as partes executam o contrato conjuntamente, repartindo os lucros ou as perdas segundo quotas pré-fixadas, que não são necessariamente referidas a quotas dos trabalhos materialmente exigidos das empresas. O *joint venture* requereria um centro de imputação de custos e receitas.”

analgica de soluções pensadas para o consórcio ou para as sociedades.

Isso não quer dizer, entretanto, que deva prevalecer incondicionalmente o regime de responsabilidade pactuado pelos contratantes em outras searas nas quais tradicionalmente se busca valorizar a realidade econômica da empresa em detrimento de suas formas jurídicas, como se verá a seguir.

5.2. *Joint ventures* e o regime de responsabilidade dos contratantes perante terceiros e diante de determinados interesses difusos

O direito empresarial e várias outras áreas que lidam com o fenômeno empresarial têm como missão essencial a de identificar quem exerce o poder empresarial, a fim de lhe atribuir as respectivas responsabilidades. Nesse sentido, pode-se dizer que uma das funções primordiais da regulação jurídica da atividade empresarial é precisamente a de equacionar o poder e a responsabilidade dos agentes.

Sob essa perspectiva, a personalidade jurídica há muito tempo deixou de ser o principal parâmetro para a identificação do agente empresarial e, conseqüentemente, para a imputação das responsabilidades respectivas. A própria existência dos grupos societários, como já se viu, rompe com o paradigma da pessoa jurídica, admitindo a empresa plurissocietária, inclusive para efeitos da assunção da responsabilidade do controlador pelo restante do grupo.

Por esse motivo, a regulação jurídica da atividade empresarial teve que romper, em diversas searas, com o paradigma da pessoa jurídica e com as soluções tradicionais do direito societário, a fim de imputar ao verdadeiro agente econômico, àquele que verdadeiramente exerce a empresa, as devidas responsabilidades. Esse é o traço comum ao direito do trabalho, ao

direito do consumidor, ao direito da concorrência e ao direito ambiental, esferas em que se procura localizar aquele que detém, de fato, o poder de condução da atividade empresarial, independentemente das formas jurídicas pelas quais se estrutura ou se apresenta.

Sob essa perspectiva, seria irrelevante saber se a *joint venture* é ou não uma sociedade em comum, já que o regime de responsabilidade dos contratantes – inclusive para efeitos de atrair a solidariedade entre eles – não dependerá disso, mas será fixado de acordo com outro critério: quem exerce, de fato, o poder empresarial.

Ora, como já se viu, nos contratos de *joint venture*, as participantes mantêm a sua independência econômica e financeira, não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental. Todavia, a comunhão de propósitos e do risco empresarial, bem como a criação de um novo controle específico, certamente precisam ter repercussão no regime de responsabilidade dos contratantes relativo ao exercício da empresa comum.

Logo, a questão fundamental que surge dos contratos associativos de empresa comum, incluindo aí obviamente a *joint venture*, é precisamente a de saber em que medida os contratantes passam a titularizar, simultaneamente, um mesmo poder empresarial e em que medida tais circunstâncias lhes permitem ser considerados, em conjunto, como um só empresário, inclusive para efeitos de diversos regimes de responsabilidade.

Valérie Pironon (2004, p. 408) aborda esse problema no contexto das *joint ventures* internacionais, a partir do que chama de “leis de polícia” (*lois de police*), que seriam as regras que, como é o caso das que fazem parte do direito do trabalho e do direito da concorrência, são aplicáveis de imediato e independentemente

do caráter internacional e mesmo da regra de conflito indicada pelas partes, já que têm por finalidade salvaguardar os interesses econômicos, políticos e sociais do país que as prescreve.

Para resolver o impasse, a autora acertadamente faz um recorte entre a dupla dimensão das *joint ventures*, do ponto de vista jurídico. A primeira delas diz respeito às relações entre os contratantes, caso em que, até diante do caráter internacional de vários desses contratos, os direitos e deveres entre as partes se fundam na autonomia da vontade e têm sido facilitados pela existência de um direito comum extremamente flexível e pelo papel central da arbitragem. Porém, em relação às chamadas “leis de polícia”, é inequívoco que a autonomia das partes é limitada e os países, mesmo diante dos contratos internacionais, terão que encontrar meios para fazer valer suas leis imperativas (PIRONON, 2004, p. 457).

Ora, é inequívoco que a observação de Valerie Pironon é irretocável em relação às *joint ventures* internacionais e, com maior razão, em relação às *joint ventures* nacionais. Com efeito, não faria sentido permitir que as partes convenientemente afastassem, por disposições contratuais, regras imperativas que procuram imputar as devidas responsabilidades aos que controlam ou gerem o empreendimento em conjunto.

É claro que tal tarefa não é simples e tem como primeira dificuldade a de identificar a própria existência da *joint venture*, com as características já apontadas, uma vez que os instrumentos dos contratos empresariais podem ser longos, complexos e mesmo confusos, bem como apresentar nomes ou tipos que não refletem adequadamente o seu verdadeiro conteúdo, o que exige do intérprete um esforço adicional para saber em que medida determinados contratos podem ou não ser considerados *joint ventures*, inclusive para se compreender as duas contratantes como partes de uma empresa comum.

Por outro lado, cada uma das searas descritas tem suas peculiaridades e critérios próprios para a identificação daquele que pode ser considerado o real agente empresarial. Assim, não necessariamente haverá critérios homogêneos que sirvam para todas as situações.

De todas as searas já descritas, a única que trata especificamente das *joint ventures* é o direito da concorrência, já que o próprio legislador, no art. 90, IV, da Lei 12.529/2011, expressamente as reconhece como hipóteses de atos de concentração, inclusive para fins do controle de estruturas.

Ao assim fazer, a lei brasileira acertadamente considerou que, embora não se ajustem perfeitamente às hipóteses clássicas de concentração empresarial – tais como operações de penetração societária, como fusões e incorporações, bem como aquisições de controle –, as *joint ventures* podem levar a efeitos semelhantes ao que diz respeito à agregação de poder empresarial das contratantes e, conseqüentemente, ao aumento do poder de comando ou gestão empresarial.

Todavia, mesmo no âmbito do direito da concorrência, não há maior clareza sobre em que medida tais contratos podem ser instrumentos de práticas ilícitas³² e em que medida os contratantes podem ser considerados um só agente econômico para efeitos do controle de condutas, ainda mais quando se trata de condutas unilaterais no exercício de empresa comum na qual haja separação de atividades entre os contratantes.

³² Pfeffer e Nowak (1999, p. 388-389) citam o estudo de Pate que, ao examinar várias *joint ventures* domésticas, mostrou que tais arranjos eram formadas para produzir produtos convencionais e não propriamente novos produtos, motivo pelo qual estavam sendo realizados não para reduzir os riscos de uma nova empresa (*new venture*), mas sim de restringir a competição. Em sentido semelhante, Buckley e Casson (1999, p. 427) também alertam para o risco de que as *joint ventures* sejam instrumentos voltados prioritariamente para reforçar a colusão.

Todas essas circunstâncias mostram o quanto a reflexão jurídica ainda está atrasada diante de fenômeno econômico tão importante, diante do qual são urgentes soluções para a devida composição entre o poder e a responsabilidade dos contratantes, especialmente em questões delicadas que envolvem a proteção a terceiros vulneráveis e a interesses difusos.

Em relação a tais assuntos, há boas razões para sustentar que o regime de responsabilidade livremente pactuado pelos contratantes deve ser afastado, privilegiando-se a responsabilidade conjunta de todos aqueles que exercem a empresa comum. Todavia, não se ignora que tal alternativa precisa ser objeto de uma análise mais acurada, inclusive para o fim de estabelecer as precisas consequências e limitações desse modelo conjunto de responsabilidade tanto para os contratantes como para terceiros.

6. Conclusões

O presente artigo, ao tratar da importância e das principais características e funções jurídicas e econômicas das *joint ventures*, procurou demonstrar que a reflexão jurídica em torno do fenômeno empresarial precisa ser urgentemente ampliada, para o fim de incorporar as recentes formas de organização da empresa.

Com efeito, não se pode mais confundir o titular do poder empresarial nem com a pessoa jurídica, como ocorria no século XIX, nem com o controle societário, como foi comum no século XX.

A fragmentação da empresa realçou a importância de inúmeros contratos que, como é o caso das *joint ventures*, mostram novas formas de cooperação e organização empresarial que constituem efetivamente uma “terceira via” entre a empresa e o mercado, posto que não se baseiam na constituição de uma pessoa jurídica nem na aquisição de participações societárias e formação de grupos societários.

Esses novos arranjos contratuais lançam desafios para a regulação jurídica, especialmente no que diz respeito ao regime de responsabilidade em áreas específicas que envolvem credores vulneráveis – como o direito do trabalho e o direito do consumidor – ou direitos difusos de mais alta relevância – como o direito da concorrência e o direito ambiental. Com efeito, passa a ser fundamental entender a complexidade desses contratos, suas verdadeiras funções e propósitos, em que medida podem levar à formação de um novo agente empresarial e em que medida isso deve ser refletir nos diferentes regimes de responsabilidade.

Daí por que, retomando a preocupação do professor Engrácia Antunes já exposta na introdução, o trinômio direito da empresa individual/direito da empresa societária /direito da empresa plurissocietária deve ser ampliado para o fim de incluir a nova categoria do direito dos contratos

associativos, no qual certamente o estudo da *joint venture* deve ocupar uma posição de relevância.

Cada vez mais se faz mais necessária a reflexão em torno dos contratos híbridos e associativos, a fim de se encontrar a “justa medida” para possibilitar que tais contratos continuem a exercer as importantes funções econômicas a que se destinam sem, entretanto, se tornarem acessíveis instrumentos de exercício de poder empresarial sem as devidas responsabilidades.

Sobre a autora

Ana Frazão é Professora Adjunta de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB e atual Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). E-mail: frazao@unb.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³³

UNINCORPORATED JOINT VENTURES

ABSTRACT: This article is about unincorporated joint ventures, instruments which lead to associations among enterprises without the creation of a legal personality or the establishment of shareholders' bonds. Before the finding that these contracts challenge the classic dichotomy between the hierarchy which is inherent to the firm and the coordination and flexibility which characterize market relations, the article aims at determining the real impacts of unincorporated joint ventures on the economic activity and their main consequences in relation to the contractors and the third parties, both in the contractual dimension and other fields.

KEYWORDS: UNINCORPORATED JOINT VENTURES. BORDER CATEGORIZATION. CONTRACTUAL AND ECONOMIC REPERCUSSIONS.

Referências

AMATORI, Franco; COLLI, Andrea. *Storia d'impresa: Complessità e comparazione*. Milão: Pearson Italia, 2011.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

³³ Sem revisão do editor.

_____. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011. Reimpressão.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASTOLFI, Andrea. *El contrato internacional de joint venture*. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. (Cuadernos de la Revista del derecho comercial y de las obligaciones ; v. 2).

BAPTISTA, Luiz Olavo. A joint venture: uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil* v. 20, n. 42, p. 39-59, abr./jun. 1981.

BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BELOHLÁVEK, Alexander. Law governing joint venture status and joint venture agreements. *International Joint Ventures. The comparative law yearbook of international business*, n. 30, p. 507-541, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BLOIS, K. J. Vertical quasi-integration. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º nov. 2011.

BUCKLEY, Peter J.; CASSON, Mark. Joint ventures. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Introduction. In: _____; _____. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

COASE, R.H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2012.

DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Tullio ascarelli, a teoria geral do direito e os contratos de distribuição. *Revista de Direito Mercantil* v. 44, n. 137, p. 30-48, jan./mar. 2005.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. Milão: CEDAM, 2004.

GAMBARO, Carlos. O contrato internacional de joint venture. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 61-92, abr./jun. 2000.

IMAI, Ken-Ichi; ITAMI, Hiroyuki. Interpenetration of organization and market: Japan's firm and market in comparison with the US. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de Heder Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo I.

LORENZETTI, Ricardo. Contratos asociativos y joint venture. *Revista de Direito da Empresa* v. 1, n.1, p. 39-49 jan./jun. 1996.

MARITI, P.; SMILEY, R.H. Co-operative agreements. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

MILES, Raymond E., SNOW, Charles C. Organizations: new concepts for new forms. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

MILGRON, Paul; ROBERTS, John. Economic Theories of the Firm. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

MORAIS, Luis Domingos Silva. *Empresas comuns, joint ventures: no direito comunitário da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006.

PFEFFER, Jeffrey; NOWAK, Philip. Joint Ventures and Interdependence. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2003.

PIRONON, Valerie. *Les joint ventures: Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*. Paris: Dalloz, 2004.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RICHARDSON, G. B. The Organization of Industry. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

WILLIANSO, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

_____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

FLÁVIO QUINAUD PEDRON

Resumo: O presente texto tem por objetivo reconstituir o papel do Senado Federal segundo a teoria e a história do controle de constitucionalidade. Com isso, busca-se demonstrar que o Senado Federal representa uma instituição política fundamental do aprimoramento do Direito Constitucional brasileiro e da democracia. É, portanto, equivocada a afirmação feita por ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4335-AC, no sentido de que seria possível identificar uma mutação constitucional que transformasse a Casa Legislativa em mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Historicamente, a importância da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade é uma aquisição de ganhos democráticos para o Direito brasileiro e não pode ser anulada pelo Judiciário.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Controle de constitucionalidade no Brasil. Crise do Poder Judiciário.

1. Considerações iniciais

O debate jurídico trazido pelo julgamento da Reclamação nº 4.335-AC¹ não versa apenas sobre um caso em si – isto é, sobre a inconstitu-

¹Deve ser inicialmente aclarado que a Reclamação nº 4.355-AC foi proposta em 2006 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), recebendo julgamento parcial em 2007, mas somente veio a ser completamente julgada no primeiro semestre de 2014. Os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam *habeas corpus* para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais de Rio Branco. Os votos dos

cionalidade da progressão de regime para os condenados por crimes considerados hediondos.² Mais que isso, as conclusões trazidas pelos votos proferidos marcam uma situação de profunda transformação da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, podendo representar, até mesmo, a perda da linha divisória entre o sistema difuso e o sistema concentrado no Brasil.

Para os ministros do STF Eros Graus e Gilmar Mendes principalmente, o modelo do controle difuso é ultrapassado e ineficaz quando comparado com a sistemática do sistema concentrado, sobretudo em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões do tribunal, o que possibilitaria a solução processual de um número bem maior de casos e, supostamente, provocaria a diminuição de processos pendentes de julgamento no Judiciário brasileiro.

Curioso é que esses mesmos ministros do STF reconhecem que o controle concentrado é uma *novidade* dentro de uma tradição maior do direito constitucional brasileiro, que começou com a primeira Constituição republicana (1891) e se manteve até a Constituição de 1988.³

ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos demais proferidos, no sentido da procedência da reclamação. Para ambos, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

² Deve-se lembrar que, à época da propositura da ação, vigorava a Lei nº 8.072/1990, que, no art. 2º, § 1º, vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. Mais recentemente, a Lei nº 11.464/2007 – ou seja, posterior ao ajuizamento da Reclamação – alterou o mesmo dispositivo, determinando o início no regime fechado, mas não mais seu integral cumprimento. Se bem analisada, a Reclamação nº 4.355-AC acabou por ter seu objeto perdido, o que deveria resultar na sua extinção sem julgamento do mérito (art. 267, CPC/1973, ou art. 482, CPC/2015).

³ Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) explicitam bem a leitura que o próprio STF faz da tradição do direito constitucional brasileiro, que passa por uma subversão. Essa

O presente texto objetiva explicitar o próprio entendimento que o STF desenvolve em sua jurisprudência. Assim, a pesquisa tem seu foco na leitura da história institucional que o próprio Tribunal pode narrar a partir de seus julgados.

2. O desenvolvimento do controle de constitucionalidade na história brasileira e a participação do Senado Federal

A participação do Senado Federal aparece pela primeira vez na Constituição de 1934, quando ficou preservada a sua competência para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF. Como observam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 3), essa realidade institucional já dura mais de setenta anos. E só com a Emenda Constitucional nº 16/1965 é que a redação do art. 101 da Constituição de 1946 passou a trazer a possibilidade do controle concentrado no Brasil.

Olhando o texto original da Constituição de 1988, havia a previsão apenas das figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) aparece apenas após a Emenda Constitucional nº 3/1993, como uma figura singular no plano do Direito comparado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 3).⁴

mesma linha de raciocínio é desenvolvida por Cruz (2004, p. 315), para quem o agigantamento do controle concentrado no Brasil é um sinônimo de autoritarismo do STF, acarretando nítidas perdas para uma democracia procedimental.

⁴ Por isso mesmo, pesa até hoje sobre sua criação uma duvidosa constitucionalidade, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Cruz (2004).

Sendo assim, o controle difuso é muito mais antigo e, por isso mesmo, incorpora a tradição constitucional brasileira desde o Decreto nº 848, de 1890⁵, e, depois, com a Constituição de 1891, com forte elaboração por Rui Barbosa (CRUZ, 2004, p. 342; VIEIRA, 2008, p. 103; STRECK, 2002, p. 339; BAHIA, 2009, p. 103).⁶ Os artigos 59 e 60, da Constituição de 1891, evidenciam, portanto, que tal texto assume a natureza concreta e difusa do controle de constitucionalidade:

“Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º – Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 60 – Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal” (MINAS GERAIS, 1981).

Aqui e até 1934, as decisões no controle de constitucionalidade apenas podiam atingir as partes envolvidas no processo a ser julgado, abrindo para qualquer juízo ou Tribunal a possibilidade de afirmar um entendimento contrário ao esposado pelo STF (STRECK, 2002, p. 341). Somente com a nova Constituição, então, a participação do Senado Federal aparece prevista no art. 91, IV. Desse modo, faz-se necessário um olhar mais cuidadoso para entender o porquê de tal escolha por parte dos constituintes. Segundo Streck (2002, p. 345) e Vieira (2008, p. 113),

⁵O Decreto nº 510, de 1890, também conhecido como Constituição Provisória da República, já destaca em sua exposição de motivos o papel do Judiciário – citando Marshall – em interpretar e verificar a conformidade das leis com a Constituição e, com isso, impedir e coibir abusos quer do Legislativo quer do Executivo (VIEIRA, 2008).

⁶Vieira (2008) lembra que, ao tempo do Império, o Superior Tribunal de Justiça, criado com a Carta Imperial, não abordava a disciplina da jurisdição constitucional, uma vez que tal órgão do Judiciário era uma continuidade do sistema e da lógica portuguesa. Além do mais, a existência do Poder Moderador a serviço do Imperador retirava qualquer autonomia do Judiciário. Aliado a isso, o art. 15, VIII e IX, deixava ao próprio Poder Legislativo a função interpretativa do direito (VIEIRA, 2008, p. 101).

a Constituição de 1934 tinha fortes inspirações na Constituição alemã de Weimar e na Constituição espanhola de 1931.

O anteprojeto de 1933 trazia como novidades um unicameralismo, a eleição indireta para o cargo de Presidente da República, um Conselho Supremo e a unidade do Poder Judiciário (STRECK, 2002, p. 345). Todavia, a proposta de unicameralismo não obteve êxito e, por isso, o Senado passou a desempenhar a função de “Poder Coordenador”, que, originalmente, caberia ao Conselho Supremo.

Dentro de suas funções, portanto, estava a figura da Resolução Legislativa.⁷ Assim, no caso de decisão do STF, quer pela via de sua competência originária, quer pela via do recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade apenas atingia as partes envolvidas (*inter partes*) e, temporalmente, seu efeito era *ex tunc*. Logo, qualquer outro magistrado brasileiro poderia assumir uma postura dissonante diante do seu caso pendente de julgamento, a não ser que o Senado resolvesse se manifestar; a partir daí, a ação do Senado atribuiria a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex nunc*.

É importante registrar que a preocupação com a eficácia das decisões do STF já estava presente nos debates daquele período. Tanto é assim que o Deputado Nilo Alvarenga chegou a apresentar uma proposta de emenda que criava uma corte constitucional aos moldes kelsenianos (STRECK, 2002, p. 346); mas tal proposta foi negada, o que confirma também a opção do constituinte e a sua permanência na tradição do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Também, não se pode olvidar que a Constituição de 1934 trouxe a figura da ação direta interventiva – mas esta sem qualquer caráter que pudesse afirmar desde já a abertura para um mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade, já que ela acaba ficando no meio do caminho entre a fiscalização *in thesi* e a realidade em concreto (VIEIRA, 2008, p. 117; STRECK, 2002, p. 348). Seu procedimento era peculiar e merece descrição: primeiro, o Senado Federal editava lei de sua competência exclusiva disciplinando a intervenção federal (art. 41, § 3º) sob o fundamento de que os princípios constitucionais do art. 7º (princípios constitucionais sensíveis) foram atingidos por meio de ação ou de omissão de um Estado; em seguida, mediante provocação do Procurador-Geral da

⁷ Interessante é que a leitura do art. 91 da Constituição de 1934 revela que a configuração do Senado Federal na época era *sui generis* (VIEIRA, 2008, p. 114). O art. 91, II, traz ainda uma inovação que não foi acompanhada pelas constituições que se seguiram – e, segundo Streck (2002, p. 348), em sua curta vigência, nem chegou a ser aplicado –, que era a possibilidade de o Senado “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais”, o que reforça ainda mais a participação deste no controle de constitucionalidade brasileiro da época.

República, o STF avaliaria a constitucionalidade da lei que declarava a intervenção – e não ato ou omissão que afrontava o art. 7º (VIEIRA, 2008, p. 118; STRECK, 2002, p. 348).

Ao se analisar a Constituição de 1937, algumas observações devem ser feitas:

(i) O seu contexto de imposição representa um retrocesso para a ordem democrática brasileira (VIEIRA, 2008, p. 121; STRECK, 2002, p. 348); e

(ii) O Senado Federal é substituído por um equivalente, o Conselho Federal (art. 50), que deveria representar legislativamente os Estados – ele era composto por um representante de cada Estado por eles eleitos e por mais outros dez membros indicados livremente pelo Presidente da República.

Com isso, não houve transmissão da função de “coordenação de poderes” da Constituição de 1934, de modo que a atribuição da suspensão da norma inconstitucional com efeitos *erga omnes* ficou sem previsão.

O art. 96 passava a exigir um quórum de maioria absoluta para a declaração; e mais:⁸ se o Presidente da República identificasse que tal lei era necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” (BRASIL, 1934), ele poderia submeter novamente ao exame do Parlamento, e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 124; STRECK, 2002, p. 349).

⁸“Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. *Parágrafo único* – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1934).

O art. 101 da Constituição de 1946 determinou a competência do STF para o julgamento do recurso extraordinário,⁹ marcando a opção pela adoção do sistema difuso e concreto. Retorna-se, assim, ao bicameralismo, e, sob tal ótica, o Senado Federal volta a ter a atribuição de suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF (art. 64). Mas a “cláusula de reserva de plenário” manteve-se para a declaração de inconstitucionalidade – claro que sem a possibilidade de cassação da decisão pelo Legislativo (art. 200).

Ainda é importante notar que a ação direta interventiva é remodelada: além de proteção dos “princípios constitucionais sensíveis”, o ato supostamente ofensor é que é impugnado e analisado de modo direito pelo STF – e não mais o decreto autorizador da intervenção – e, com isso, a ação direta interventiva ganhou contornos muito mais próximos aos atuais.

Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965 – já no curso do Golpe Militar de 1964 – que o STF ganhará a competência para processar a representação contra a inconstitucionalidade (MAUÉS, 2010, p. 369), de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 101, *k*, da CR/1946).

Com isso, tem início a implantação da lógica do sistema abstrato e concentrado de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Como bem observa Streck (2002,

⁹“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa” (BRASIL, 1946).

p. 354), o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado aqui foi instituído não como um mecanismo de proteção de direito e de garantias fundamentais,¹⁰ mas, devido à sua eficácia *erga omnes*, servia muito bem aos interesses do Governo para estabelecer um mecanismo que fosse efetivo e célere para impedir que juízes e Tribunais ainda afeitos à ideologia democrática pudessem, por meio do controle difuso, tomar decisões que contrariassem as pretensões governistas. O controle concentrado, então, serviu bem aos interesses governistas, possibilitando um freio e um controle do Judiciário brasileiro.

A Constituição de 1967, por sua vez, passou a adotar uma fórmula eclética de controle de constitucionalidade e, com isso, passaram a coexistir o modelo concentrado e o modelo difuso. O art. 45, IV, veiculava a possibilidade de o Senado Federal suspender os atos declarados inconstitucionais pelo STF pela via concreta; e o art. 114 dava ao STF a competência de julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade. Ainda, a ação direta interventiva já não precisava de controle do Congresso Nacional, bastando um ato emanado do Poder Executivo (art. 11, § 2º). E, para pressionar o Judiciário, o Ato Institucional nº 6/1969 modificou a composição do STF de 16 para 11 membros, aposentando compulsoriamente diversos ministros.

Como se não bastasse, o controle difuso também foi atingido com a inserção de um pressuposto recursal para o recurso extraordinário: a “arguição de relevância da questão federal”. Originalmente, sua justificativa se apresentava como medida para tentar solucionar a “crise do Judiciário”, e, principalmente, diminuir o número de recursos extraordinários que deveriam ser julgados pelo STF (BAHIA, 2009, p. 122).¹¹

Por meio da Emenda Constitucional nº 1/1969, o STF passou a ter competência para, no seu Regimento Interno (RI),¹² indicar as causas que, devido à sua relevância,¹³ apresentassem questões que ultrapassassem o

¹⁰ Maués explicita que a finalidade do controle difuso sempre foi ligada à proteção dos direitos fundamentais contra deliberações de uma maioria política, ao passo que “o problema central da defesa da Constituição era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais, de acordo com sua concepção da estrutura hierárquica da ordem jurídica” (MAUÉS, 2010, p. 360).

¹¹ Segundo Baptista (1976, p. 31), os recursos extraordinários representavam 80% dos feitos submetidos ao STF.

¹² O Min. Aliomar Baleeiro, conforme Baptista (1976, p. 32), foi voz minoritária ao discordar da utilização do Regimento Interno do Tribunal para destacar tais causas mais relevantes, pois tal ato deveria ser feito por meio legislativo pelo Congresso, e não pelo Tribunal. Todavia, a maioria expressou seu entendimento no sentido de que tal solução era inovadora por estar dando maior independência ao Judiciário, até porque, com isso, estar-se-ia livrando o Tribunal do “inconveniente diálogo” com o Legislativo, tão volúvel às convicções políticas.

¹³ Esclarece Baptista (1976, p. 35): “[...] a relevância, para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público. Em princípio, qualquer problema de

mero interesse dos litigantes.¹⁴ Dessa forma, a Emenda Regimental nº 3/1975 ao RISTF disciplinou que causas não seriam examinadas pelo Tribunal por já ser pressuposta a carência de relevância.¹⁵

O que se pode perceber é que o critério da relevância apenas deixava a cargo da discricionariedade dos ministros do STF a definição de causas que iriam julgar. O instituto, então, foi de importância ímpar para que o STF pudesse deixar de julgar determinadas causas, desenvolvendo como escusa uma justificativa de ordem meramente processual (BAHIA, 2009, p. 128).

Antes da sessão, os ministros receberiam um extrato e a arguição seria acolhida se pelo menos quatro deles se mostrassem favoráveis (art. 328, § 5º, VIII, RISTF). Uma ata seria publicada para ciência das partes, constando quais arguições foram acolhidas e quais foram rejeitadas. Todavia, a decisão seria irrecorrível (art. 328, § 5º, VII e VIII, RISTF) e não apresentaria qualquer fundamentação ou mesmo motivação.¹⁶

Com a Constituição de 1988 e com a expectativa de uma reabertura democrática, o constituinte buscou implementar um plano de ação que compatibilizasse ambos os sistemas de controle de constitucionalidade.

De um lado, o sistema difuso se manteve, inclusive abolindo-se a arguição de relevância e mantendo a competência do Senado Federal para

aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para as partes, servindo antes como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. Muitas controvérsias sobre o direito processual estão compreendidas nesta última hipótese”.

¹⁴ RISTF: “Art. 327. [...] § 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal” (BRASIL, 2015).

¹⁵ “Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único [da EC nº 1/1969], das decisões proferidas: I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II. nos *habeas corpus*, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV. nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI. nas execuções por título judicial; VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única” (BRASIL, 2015).

¹⁶ Para uma distinção entre fundamentação e motivação de uma decisão judicial, ver Cattoni de Oliveira e Pedron (2010).

editar a Resolução Legislativa (art. 52, X);¹⁷ de outro, o sistema concentrado (art. 102, I, *a*)¹⁸ aparentou se democratizar, uma vez que passou a permitir, na forma do art. 103, um número maior de legitimados, não exclusivamente o Procurador-Geral da República.

Podem, agora, propor a ADI: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O peculiar, aqui, é que não tardou para que membros da doutrina constitucional, como Mendes (1999, p. 131), afirmassem que se trataria de um processo objetivo – sem partes e sem contraditório –,¹⁹ de modo que seu foco não está na defesa de direitos subjetivos, mas em uma suposta defesa da ordem jurídica como um todo (VIEIRA, 2008, p. 150).²⁰

¹⁷ A Constituição de 1988 manteve, no art. 97 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”), a exigência da chamada “cláusula de reserva de plenário” para os julgamentos em face do controle difuso, cuja decisão aponte para a inconstitucionalidade na lei ou ato normativo.

¹⁸ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (BRASIL, 1988).

¹⁹ Tal leitura assumida pelo STF, portanto, é destoante de uma concepção democrática de processo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001; GONÇALVES, 2001; CRUZ, 2004), para a qual o processo é uma espécie de procedimento que deve garantir o contraditório e a simétrica paridade entre as partes. Dessa forma, a legitimidade do provimento produzido é dependente das condições de participação e de construção dos seus destinatários. Logo, a expressão *processo objetivo* à luz dessa concepção é uma contradição em termos.

²⁰ Essa foi exatamente a lógica esposada pelo STF, com destaque ao voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADC nº 1.1 – DF, que tinha como objeto a declaração de constitucionalidade da própria EC nº 3/93.

Outra estranheza fica para o desenvolvimento na jurisprudência do STF de duas classes de legitimados para proposição do controle concentrado: de um lado, têm-se os legitimados “universais” (art. 103, I, II, III, VI, VII e VIII), que não estão sujeitos ao requisito da pertinência temática; e, de outro, aqueles “especiais” (art. 103, IV, V e IX) submetidos a tal exigência.

Ora, se o controle concentrado visa à proteção da ordem constitucional, não tendo partes, nem se voltando ao interesse subjetivo, qualquer um dos legitimados é tão interessado quanto os demais na proteção da Constituição, de modo que a distinção traçada é nitidamente paradoxal e injustificada (VIEIRA, 2008, p. 156; CRUZ, 2004, p. 380), salvo do ponto de vista pragmático: inviabilizar o acesso irrestrito ao STF a fim de que não se tenha um aumento descontrolado de ações suscitando o controle de constitucionalidade.²¹

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 modificou um pouco as feições do controle de constitucionalidade brasileiro, trazendo uma inovação ímpar no direito comparado: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), alterando, assim, o texto original do art. 102, I, *a*.²² Anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, os únicos legitimados para propô-la eram: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. A motivação para sua criação dizia ser a preservação da segurança jurídica e seu pedido, diferentemente da ADI, era pela declaração

²¹ Para ser coerente com sua tese do processo objetivo, o próprio Mendes (1999, p. 145) rejeita tal concepção.

²² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

da *constitucionalidade* da lei ou ato normativo (VIEIRA, 2008, p. 162).

À primeira vista, não deixa de ser estranha a sua motivação; afinal, toda norma até sua declaração jurisdicional definitiva tem a seu favor a presunção de constitucionalidade. Sua justificativa é novamente alcançada apenas num plano pragmático: dada a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de sua decisão, nenhum juízo ou tribunal inferior poderia apresentar entendimento diverso ao do STF, forçando, então, uma interpretação padronizada e em conformidade com o Tribunal,²³ e impedindo a dinâmica regular do controle difuso no Brasil; ou seja, a ADC mostrou ser um importante “instrumento da governabilidade”,²⁴ deixando as preocupações democráticas de lado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Assim, a ADC acabou por representar um mecanismo útil para o enfraquecimento do controle difuso no sistema brasileiro.

Objetivando implementar ainda mais o controle concentrado no direito brasileiro, editaram-se as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 que estabelecem o procedimento para as demandas de controle concentrado. É fácil perceber que nelas o legislador infraconstitucional acabou por ultrapassar os contornos dos institutos fixados na Constituição de 1988 (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Vieira (2008, p. 173) parece demonstrar um otimismo injustificado com relação à disci-

²³ No julgamento da ADC nº 4 (BRASIL, 1999), o STF concluiu pela possibilidade de deferimento de medida liminar em sede de ADC, o que reforça mais ainda seu caráter autoritário.

²⁴ “[...] o efeito e a súmula vinculantes caracterizam-se como mecanismos de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como mecanismos de correção. Eles visam que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência” (MAUÉS, 2010, p. 371).

plina constitucional do *amicus curiae* no art. 7º da primeira lei, inclusive afirmando que tal dispositivo consagra uma postura de abertura da interpretação constitucional para uma “sociedade aberta”.

Todavia, este não é o propósito da norma, já que, em comparações com o direito norte-americano,²⁵ principalmente, a versão nacional do instituto, retira dos participantes da sociedade as condições processuais (contraditório e ampla defesa) para uma atuação efetivamente legitimadora. Desde a ADI nº 3.510-DF, o STF também vem intensificando a realização de “audiências públicas”, o que parece, à primeira vista, sinalizar uma preocupação do Tribunal com a participação argumentativa da sociedade.

Mas, novamente, a postura assumida pelo STF não materializa tal preocupação com a legitimidade de suas decisões, pois, na etapa de fundamentação do provimento, os magistrados deixam de se preocupar em responder aos argumentos trazidos pela sociedade.

3. A falácia do discurso a favor da objetivação do controle de constitucionalidade no Brasil

Nesse quadro sinteticamente traçado anteriormente, é possível verificar que o controle difuso se desenvolveu ao longo da história institucional brasileira como a principal modalidade. Todavia, o controle concentrado, que apareceu em segundo plano, paulatinamente foi ganhando mais relevância no cenário jurídico-constitucional pátrio. Logo, uma afirmação no sentido de que o controle concentrado é a regra geral certamente ou despreza ou subverte a história institucional brasileira.

Maués (2010, p. 372) traz dois importantes argumentos que reforçam tal visão:

²⁵ Ver Mattos (2010).

(a) a Constituição de 1988 não traz qualquer limite ao controle difuso, ainda mais quando se lembra que os direitos fundamentais foram estabelecidos como dotados de aplicabilidade direta;

(b) tanto a ADC quanto a ADPF impedem uma monopolização do controle de constitucionalidade pelo STF, uma vez que pressupõem a existência de controvérsia judicial relevante para sua propositura (Lei nº 9.868/1999, art. 14, III e Lei nº 8.882/1999, art. 1º, parágrafo único, I).

O que se vê, na realidade, são medidas de constitucionalidade duvidosa tentando diminuir o acesso da sociedade aos canais institucionais de discussão da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais, em razão de um fechamento desses canais pela lógica do sistema concentrado.

Entretanto, uma ótica e uma ideologia que elevam a todo custo uma leitura de economia e de celeridade acabam por advogar a ampliação de mecanismos para a utilização de decisões cunhadas a partir de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ao que parece, então, escapa aos ministros Mendes e Grau o fato de que a Constituição de 1988 representa uma opção paradigmática ao Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, traz exigências normativas de participação democrática da sociedade nos processos de decisão institucionais, inclusive naqueles que versam sobre (in)constitucionalidade de normas produzidas por um Legislativo nacional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10).

O último ato contra o controle difuso no Brasil acabou sendo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar o pressuposto recursal da arguição de repercussão geral para o recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CR/88).²⁶ O objetivo foi o desenvolvimento de um “filtro” para os recursos extraordinários, a fim de diminuir o número julgado pelo STF. Ter-se-á, então, um incidente processual prévio ao conhecimento do mérito do recurso extraordinário, no qual o STF analisará se a causa apresenta tal repercussão geral. O STF, apenas por dois terços dos seus ministros, poderia recusar o conhecimento da matéria, por entender ausente a repercussão.²⁷

²⁶ “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 1988).

²⁷ Nesse sentido, o § 3º do art. 102 torna, pelo menos a princípio, todo recurso dotado de repercussão, cabendo ao STF um exame mais detalhado e o pronunciamento negativo por quórum especial. É claro que, por questões de economia procedimental, a análise da repercussão geral só vem depois de esgotada a verificação de atendimento de todos os demais pressupostos recursais, conforme determina o art. 323, do RISTF.

Sinteticamente, o propósito seria desenvolver um pressuposto recursal, no qual o recorrente deveria demonstrar que seu caso, seja no aspecto jurídico, econômico, político ou social,²⁸ levanta uma questão que ultrapassa o plano de interesse apenas individual, materializando um interesse público subjacente (art. 543-A, § 1º, do CPC/1973 e art. 1.032, do CPC/2015).²⁹

Sendo assim, tanto Tavares (2004) quanto Madeira (2011) reconhecem que o julgamento da repercussão geral se dá no modelo do processo objetivo – já presente nas demandas pelo sistema do controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, os interesses subjetivos das partes devem ceder lugar a um interesse público maior: a defesa da ordem constitucional objetiva. Contudo, um problema aparece nessa leitura levada a cabo pela dogmática: “Com a repercussão geral não é qualquer violação à Constituição que vai ser apreciada pelo Su-

²⁸ Madeira (2011, p. 571) destaca que tais espécies caracterizadoras da repercussão geral pelo legislador infraconstitucional são imersas em imensa subjetividade, mas tal situação não é acidental, é intencional, pois permite ao STF a discricionariedade de seleção de causas e, com isso, garante a eficiência desse filtro recursal.

²⁹ Para André Ramos Tavares (2004, p. 55), a repercussão geral estaria presente quando a questão constitucional fosse dotada do atributo da novidade e da multiplicidade, isto é, ela deverá ser inédita e sua decisão deverá ser útil para a resolução de diversos outros casos pendentes nos tribunais inferiores. Ora, tal tese apenas pode ser cogitada como adequada se for considerada também adequada à tese do processo objetivo nos Tribunais Superiores. Entretanto, isso acaba por deixar transparecer um problema processual grave: os defensores dessa tese olvidam o fato de que o recurso extraordinário decorre sempre de uma causa, isto é, de uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelas partes do processo, a princípio do autor, e não de uma questão que pode ser resolvida em abstrato. Todavia, ainda assim é possível afirmar que, mesmo a apreciação judicial em abstrato, como acontece com as hipóteses de controle de constitucionalidade, constitui-se em discursos de aplicação e, por isso mesmo, depende de uma base fática, não se processando no vácuo (CRUZ, 2004, p. 246). Ao que parece, esse perfil elitista por parte do Judiciário, assumido principalmente pelo STF com a tese da natureza objetiva dos processos destinados a julgamento naquele Tribunal, é transportado para o processamento do recurso extraordinário.

premo Tribunal Federal, mas somente aquelas que têm uma repercussão que ultrapasse o caso concreto” (MADEIRA, 2011, p. 572).

Isso equivale, então, a dizer que o Supremo Tribunal Federal não vai mais zelar por toda a Constituição, mas somente pelas normas e situações que ele entender como de especial importância (MADEIRA, 2011, p. 572).

Ora, ao proceder assim, parece olvidar a dogmática de que se estaria criando uma distinção hierárquica entre as próprias normas constitucionais; ter-se-iam algumas normas que são mais importantes do que outras – e é o próprio STF que definirá isso –, já que sua violação justifica a intervenção processual do Tribunal e, em outras, essa atuação não é vista como necessária. Algumas lesões à Constituição seriam de segunda ordem e, por isso mesmo, “toleradas” pelo STF.³⁰

Desde o início, há críticas ao quórum de 2/3 dos ministros para não conhecimento do recurso.³¹ Para muitos juristas, tratar-se-ia de número elevado, o que conduziria a uma permissividade recursal maior e indesejável, razão pela qual a legislação processual acabou regulando a questão de modo distinto.

Logo, a Lei nº 11.418/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), acabou por dar novas feições ao instituto e um rigor ainda maior que o dado pelo texto constitucional. Pelo texto da lei processual, o Presidente do tribunal recorrido (*a quo*) tem

³⁰ O perigo, então, dessa leitura reside no fato de que se olvida que normas – pelo simples fato de serem objeto de uma deliberação e discussão pública e política pelo Legislativo – representam interesses públicos por si sós e, portanto, qualquer forma de violação a uma norma jurídica já é uma ofensa ao interesse de toda sociedade; afinal, essa mesma sociedade espera que suas normas sejam integralmente cumpridas.

³¹ Também no sistema alemão aparece a exigência de 2/3 dos membros do Tribunal para a não apreciação do recurso, favorecendo a lógica de que, em regra, o recurso deverá ser conhecido (JORGE; SARTÓRIO, 2005, p. 186).

a competência para realizar uma primeira análise da repercussão geral, podendo considerar prejudicados todos aqueles que versem sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral (art. 543-B do CPC/1973 e art. 1.033 do CPC/2015). Ele ainda pode realizar uma seleção por amostragem dos recursos que seguirão para o STF analisar a presença da repercussão geral.³²

As decisões sobre a repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF (art. 329 do RISTF), de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas. Sendo assim, segundo o art. 543-A, § 5º, do CPC/1973³³, a negativa de repercussão geral terá o condão de prejudicar o julgamento de mérito dos demais recursos extraordinários que veicularem a mesma controvérsia. A negativa de seguimento poderá ser pronunciada pelo STF se o recurso já tiver em sua órbita de competência, ou mesmo pelo Presidente do Tribunal *a quo*. Vê-se aqui uma modalidade de indeferimento dos recursos através de um efeito *erga omnes*.

Todavia, ainda que pesem tais tentativas de redução do espaço do sistema difuso, o fato é que o mesmo ainda compõe a nossa tradição e se afirma, continuamente, como a regra e a tônica do Direito Constitucional brasileiro, de modo que suas decisões apresentavam o efeito temporal retrospectivo (*ex tunc*) e o efeito

peçoal limitado às partes (*inter partes*). Bem coloca, então, a situação Dinamarco (2010, p. 89-90):

“Ora, quando uma dessas pronúncias (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) vem expressa pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, é natural que tenha eficácia *erga omnes* porque essa é a função das ações diretas [...]. No controle concentrado! Não ocorre uma tal expansão de eficácia, todavia, quando a constitucionalidade da lei é declarada no controle *difuso*. Se ao julgar um *recurso extraordinário* vem o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade, é natural que essa decisão tenha grande poder de contaminação, dada a já apontada razão de, imediata ou mediamente, produzir a ineficácia (sentença constitutiva negativa). Mas, sendo um *recurso extraordinário* julgado com a conclusão pela *constitucionalidade* da lei ou ato impugnado, não ocorre essa desconstituição de eficácia nem qualquer outra consequência parecida. Em perspectiva técnico-processual vê-se que, em decisões como essa, não está o Supremo pronunciando a constitucionalidade em sede principal (*principaliter*) mas *incidenter tantum*: a constitucionalidade da lei impugnada aparece ali exclusivamente como fundamento, ou *razão de decidir*. O *decisum*, nos processos de controle difuso, consiste na conclusão que o Tribunal vier a dar no tocante ao litígio pendente entre as partes, concluindo pela procedência ou improcedência da pretensão do autor. [...] Não ocorre pois tal propagação de eficácia e, como vou dizendo, a pronúncia de constitucionalidade de uma lei ou de algum outro ato estatal em sede de controle difuso não é dotada de eficácia *erga omnes*” (DINAMARCO, 2010, p. 89-90, grifo do autor).

Maués (2010, p. 375) identifica, ainda, a existência de uma reação sistêmica ao controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, argumento que enfraquece, ainda mais, a tese da preponderância deste sobre o controle difuso. Assim,

³² Aqui, fica clara a deturpação do regramento constitucional: ao passo que o texto do art. 103-A, da CR/88, considerava a análise caso a caso do requisito de admissibilidade da repercussão geral, o art. 534-B, do CPC/1973, e o art. 328, do RISTF, falam em julgamento por amostragem, de modo que a decisão para um caso passa a ter validade para outros que ainda aguardam o julgamento.

³³ “§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1973).

“[u]ma primeira hipótese em que seria possível aventar limitações ao exercício do controle difuso refere-se ao indeferimento da cautelar em ADIn. Como vimos, contudo, o STF não aderiu à tese de que essa decisão possui efeito vinculante, o que significa que o controle incidental de constitucionalidade pode continuar sendo exercido sobre a lei cuja eficácia não foi suspensa pelo STF” (MAUÉS, 2010, p. 375).

O autor busca, ainda, destacar outras situações nas quais, então, poder-se-ia falar em preponderância: (a) deferimento da medida cautelar em ADC, com efeito de suspender o curso do julgamento de processos que discutam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação.³⁴ Mas, Maués (2010) lembra que, de 1993 até 2010, essa situação teve pouco impacto, já que, apenas nas ADCs nºs 4,³⁵ 5, 8, 9, 11, 12 e 18, o mesmo foi utilizado. O STF reconheceu que a “singularidade da questão” ou as “peculiaridades do caso concreto” poderiam afastar o efeito vinculante da decisão liminar de uma ADC;³⁶ (b) improcedência da ADI e da decisão pela procedência da ADC. Mas, novamente, a própria jurisprudência do STF já assumiu o entendimento de que é possível que no caso a caso a lei declarada (in)constitucional pelo STF em sede de ADI ou ADC possa continuar a ser discutida no controle difuso, deixando-se de aplicar a decisão anterior.³⁷

³⁴ “Como o próprio STF indica quando defere a cautelar em ADC, a suspensão dos processos significa que não pode ser prolatada qualquer decisão que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade dos dispositivos alcançados pela liminar, além de que, no caso de efeitos *ex tunc* da cautelar, suspendem-se os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado que também tenham deixado de aplicar a norma pela mesma razão. À primeira vista, isso representa suspender a possibilidade do exercício do controle difuso, monopolizando, ainda que temporariamente, a fiscalização da constitucionalidade no STF” (MAUÉS, 2010, p. 376).

³⁵ “No entanto, no julgamento de várias reclamações com base na cautelar concedida na ADC nº 4, o próprio STF reconheceu como válida a não aplicação da lei em casos concretos pelos demais órgãos do judiciário. Essa ação teve como objeto a declaração de constitucionalidade, com pedido de cautelar, do art. 1º da Lei nº 9.494/97, segundo o qual: ‘Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992’. Como visto, essa lei estendia à tutela antecipada um conjunto de limitações já existentes no ordenamento jurídico para a concessão de liminares em mandado de segurança ou processo cautelar contra o Poder Público” (MAUÉS, 2010, p. 376).

³⁶ “[...] o STF firmou jurisprudência no sentido de que, tal como ementado no julgamento das Rcls. nºs 1.105, 1.137, 1.122, ‘A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária’ e editou a Súmula 729, com o mesmo teor” (MAUÉS, 2010, p. 378).

³⁷ “No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, ajuizada pelo Estado da Paraíba, o STF manteve decisão do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, que expedira ordem de sequestro de bens do Estado para quitação de precatório, em razão de grave moléstia que acometia a credora da Fazenda Pública. Para o Supremo Tribunal, essa decisão não conflitava com seu julgamento da ADIn nº 1.662, que declarara inconstitucional hipótese similar de sequestro” (MAUÉS, 2010, p. 379). Outra situação de destaque: “Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar na Reclamação nº 4.374, ajuizada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes também reconhece que o STF pode mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade da norma em determinadas situações. Nesse caso, a

Com isso, tal quadro vem reforçar a importância do controle difuso para a tradição brasileira, e sua compatibilização com o controle concentrado. Logo:

“ainda que o ato normativo não seja julgado, pela via direta, incompatível com a Constituição, sua aplicação pode gerar situações inconstitucionais não previstas pelo STF, demandando que a lei não seja aplicada à espécie. Embora não haja declaração de inconstitucionalidade, a lei deixa de ser aplicada ao caso, o que representa igualmente uma forma de exercício do controle difuso” (MAUÉS, 2010, p. 381).

E conclui o mesmo autor:

“O conjunto de casos aqui analisados serve para exemplificar que o direito brasileiro admite que o juiz afaste o precedente dotado de efeito vinculante, ou a súmula vinculante, sem desprezar a autoridade da decisão do STF, sempre que haja novos argumentos, diferentes daqueles que foram recusados pelo Alto Tribunal. Por essas razões, devemos concluir que a declaração de constitucionalidade em ADIn ou ADC e a edição de súmula vinculante que declara lei compatível com a Constituição não eliminam a concorrência no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, tendo em vista que permanece possível seu exercício no caso concreto. O indeferimento de reclamações pelo STF demonstra que o controle difuso continua ativo no exercício do juízo de constitucionalidade da lei, elaborando novos argumentos que podem, ao final, ser reconhecidos como válidos pelo próprio STF. Nada melhor para demonstrar o caráter concorrente de nosso sistema” (MAUÉS, 2010, p. 382).

4. A função do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro

A partir das colocações anteriores, registra-se que é atual e necessária a figura do efeito *erga omnes* possibilitada pela participação do Senado

reclamação fundava-se em pretensa ofensa à decisão do STF na ADIn nº 1.232, que julgara constitucional os critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 para o recebimento do benefício previsto no art. 203, V, da CF. Na decisão reclamada, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco afastara o requisito da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo, considerando que tal critério legal não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. Na fundamentação de sua decisão, o Min. Gilmar lembra que o STF mantinha-se firme no deferimento de reclamações em casos semelhantes, mas que vinha revendo seu entendimento, baseado em que a reclamação não é um meio hábil para ‘reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993’. Além disso, as decisões reclamadas não declaravam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas buscavam interpretá-lo em conjunto com a legislação posterior (Leis nºs 10.836/2004, 10.689/2003 e 9.533/1997), mais vantajosa para a análise da miserabilidade” (MAUÉS, 2010, p. 379-380).

Federal, ao editar a Resolução Legislativa retirando a eficácia da norma declarada pelo STF.

É importante a seguinte observação: o Regimento Interno do Senado Federal (art. 386) admite que tal comunicação, além de feita pelo STF, pode ser encaminhada também pelo Procurador-Geral da República ou pela respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

Ainda cabem duas discussões: (a) quanto à compulsoriedade da edição de tal resolução; e (b) quanto aos seus respectivos efeitos.

Como já se mencionou, a doutrina constitucional brasileira se divide entre os entendimentos de que a atuação do Senado seria discricionária ou de que seria vinculada à decisão do STF. Desse modo, a função do Senado seria apenas a de dar publicidade à decisão assumida pelo STF anteriormente.

Lembra Brossard (1976, p. 56) que Lúcio Bittencourt foi um dos primeiros a levantar a tese da natureza vinculada. Mas fica, então, uma pergunta: qual a diferença, se tanto a decisão do STF quanto a resolução do Senado são ambas públicas e veiculadas no Diário Oficial? Seria, então, o Senado uma espécie de órgão de registro ou de assessoria de imprensa do Tribunal?

A resposta para tais questionamentos, e, claro, para a negativa da tese do caráter vinculado, está novamente na história institucional brasileira. Como já se disse, o Senado Federal, no texto da Constituição de 1934, quando recebeu tal competência, funcionava em uma situação especial, como um “Poder Coordenador” dos demais. Dessa dinâmica e visando ao equilíbrio, o constituinte – justamente a partir de uma dinâmica de *checks and balances* – determinou que o efeito *erga omnes* fosse dependente de uma *deliberação* política no Senado Federal, ou seja, o ato era discutido e votado pelo órgão, e não apenas aprovado em caráter automático (mecânico).

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 4) destacam, então, que o “novo” papel que pretendem os ministros do STF para o Senado Federal no controle difuso perde de vista o fato de que ele é composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro que exercem uma função importante no que toca à legitimidade democrática, haja vista o debate público que a questão decidida pelo STF poderá promover. Além disso, deve-se observar que o seu caráter revogatório decorre do fato de o ato ter natureza política, e, conseqüentemente, eficácia temporal *ex nunc*; ou seja, tem-se aqui uma norma jurídica posterior retirando a anterior do ordenamento jurídico.

Entretanto, alguém poderia observar que, a partir da Constituição de 1946, quando retorna essa atribuição ao Senado Federal, após a queda do regime jurídico da Carta de 1937, o Senado volta a ocupar o papel de

casa legislativa, e não mais de “coordenador” dos demais Poderes. Mas isso não significa que a tradição já assentada tenha sofrido alterações. Por isso mesmo, o constituinte de 1946 manteve a mesma atribuição ao Senado Federal. Como demonstra Brossard (1976), a tradição se manteve na década de 1970, preservando a respectiva leitura. O mesmo jurista posiciona-se, inclusive, sobre os riscos de o Senado Federal editar uma Resolução exclusivamente a partir de um único julgado do STF – ainda que tenha sido este unânime. Para ele, é importante a prudência dos senadores, que devem procurar verificar se a decisão do Tribunal não passa de um caso único e isolado, bem como balizar sua decisão política nas leituras e nas interpretações assumidas por outros atores do cenário jurídico nacional – tribunais inferiores, doutrinadores etc., o que remete a uma ideia de sociedade efetivamente “aberta”. Ao que parece, essa tese não perde de vista, inclusive, que a decisão assumida pelo STF pode ser eivada de erro (BROSSARD, 1976, p. 63).³⁸

³⁸ Ao que tudo indica, é exatamente esse ponto que parece obscurecer os votos dos ministros Mendes e Grau na Reclamação nº 4.335-AC; principalmente o último, com uma atitude que pode soar como prepotência e como arrogância, para quem o Tribunal “está mais ao alto”, devendo a doutrina se curvar às suas posições. Mas, tal posição não é original. O Min. Grau, em sua apresentação à obra de Schmitt (2006), *Teologia Política*, na “versão” para a língua portuguesa, tenta atualizar e contextualizar a conclusão atingida pelo jurista alemão. Se “o soberano é aquele quem decide sobre o estado de exceção”, quem é o “soberano” no Brasil contemporâneo? Ora, seria de se esperar que um jurista comprometido com a ordem democrática trazida pela Constituição de 1988 – para não mencionar um ministro do STF, como é o caso de Grau – responderia afirmando que o soberano é o *povo*. A resposta de Grau (2006, p. xii) vai por outra via – se já é possível se surpreender com uma resposta que revela um conteúdo autoritário, muito próximo ao próprio Schmitt (2006), a continuação consegue ser ainda mais assustadora – e atesta que o soberano é o *Judiciário*, mais atentamente o *Supremo Tribunal Federal*. Se a resposta ainda poderia deixar dúvidas quanto ao fato de Grau ter, realmente, entendido o argumento schmittiano, essas indagações desaparecem quando se lê o voto na Reclamação nº 4.335-AC. A saída pela via da mutação constitucional que tomam, tanto ele quanto Mendes, não deixa de querer revelar que o STF detém o controle tanto

Outra reflexão, também presa ao problema, está na definição do efeito temporal da Resolução do Senado. Segundo Cruz (2004, p. 343), a doutrina brasileira majoritária – o que inclui nomes como José Afonso da Silva (2005), entre outros – advoga a tese de que os efeitos temporais da Resolução do Senado Federal serão prospectivos, isto é, *ex nunc*; já outros juristas – como Mendes (1999) e Clève (2000), por exemplo – trazem a tese de que o ato do Senado não se confunde com a revogação da lei e, por isso mesmo, teria efeitos de confirmar a inconstitucionalidade, sendo, então, *ex tunc*.

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 5) aduzem, então, um importante argumento: o STF parece se esquecer do que significa “suspender a execução” de uma lei ou de um ato normativo. Ora, uma coisa é a “retirada da eficácia da lei” própria do controle concentrado, outra é a ação do Senado de retirar, do quadro das leis, uma lei declarada inconstitucional no controle difuso (o que é revogação). Autores filiados à mesma corrente de Mendes (1999) e de Clève (2000) parecem recair no equívoco de acreditar que a suspensão da eficácia de uma lei é similar ao ato de revogação.

O ato do Senado Federal, até por ser um ato de natureza política, é similar ao ato de revogação (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 5); logo, os efeitos preteridos permanecem, permitindo falar no efeito *ex nunc*, ao passo que a decisão no controle concentrado visa a declarar a nulidade da norma. Nessa lógica, exige-se uma interpretação no sentido de que norma inconstitucional nunca poderia ter existido e, por isso mesmo, nunca te-

sobre o direito quanto sobre a exceção schmittiana. E, por isso mesmo, decorre a proposta de uma mutação sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988. Não é sem propósito, portanto, a crítica que o Min. Pertence faz em seu voto, questionando a legitimidade da mutação e suas proximidades a um Golpe de Estado.

ria produzido os seus efeitos, o que determinaria o efeito *ex tunc* (STRECK, 2002, p. 377). Assim,

“[s]e até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a *decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos *inter partes* em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: *por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia?* Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RSM 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado” (STRECK, 2002, p. 377, grifo do autor).

Toda a questão, portanto, parece radicar no fato de a atuação do Senado Federal ter natureza política, o que os votos dos ministros Mendes e Grau tentam obscurecer. Mesmo assim, Brossard (1976) já havia identificado uma importante questão: a natureza política da deliberação do Senado Federal cumpre um importante papel no que toca à possibilidade de abertura de um canal comunicativo para a sociedade. Ou seja, o Senado Federal não atua apenas como um órgão de uniformização de jurisprudência, mas há outra função igualmente importante subjacente.

Ora, tal situação, como o mesmo autor já identificou, marca a oportunidade de que, para a tomada de sua decisão, o Senado Federal se mostre poroso para participações advindas de vários setores da sociedade – demais tribunais, membros da doutrina constitucional, intelectuais etc. –, pluralizando as razões para uma toma-

da de decisão. Há, então, aqui, um nítido ganho para uma democracia procedimental, o que não pode ser apagado, como quer uma parcela do STF. Essa abertura para novas razões sobre a (in)constitucionalidade da norma, distintas daquelas trazidas pelo STF em sua decisão, provocará um ganho qualitativo de legitimidade para a deliberação do Senado Federal.

5. Última reflexão: o equívoco por detrás do argumento da mutação (in)constitucional na Reclamação nº 4.355-AC

Fica, ainda, um questionamento importante: já que é a tradição do constitucionalismo brasileiro subjacente ao texto da Constituição de 1988 que fixa não apenas o papel do Senado Federal na dinâmica do controle de constitucionalidade, mas também a sua distinção em face do controle concentrado, qual a legitimidade do STF para decidir alterar por meio de sua decisão – e não por meio de um processo formal da Constituição – suas disposições?

Ora, como bem estabelecem Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6), tais características apresentadas pela Constituição de 1988 não são meros elementos de um debate entre acadêmicos, mas, antes de tudo, são normas constitucionais, que revelam, quando entendidas sob um pano de fundo maior, a tradição constitucional brasileira, e mais, assinalam “um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira”.

Pode-se, ainda, acrescentar que a manutenção da posição assumida por Mendes e Grau em seus votos acaba por violar também um “modelo constitucional de processo”, já que a decisão em sede de recurso extraordinário dotada de eficácia *erga omnes* se faz imperativa para pessoas que não participaram do debate que conduziu a construção do próprio provi-

mento jurisdicional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Esse “modelo constitucional”³⁹ é formado por um conjunto de princípios processuais constitucionalizados, dentre eles, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa (ANDOLINA; VIGNERA, 1990). Por se tratar de um recurso, é evidente que há interesses dos sujeitos processuais envolvidos, não sendo cabível afirmar a tese de um julgamento “objetivo”, sob pena de contrariedade à própria lógica do instituto processual. Assim, lembra Nunes,

“o instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate” (NUNES, 2003, p. 148).

É importante, então, fazer um alerta: o princípio do contraditório, hoje, não pode mais ser reduzido, como outrora, a um direito de “dizer e contradizer” ou à “bilateralidade em audiência”, como querem as teorias tradicionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 55-56). O contraditório, a partir de uma perspectiva processual democrática, deve ser compreendido como direito de participação em igualdade na preparação do provimento, como já faz Fazzalari (1996). Explicando melhor, posiciona-se Nunes (2008, p. 230):

“Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório” (NUNES, 2008, p. 230).

Logo, a tese advogada pelos ministros Mendes e Grau acaba por ignorar a dimensão processual que também é um dos marcos distintivos dos controles difuso e concentrado. A teoria processual democrática, trazida pelas teses de Fazzalari (1996), Andolina e Vignera (1990), Gonçalves (2001) e Cattoni de Oliveira (2001), expressa bem as preocupações em superar uma concepção solipsista de processo, indicando a necessidade de, em observância ao princípio democrático, respeitar os espaços de participação de todos aqueles que são atingidos pela decisão judicial (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10).⁴⁰

³⁹ “[...] a estrutura procedimental como espaço intersubjetivo e participativo dos provimentos, com a marca de nosso ‘modelo constitucional’ em sua acepção dinâmica, lastreado institucionalmente por uma ampla defesa, uma fundamentação adequada das decisões e por um contraditório dinâmico, em que existe um diálogo genuíno entre juiz e partes, e não meramente formal, entendido como princípio da bilateralidade da audiência” (NUNES, 2003, p. 52).

⁴⁰ Nesse aspecto, é fundamental uma incursão nos aprendizados trazidos pela hermenêutica para que se possa compreender, como explicam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 10), que a filosofia da consciência entra em processo de ruínas a partir da proposta de compreensão intersubjetiva do mundo e do Direito. Também no campo processual, a hermenêutica e as teorias processuais democráticas vão apresentar séria oposição à leitura “instrumentalista” do processo, como a levada a cabo por Dinamarco (1999) e outros.

Importantes, ainda, são as observações feitas tanto pelo Min. Pertence quanto por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6) no sentido de que tal conclusão traz ainda uma consequência séria: o esvaziamento da função da súmula vinculante, inserida na órbita jurídica brasileira pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para a edição de uma súmula vinculante pelo STF, conforme o art. 103-A, da Constituição de 1988,⁴¹ precisa-se de um quórum especial de 2/3 (dois terços) de seus membros. Já a decisão a que o STF atribui a eficácia *erga omnes*, o HC nº 82.959, foi tomada por um quórum nada tranquilo, de seis votos a cinco, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6).

Ao fim, a reconstrução, análise e discussão dos votos acabam por abrir para um questionamento mais profundo acerca dos limites e da legitimidade do uso da chamada mutação constitucional. Para uma parte da teoria constitucional, a mutação é um mecanismo legítimo de “atualização” (alteração) das normas constitucionais. Todavia, o questionamento de Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 11) é crucial: não seria a mutação constitucional uma forma de “substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário”, o que revelaria um grave desvio no campo da separação das funções do Estado, comprometendo a dinâmica democrática?

É verdade que a posição assumida pelo STF demonstra uma faceta decisionista da função jurisdicional, principalmente no que tange ao exercício dos mecanismos de controle de consti-

tucionalidade, já que passam a exercer um papel hipertrofiado, avocando uma legitimidade duvidosa para, não apenas “guardar” a Constituição, mas assumir como uma modalidade de Poder Constituinte permanente (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12-13). Assim, se para o STF a Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF.⁴²

Outra questão também levantada por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 11): não haveria sob a base da tese da mutação constitucional um problema hermenêutico grave? Ora, a suposta correção jurisprudencial desse hiato entre realidade e normatividade não está na verdade encobrendo uma concepção limitada de compreender o próprio Direito contemporâneo, que deveria estar afinado a um paradigma do Estado Democrático de Direito? Ou, dizendo de outro modo: não se está tentando lançar mão de um instrumental teórico típico da crise do positivismo para solucionar o que parece ser um problema do tempo atual (JACOBSON; SCHLINK, 2002)?

É interessante observar que as leituras desenvolvidas pelos ministros Mendes e Grau acerca da mutação constitucional são ainda

⁴¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 1988).

⁴² “Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”. “A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo [*sic*] que ‘diz o que é a Constituição’)” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12).

colidentes entre si. Para o primeiro, a mutação é instrumental hermenêutico-constitucional, por meio do qual o Tribunal pode modificar a norma, mas com a preservação do texto original; para o segundo, a mutação constitucional exige a alteração tanto da norma como do texto normativo. Em ambos os casos, fica clara a redução da estrutura normativa do direito a um mero conjunto de regras jurídicas, olvidando-se, de modo absoluto, uma compreensão do Direito a partir de uma dimensão principiológica; e mais, uma dimensão principiológica organizada a partir de uma exigência de integridade (DWORKIN, 1999; STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12). Todo o problema é desenvolvido pelos ministros a partir de uma dicotomia entre “texto e norma” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 200, p. 13), apostando na tese da mutação como a solução taumaturga do problema, mas que é falha por não problematizar paradigmaticamente a questão.

Ora, a teoria e o conceito de mutação constitucional têm sua gênese teórica no pensamento de Laband e Jellinek, nos fins do século XIX e início do século XX, com posterior reformulação e tentativa de sistematização por Dau-Lin, no curso da República de Weimar. Em ambos os casos, assim como a posterior teorização de Hesse, o que se vê é a utilização do mecanismo da mutação constitucional para a resolução de problemas típicos de paradigmas jurídicos diferentes do assumido pelo Estado Democrático de Direito. Isso porque tais propostas de soluções aos problemas se dão ainda dentro dos limites de uma concepção positivista já em crise e descompromissada com uma função jurisdicional democrática, que, necessariamente, tem que assumir uma interpretação construtiva (DWORKIN, 1999) do Direito, tendo em vista que o direito é um empreendimento coletivo do qual participa toda a sociedade – na forma de uma comunidade de princípios.

Além do mais, deve-se lembrar que todos os autores que se debruçaram sobre a figura da mutação constitucional identificaram que seu emprego se dá sempre dentro de limites, que, se desobedecidos, desnaturam toda a legitimidade de sua aplicação, fazendo com que o produto mental seja, na realidade, uma mutação inconstitucional.

Todavia, é espantoso que nenhum dos votos a favor de sua aplicação, no caso da Reclamação nº 4.335-AC, tenha sequer levado em conta tais limites e suas consequências.⁴³ Ao inverso, todos os argumentos parecem se apoiar apenas em uma racionalidade instrumental (celeridade, efetividade e segurança jurídica, como razões elevadas a verdadeiros dogmas no interior do discurso decisório), segundo a qual “os fins justificam os meios”.

Por isso mesmo há que avaliar se, no quadro teórico da mutação constitucional, seria constitucional a postura decisória assumida pelos ministros Mendes e Grau.⁴⁴ Afinal, poderia o STF modificar uma norma presente no texto da Constituição de 1988, versando sobre separação de poderes, uma vez que o próprio texto constitucional, no seu artigo 60, § 4º, III,⁴⁵ impede

⁴³ Ora, para os ministros Barbosa e Pertence, no mesmo julgado, a utilização da mutação constitucional no caso é totalmente descabida e vilipendiadora da própria Constituição de 1988. Pertence, mais uma vez, lembra que isso traz toda a aparência de “golpe de Estado”.

⁴⁴ “Portanto, na Rcl. nº 4.335-5/AC, o conceito e o limite de mutação adotados por Eros Grau desrespeitam a Constituição. Como já dito, existe uma única maneira de mudar o texto constitucional – chamada de reforma constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder Legislativo (titular do poder constituinte derivado). E também existe um procedimento específico para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional (exatamente o que Eros Grau propôs) atenta contra a Constituição” (CARVALHO, 2009, p. 25).

⁴⁵ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

a alteração pela via da emenda à Constituição? Logo, se nem mesmo o Poder Constituinte derivado está autorizado pela Constituição a proceder a uma alteração como essa, o que legitimará o STF?

Fato é que, textualmente, o dispositivo constitucional refere-se apenas à figura da abolição (extinção), mas tal situação deve ser interpretada de modo mais adequado como proteção ao núcleo essencial dos princípios, de modo que, sendo assim, pode ser evidenciado um agigantamento no plano das funções do Judiciário, o que viria a ser contrário à ideia de *checks and balances*, adotada pelo constituinte de 1988.

A discussão trazida, então, pelo voto do Min. Pertence é importante: será que, ao se lançar mão de um recurso como a mutação constitucional, não se está aceitando o “triunfo do fato sobre a norma” e, com isso, correndo o risco de se perder de vista a “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991)?

Dito de outro modo, a utilização da mutação constitucional não poderia trazer danos para a supremacia da Constituição e para o próprio Estado de Direito? Ora, fica claro que o Min. Pertence não coaduna com a solução encontrada pelos ministros Mendes e Grau, pois tal situação acaba em uma inversão de valores.

II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 1988).

O próprio voto do Min. Barbosa remete ao plano da dogmática constitucional, na qual muitos autores apontam que, para se afirmar a existência de uma mutação constitucional, dois requisitos são importantes: (a) o decurso de um período de tempo; e (b) o desuso da norma – o que revela a fragilidade das pretensões dos ministros Mendes e Grau.

Dessa forma, o julgamento da Reclamação nº 4.335-AC acaba por deixar uma constelação de indagações sem solução satisfatória. E mais, acaba por revelar a fragilidade teórica da compreensão levada a cabo pelo próprio STF sobre o que seja a mutação constitucional. Ora, dos quatro ministros que até o momento votaram, nenhum compartilhou do mesmo entendimento que seus pares, demonstrando a obscuridade que ronda tal instituto jurídico, e mais, a relevância de um estudo aprofundado sobre suas condições de possibilidade e de limites, quer dogmáticos quer de legitimidade democrática.

Mas há um elemento comum aos votos dados pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a mutação é resultado da própria leitura semântica da Constituição que eles desenvolvem. Isto é, a alegação de que é preciso adequar a norma a partir do texto normativo constitucional a uma realidade ainda é uma forma de supervalorização do texto em detrimento da norma e também da própria realidade.

Há aqui um paradoxo. Por meio da afirmação de que o Tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, busca-se exatamente encobrir a dificuldade em lidar com outro *standard* normativo que não as regras, qual seja, a figura dos princípios jurídicos. Tal situação fica muito clara quando se volta aos momentos históricos nos quais a teoria da mutação constitucional foi pensada: a crise do positivismo na Alemanha.

Nesse contexto, a solução realista – a autorização de que o Judiciário crie norma

substitutiva à Constituição – é, na verdade, outra fase do positivismo jurídico e ainda um apego paradigmaticamente injustificado ao texto normativo constitucional (CAMARGO, 2009; NUNES, 2008, p. 191).⁴⁶ E, como tal, inadequado para um paradigma que se queira assumir como Democrático.

Sobre o autor

Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor nos cursos de mestrado (Direito Público) e na graduação (Direito) da Universidade FUMEC-MG. Professor Adjunto do IBMEC-MG. Advogado.
E-mail: qpedron@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁷

THE TRIAL OF THE RCL. N. 4335-AC AND THE ROLE OF THE SENATE IN THE DIFFUSE JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT: This paper aims to reconstruct the role of the Senate in the theory and history of Brazilian judicial review. Thus, it seeks to demonstrate that the Senate is a important political institution of the improvement of the Brazilian constitutional law and democracy and, therefore, misguided statement made by the Brazilian Supreme Court, in the judgment of the Rcl. n. 4335-AC, in the sense that it would be possible to identify a constitutional mutation that turns the Legislature in one organ disclosure of decisions of the Brazilian Supreme Court. Historically, the importance of the participation of the Senate in the judicial review is an acquisition of democratic gains for the Brazilian law and cannot be annulled by the Court.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL CHANGES. JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL. THE JUDICIARY CRISIS.

⁴⁶ Nesse cenário, ganha enorme destaque o julgamento da ADPF nº 132 pelo STF, justamente pela demonstração da capacidade de compreensão dessa dimensão principiológica contida na Ordem Jurídica. Se os passos da Reclamação nº 4.335-AC fossem seguidos, o natural seria esperar a afirmação de que a Constituição passou por uma mutação constitucional para afirmar o direito de igual tratamento das uniões homoafetivas, mas essa possibilidade sequer foi cogitada pelo Tribunal. Vecchiatti (2011) até tenta justificar a decisão pela via da mutação, mas tal argumento equivocadamente já não foi assumido pelos julgadores, e o correto seria, como faz Dworkin (1985, 2006), compreendê-lo à luz de uma interpretação construtiva do direito, que toma consciência de um processo histórico de aprendizado ou das “ambições” a que o próprio direito se reserva. Afinal, o que a decisão faz é reconhecer a existência de um princípio mais abstrato, segundo o qual o “Estado não deve tomar decisões apoiadas em preconceitos sociais” ou, de outra forma, “nenhuma decisão estatal pode prejudicar um grupo por simples preconceito social” (DWORKIN, 2006, p. 430).

⁴⁷ Sem revisão do editor.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAPTISTA, Newton Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

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

_____. Emenda constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 18 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação declaratória de constitucionalidade n. 1 /DF. *Diário da Justiça*, 16 jun. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 4 MC / DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ, 11 fev. 1998. *Diário da Justiça*, 21 maio 1999.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 29 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3510 / DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Reclamação n. 4.355 / AC. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 1º set. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno do STF*. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13. n. 50, p.55-64, abr./jun. 1976.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 363-385.

CARVALHO, Renan Flumian. *Qual é o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF?*. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119-152.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. Law's Ambitions for Itself. *Virginia Law Review*, v. 71. n. 2. p.173-187, mar. 1985.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Direito e Justiça).

_____. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Direito e Justiça).

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. ix-xiv. (Del Rey Internacional, n. 2).

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

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p. 1-39.

JORGE, Flávio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2011. p. 526-578.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus Curiae*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINAS GERAIS. Constituição de 15 de junho de 1891. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Del Rey Internacional, n. 2).

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *JusNavigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 38-63.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *JusNavigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Suborno transnacional

A nova realidade normativa brasileira

LEILA BIJOS

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

Resumo: O escopo do presente trabalho é discorrer sobre a nova arquitetura normativa brasileira oriunda da Lei nº 12.846, de agosto de 2013, com enfoque específico no combate à prática delituosa do suborno transnacional. Será apresentada análise do *iter* percorrido pela comunidade internacional até alcançar a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Desse modo, uma análise específica das circunstâncias externas que levaram tanto ao advento do Foreign Corrupt Practices Act – FCPA nos Estados Unidos, bem como às consequências da adoção de tal legislação no contexto internacional. No tocante ao cenário interno, merece destaque o histórico que resultou na promulgação da Lei nº 12.846/13 e a necessidade de adequação à aludida Convenção. Também se trazem à baila as novas regras positivadas nesse estatuto legal relativas ao suborno transnacional, de modo a compreender quais os impactos esperados no país como consequência de sua efetiva aplicação.

Palavras-chave: Corrupção. Suborno transnacional. OCDE.

1. Introdução

O suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais, conhecido como suborno transnacional, ganhou especial atenção no Brasil com a promulgação da Lei nº 12.846, em agosto de 2013. De fato, não obstante a anterior incorporação de normas para combater tal modalidade de delito na seara criminal¹, não havia, até então, um

Recebido em 3/12/14
Aprovado em 9/3/15

¹ Capítulo II-A do Código Penal Brasileiro, incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.

instrumento jurídico que possibilitasse a responsabilização de empresas nessas hipóteses.

O advento do novel diploma legal, chamado de Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção, veio em momento adequado, quando a sociedade passou a demandar uma postura mais ativa das autoridades públicas para combater práticas nocivas à ética empresarial que resultam em atos de corrupção. Como resposta a essa demanda, criou-se um conjunto de regras próprias e sistematizadas que permitem ao Estado responder de modo eficiente às irregularidades praticadas nas relações estabelecidas entre particulares e o poder público.

O compromisso de se combater e prevenir de modo eficiente o suborno transnacional já vem sendo assumido normativamente desde o ano 2000, quando foi publicado o Decreto nº 3.678, que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a qual já havia sido ratificada pelo Poder Legislativo em junho daquele mesmo ano.

É importante notar que outros países também já possuem em seu arcabouço jurídico normas que permitem a responsabilização de pessoas jurídicas por esses atos de corrupção. Nesse passo, merecem destaque os Estados Unidos da América, que, desde o ano de 1977, possuem o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e o Reino Unido, que conta com o chamado *UK Bribery Act*, o qual começou a vigorar em 2011.

O sistema normativo trazido pela Lei da Empresa Limpa trouxe contundentes inovações no cenário nacional. Anteriormente, a responsabilização das pessoas jurídicas em nosso ordenamento jurídico ainda era muito incipiente, sendo limitada a sanções específicas previstas em leis esparsas, que já previam a apenação do agente delituoso. Nesta linha, é oportuno registrar a impossibilidade de contratação com a Administração Pública, prevista na Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), na Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e na Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União); a responsabilidade por infrações da ordem econômica, prevista na Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), e por infrações à Lei nº 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

Com o advento da Lei nº 12.846/13, além de atender aos anseios da comunidade internacional, consubstanciados na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, o Brasil passa a ter um conjunto de regras e princípios que permitem a aplicação de sanções suficientemente gravosas para inibir atos de corrupção por parte de pessoas jurídicas que contratam com a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Focado na análise dessa nova realidade, o presente trabalho tem como escopo analisar a conjuntura internacional e os antecedentes que resulta-

ram na propositura da aludida Convenção por parte da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sem olvidar o papel de destaque dos Estados Unidos como primeiro país a promulgar um diploma legal para o enfrentamento do suborno transnacional.

Em seguida, buscar-se-á demonstrar o caminho percorrido pelo Brasil, na trajetória de aperfeiçoamento normativo, até o advento da Lei da Empresa Limpa, desde a promulgação das alterações incorporadas ao Código Penal até as críticas recebidas pela OCDE.

Por fim, serão trazidas à baila as principais alterações advindas dessa lei no cenário normativo nacional, de modo que seja possível compreender a nova estrutura jurídica por ela delineada, notadamente em relação ao papel de destaque que deverá ser exercido pela Administração Pública no combate ao suborno transnacional.

2. Antecedentes históricos

2.1. O caminho norte-americano no enfrentamento ao suborno transnacional e a Convenção da OCDE

A criação de mecanismos que tenham a desejada eficácia na prevenção e combate à prática do suborno transnacional é uma das principais vertentes na luta que vem sendo travada, em nosso país, contra a corrupção. Na medida em que o oferecimento de vantagens indevidas a servidores públicos estrangeiros tem sido um delito cujas consequências vão além das fronteiras nacionais, registra-se a reação a uma demanda, por ação articulada, dos diversos atores presentes no contexto internacional, para que essa prática nefasta seja devidamente enfrentada e combatida com abrangência global.

Além das punições impostas aos corrompidos, que na maioria das vezes resultam

em sanções de caráter penal, a comunidade internacional também tem buscado garantir a responsabilidade do agente corruptor. É inegável que, punindo-se oferecimento, por parte do corruptor, da indevida vantagem a um servidor público – primeiro elo e passo na cadeia de eventos que resultam no delito de corrupção – certamente se vai desestimular e dificultar a prática dessa modalidade de ilícito.

Tal asserção ganha força de evidência quando se coloca em foco a prática do suborno transnacional. Com efeito, o fato de o corruptor e corrompido terem origem diversa, com costumes e culturas distintas, dificulta o estabelecimento de uma relação que propicie a confiança necessária para práticas ímprobas e antiéticas. Com a aplicação de sanções contundentes a uma dessas partes – o corruptor –, é patente que o caráter inibitório dessa pena tende a mitigar os possíveis comportamentos aptos a resultar em conduta eivada de vício e corrupção.

É de se lembrar que, historicamente, a preocupação com o enfrentamento à prática do suborno transnacional teve início na década de 70, nos Estados Unidos. Naquela ocasião, a *U.S. Securities and Exchange Commission* – SEC² deu início a uma série de investigações para apurar em que circunstâncias ocorreram pagamentos suspeitos feitos por empresas americanas a funcionários públicos estrangeiros para garantir algum tipo de facilidade (SANTOS JÚNIOR, 2014).

Na época, uma série de escândalos denunciados em Relatório da SEC, acerca de pagamentos questionáveis feitos por empresas americanas a funcionários públicos estrangeiros³,

² Tal entidade equivale à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira.

³ Naquele período, mais de 400 empresas norte-americanas admitiram que efetuaram pagamentos questionáveis ou ilegais para agentes de governos estrangeiros, bem como para políticos e seus partidos (HATCHARD, 2010).

evidenciou que tal prática era um fenômeno que se espalhava rapidamente pelas empresas norte-americanas, incluindo aquelas do setor químico, aeroespacial, farmacêutico e de petróleo (CARR; OUTHWAITE, 2008).

Nesse contexto, ganhava força a necessidade de edição de norma legal que permitisse o enfrentamento do problema e igualmente figurasse como resposta sinalizadora do Estado e de sua intolerância a essas práticas negativas de mercado. Em consequência, em 1977 foi aprovado pelo Congresso Americano o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

Tratava-se de norma destinada a coibir o oferecimento, pagamento, promessa ou autorização de pagamento de quaisquer vantagens para agentes que integrassem ou viessem a integrar a administração pública estrangeira, com o escopo de obter privilégios indevidos. As vedações positivadas no aludido estatuto normativo chegavam a ponto de proibir a mera tentativa da obtenção da vantagem, bem como o pagamento feito por meio de intermediários (SALBU, 1997).

Contudo, o advento do FCPA nos Estados Unidos gerou algumas críticas por parte do empresariado daquele país. A reclamação era de que o novo diploma legal resultava em prejuízos para as multinacionais americanas, as quais, ao atuar no mercado internacional, iriam competir em desvantagem com as empresas de outros países que não possuíam legislação semelhante⁴.

Tal contexto de assimetria concorrencial no mercado externo era severamente criticado pela comunidade empresarial norte-americana.

⁴ Era claramente perceptível o rigor e a efetividade do FCPA. Para exemplificar alguns casos de destaque, nas quais houve algum tipo de punição ou os envolvidos fizeram acordo com o governo norte-americano, podemos citar as irregularidades envolvendo as seguintes empresas: *Young & Rubicam*, por irregularidades na Jamaica; *Vitusa Corporation*, por irregularidades na República Dominicana; e *Lockheed*, por irregularidades no Egito (SALBU, 1997).

Nessa direção, é válida a alusão a trabalho publicado no ano de 1980 –, sob o título *American Bribery Legislation: an obstacle to international marketing*. Naquela oportunidade, os autores apresentaram duras censuras ao FCPA:

“Many American business executives as well as Commerce Department Officials indicate that, as a result of the new act, American firms have lost sales worth millions of dollars (the Wall Street Journal, August 2, 1979). European and Japanese competitors, no encumbered by such a law prohibiting overseas payment, have picked up additional market share abroad. [...]” (KAIKATI; LABEL, 1980, p. 39).

Tornava-se evidente a necessidade de que outros países também adotassem o mesmo tipo de legislação, para que se evitassem desequilíbrios concorrenciais na disputa por mercados internacionais, notadamente nos países em desenvolvimento, os quais, pela sua própria condição, estavam mais suscetíveis ao suborno transnacional.

É novamente oportuna a transcrição do trabalho acima citado:

“[...] thus the problem that remains to be corrected is not only how to stop American firms from continuing to make improper payments, but also how to stop their international competitors from doing so. No matter how strictly American laws on the subject are written, the temptation for American firms to avoid them is much greater if their competitors based abroad are able to capture major contracts by meeting the payoff demands that the American firms must reject” (KAIKATI; LABEL, 1980, p. 40).

Essa problemática não passou despercebida na reforma que o FCPA sofreu em 1988. Naquela ocasião constatou-se a necessidade de que os EUA instassem outros países para que seguissem na mesma direção:

“The 1988 Amendments establish an executive charge to foster global adherence to the principles and policies of the FCPA. They request the President to seek the cooperation of OECD members in adopting FCPA standards and to report to Congress on progress in this effort” (SALBU, 1997, p. 248).

O isolamento dos Estados Unidos por quase duas décadas no enfrentamento ao suborno transnacional, apesar de gerar surpresa ou até indignação, é compreensível quando se analisa, do ponto de vista estritamente racional, o comportamento de outras nações tolerantes com essa prática delituosa e pouco inclinadas a combatê-la em seus territórios (LIM, 2010).

Com efeito, o ato de corromper um agente público de outro país gera uma externalidade negativa somente para o local onde está o corrompido. Não há prejuízo claro para o país onde está sediada a empresa corruptora:

“When the bribes are domestic and the officials being bribed are foreign, however, the incentive structures are very much different. In particular, firms may still derive advantages by bribing the officials of other nations, but this imposes a cost only on the country whose officials are being bribed. Hence, for the governments of the bribing nations, such transactions represent an economic gain without the associated cost of corruption in their own administration [...]” (LIM, 2010, p. 5).

Em resumo, não havia estrutura de incentivos apta a mover os países integrantes da comunidade internacional em direção à elaboração de normas cujo intuito fosse o enfrentamento do suborno transnacional.

Diante desse quadro, o governo dos Estados Unidos deu início a uma política internacional mais agressiva para que outros países também criminalizassem e combatessem o suborno transnacional.

Nessa linha, em 1996, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE adotou uma Resolução que condenava as deduções fiscais concedidas para gastos realizados por empresas nacionais com suborno pagos em outros locais⁵ (SALBU, 1997).

Seguindo nessa direção, foi concluída em Paris, em dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Brasil em 30 de novembro de 2000, por meio do Decreto nº 3.678.

Deve-se destacar que foi justamente nos anos 90 que teve início o chamado regionalismo aberto (BIJOS, 2010), caracterizado por um acentuado processo de integração de mercados e pela abertura da economia de diversos países. Nesse novo cenário internacional, é patente que havia campo fértil para a prática do suborno transnacional. A Convenção sobre

⁵ LIM (2010) menciona a Bélgica e a Austrália como países que adotavam essa prática.

o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais vinha, portanto, em momento oportuno, ao prever medidas que os países signatários deveriam adotar para o adequado enfrentamento ao suborno transnacional. É válida a transcrição do art. 3º da Convenção:

“1. The bribery of a foreign public official shall be punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties. The range of penalties shall be comparable to that applicable to the bribery of the Party’s own public officials and shall, in the case of natural persons, include deprivation of liberty sufficient to enable effective mutual legal assistance and extradition.

2. In the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions, for bribery of foreign public officials.

3. Each Party shall take such measures as may be necessary to provide that the bribe and the proceeds of the bribery of a foreign public official, or property the value of which corresponds to that of such proceeds, are subject to seizure and confiscation or that monetary sanctions of comparable effect are applicable.

4. Each Party shall consider the imposition of additional civil or administrative sanctions upon” (OECD, 2011, p. 8).

Desde o advento dessa Convenção, a OCDE tornou a luta contra o suborno transnacional uma de suas prioridades, procurando sempre destacar, como discurso de convencimento, que tal delito extrapola a esfera individual dos agentes envolvidos – corruptor e corrompido –, com consequências graves e comprometedoras para o próprio desenvolvimento dos países.

Nessa esteira, pode-se acentuar que a crescente globalização presenciada nas últimas

décadas e a queda de barreiras de isolamento entre os mercados geraram acentuado fluxo de capitais entre as diversas nações. As oportunidades de investimento que surgiram no setor produtivo e de infraestrutura dos países atraíram uma grande quantidade de investidores internacionais, que cruzam suas fronteiras de origem em busca de boas oportunidades de negócios com governos locais.

Esse cenário que favorece e resulta em intenso contato entre o setor público e o privado é propício a práticas ímprobas e antiéticas, justamente pela intensa competição gerada pela concorrência de outros *players* internacionais e pelos altos valores colocados em jogo. O suborno é decorrência natural da busca por tratamento preferencial e por indevidas vantagens nos ajustes celebrados com a Administração Pública, o que certamente gera ineficiência e prejuízos financeiros.

Assim, torna-se imperativa a adoção de esforço orquestrado por parte da comunidade internacional para que o suborno transnacional seja enfrentado de modo contundente em todos os continentes. Como recorda Nicola Ehlermann-Cache, “counting on an efficient international co-operation system, coupled with the establishment of multi-based jurisdiction, is of vital importance. Systems must guarantee that no corrupt person will find asylum anywhere in the world” (Ehlermann-Cache, s.d, p. 4).

Já não é mais possível ou razoável que um país, isoladamente, adote vigorosas medidas para combater essa espécie de delito enquanto outros se abstêm de implementar providências semelhantes. Esse cenário – de ilusória vantagem imediata – certamente resultaria, a médio e longo prazo, em perda para toda a comunidade, considerando que o empresariado dos países que optarem pelo enfrentamento acabará sendo prejudicado pelo desequilíbrio concorrencial com companhias de nações que se omitem,

o que levaria a inevitável pressão para flexibilização dessas regras e a uma consequente acentuação de todos os males decorrentes dessa espécie de corrupção.

Resta evidenciado, portanto e finalmente, que a posição da OCDE é racional e acertada, quando enfatiza a necessidade do combate às modalidades de suborno cuja maré se espraie por cima dos negócios públicos. Origem viciada de decisões econômicas equivocadas, investimentos inoportunos, projetos inacabados, obras precárias, dentre outros graves efeitos gerados por uma inadequada relação jurídica que se estabelece entre entes particulares e o Estado, justamente em razão do ato corrupto (EHLERMANN-CACHE, s.d).

2.2 A implementação da Convenção no Brasil

Naquele novo contexto internacional, o Brasil passou a ter a obrigação de criar medidas eficazes para, dentre outras providências, dissuadir e sancionar de modo adequado as pessoas jurídicas que praticassem atos de corrupção transnacional. Vale ressaltar que a própria Convenção permite que o Estado signatário limite-se à imposição de sanções civis, caso o sistema jurídico vigente não admita a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas⁶.

Era patente que as possibilidades legais anteriores de responsabilização de pessoa jurí-

dica não atendiam plenamente aos anseios da comunidade internacional. Enquanto a Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) cingem-se às questões atinentes à impossibilidade de contratação com a Administração Pública; a Lei nº 12.529 (Lei de Defesa da Concorrência) – antiga Lei nº 8.884/94 – busca a responsabilização de empresas por comportamento anticoncorrencial. Não havia um enfoque específico no combate ao suborno transnacional praticado por empresas nacionais.

A OCDE corroborou tal posicionamento por ocasião da elaboração da segunda avaliação do Brasil, quando consignou no respectivo relatório que, além da Lei de Licitações e da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 6.385/76, que criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e passou a regular o funcionamento de instituições e operação do mercado de valores mobiliários, também não previa um direcionamento específico e sanções de pessoas jurídicas, quando estas viessem a praticar o suborno a funcionários públicos estrangeiros (OCDE, 2007).

Deve-se abrir um parêntese para mencionar que, em 2002, foi promulgada a Lei nº 10.467, que incluiu o Capítulo II-A, com três novos dispositivos, no Código Penal, tipificando criminalmente comportamentos relacionados justamente com o suborno transnacional, além de definir o conceito de funcionário público estrangeiro⁷.

⁶ Carr e Outhwaite (2008, p. 15) faz alusão à necessidade de que os países harmonizem a forma de responsabilização das pessoas jurídicas que participarem de atos relacionados ao suborno transnacional: “establishing fault on the part of a company however is complex since jurisdictions vary in their approach. Even amongst common law jurisdictions there is no uniformity of approach[...]. Given the many approaches to imputing fault on the part of a company it is unfortunate that the OECD has not put forward an autonomous provision to address this issue. Lack of such a provision means a variety of jurisdiction-dependent approaches thus resulting in non-homogeneity. If any headway is to be made in the fight against corruption harmonisation remains a vital ingredient”.

⁷ Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Art. 337-D. Considera-se funcionário público

Ao incluir capítulo específico no Código Penal para tratar da matéria, a Lei nº 10.467/02 também atendeu à Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA (BORGES, 2004). O objetivo daquela Convenção é de fortalecer, nos países signatários, os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício (CONVENÇÃO..., 2007).

No tocante ao suborno transnacional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção dispõe especificamente, em seu art. 8º, que:

“[...] cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial” (CONVENÇÃO..., 2007, p. 25).

É importante salientar que a OCDE, em 2007, já havia manifestado preocupação com a responsabilização criminal, tal como prevista e decorrente da alteração do Capítulo II-A do Código Penal Brasileiro. O fato de o normativo sobre investigações acerca de tais irregularidades não ter avançado mais e nem ter ultrapassado a etapa preliminar daquilo que seria desejado em corpo de lei nova teria indicado a necessidade de uma atuação mais proativa por parte das autoridades públicas brasileiras. Além disso, era recomendável que se reavaliasse a eficácia dos recursos destinados aos órgãos públicos encarregados de investigar e dar andamento aos casos de suborno transnacional (OCDE, 2007).

A percepção, à época dessa manifestação da OCDE, era de que a responsabilização na esfera penal dos agentes corruptores ainda não era suficiente para criar mecanismos aptos a dissuadir a prática dessa modalidade de ilícito no Brasil. Eis que, no sistema penal brasileiro, para a aplicação de sanções previstas no ordenamento criminal às pessoas físicas; é necessária a atuação do Poder Judiciário, além da demonstração de elementos relacionados ao *animus* do agente, o que pode muitas vezes impedir uma punição efetiva e tempestiva.

O sentimento, então, era de que o Brasil ainda não possuía um instrumento eficiente para o enfrentamento do suborno oferecido a fun-

estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro (BRASIL, 2002).

cionários públicos estrangeiros. É o que se vê figurado no Relatório Brasil Fase 2, apresentado pelo grupo de trabalho da OCDE e aprovado em 2007⁸:

“O Brasil ainda não tomou as medidas necessárias para o estabelecimento de responsabilidade para pessoas jurídicas envolvidas em suborno de funcionários públicos estrangeiros. O Grupo de Trabalho determinou que o regime estatutário vigente para responsabilização de pessoas jurídicas não está em conformidade com o Artigo 2 da Convenção. Como consequência, as pessoas jurídicas no Brasil não são puníveis em casos de suborno de funcionários estrangeiros, por sanções efetivas, proporcionais ou dissuasivas como exige o Artigo 3 da Convenção. O Grupo recomenda que essa grave lacuna na lei seja urgentemente examinada e acolhe as iniciativas recentes adotadas pelo Brasil acerca dessas questões” (OCDE, 2007, p. 5).

Assim, era necessário ir além.

Diante daquele cenário, onde era patente a necessidade de se adotarem medidas, nas esferas administrativas e cíveis, para combater o suborno transnacional, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.826/10.

Nos termos da Exposição de Motivos daquele documento, pode-se ver claramente a intenção de se atender aos anseios internacionais e de se dar uma resposta contundente à prática do suborno transnacional:

⁸ A OCDE acompanha a implementação da Convenção nos países signatários. Em relação ao grupo incumbido de tal tarefa, pode-se afirmar que “*representatives of each of the 37 countries that have ratified the Convention compose the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, the body in charge of effectively controlling the implementation and enforcement of the agreed anti-bribery standards. Members of the Group work year-round through a rigorous peer-review mechanism to ensure that all countries meet their commitments as laid out in the Convention.*” (EHLERMANN-CACHE, s.d., p. 3).

“[...] o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria – do que, aliás, o país já vem sendo cobrado –, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso” (BRASIL, 2010, p. 10).

Dessa forma, após o regular trâmite no Poder Legislativo e o veto parcial, por parte da Presidência da República, de parte do texto aprovado, e diante do clamor público gerado pelas manifestações de junho e julho de 2013, foi publicada, em 2 de agosto daquele ano, a Lei nº 12.846, chamada de Lei da Empresa Limpa.

Para concluir essa etapa, é conveniente fazer alusão a um relatório de 2013 da *Transparency International* que avaliou a implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Nesse documento, figura menção à Lei da Empresa Limpa, a qual, embora já houvesse sido promulgada, ainda não entrara em vigor – o que viria a ocorrer somente em janeiro de 2014.

Nos termos daquele relatório, eram identificados tão somente quatro casos em andamento no Brasil, todos iniciados no ano de 2012. Nesse registro constavam críticas à demora das investigações, à falta de aparelhamento adequado para combater essa modalidade de delito, à ausência de conhecimento específico das questões legais atinentes ao suborno transnacional, dentre outras questões (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL*, 2013).

O relatório classifica o Brasil entre os vinte países negativamente marcados com a anotação de “*little or no enforcement*”⁹ e recomenda que sejam destinados maiores volumes de recursos técnico-jurídicos para o combate ao suborno transnacional, bem como que se estabeleçam mecanismos confiáveis para o oferecimento de denúncias acerca dessa modalidade de delito (*TRANSPARENCY INTERNATIONAL*, 2013).

2.3. O *Bribery Act* 2010 – Reino Unido

Considerando que a legislação brasileira teve como inspiração, além do FCPA, também o *Bribery Act* (MOREIRA NETO, 2014), relevante legislação britânica no combate ao suborno transnacional, é oportuno fazer breve menção àquele diploma legal.

O Reino Unido também vinha sofrendo críticas pela demora na implementação de legislação apta a combater o suborno transnacional, notadamente por parte da *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (WGB), da OCDE. Em 2005, aquele grupo declarava seu entendimento de que era surpreendente o fato de que nenhuma empresa ou indivíduo tivesse sido indiciado ou julgado por suborno transnacional, desde a ratificação da Convenção (HATCHARD, 2010, p. 285).

Somente em 2009, veio a ser encaminhada proposta ao Poder Legislativo, com escopo de introduzir no ordenamento jurídico britânico “a new, modern and comprehensive scheme of bribery offenses that will enable courts and prosecutors to respond more effectively to bribery at home and abroad” (HATCHARD, 2010, p. 289).

Assim, no ano de 2010 teve início a vigência do chamado *Bribery Act*.

Deve-se anotar que há diferenças bem destacáveis entre a Lei brasileira, o FCPA e o *Bribery Act*.

Em apertada síntese, pode-se mencionar o fato de que, tal como a legislação britânica e diferentemente do FCPA, a Lei nº 12.846/13 abarca, além dos atos praticados contra a administração pública estrangeira, aqueles cometidos em território nacional. Ainda, a Lei da Empresa Limpa distancia-se dos dois diplomas legais estrangeiros ao prever outros atos lesivos à Administração Pública além da corrupção de funcionários públicos, tais como a fraude em licitações e a manipulação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com o Estado (SANTOS JÚNIOR, 2014).

No que concerne à modalidade de responsabilização prevista na Lei da Empresa Limpa para os agentes praticantes das irregularidades lá

⁹Quatro países são classificados como *Active enforcement*, quatro como *moderate enforcement* e dez como *limited enforcement*.

inculpidas, atente-se que, novamente, a lei nacional aproximou-se da lei britânica, possibilitando a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, enquanto o FCPA americano limita-se à responsabilidade subjetiva – a distinção entre ambas as modalidades de responsabilidade será debatida nas páginas seguintes.

Além disso, insta destacar que tanto o FCPA quanto o *Bribery Act* possibilitam que a pessoa jurídica que praticar atos de corrupção seja criminalmente responsabilizada, possibilidade não contemplada pela Lei da Empresa Limpa (SANTOS JÚNIOR, 2014).

Deve-se anotar que o acordo de leniência – instrumento por meio do qual o investigado colabora com a Administração para apuração do caso e, por essa razão, obtém uma redução em eventual sanção pecuniária aplicada, além de ficar impedido de sofrer determinadas penalidades previstas na lei – é previsto e permitido em todos os três diplomas legais aqui ventilados. Registre-se que no Brasil o acordo de leniência já se encontrava previsto no Direito Concorrencial, pela antiga Lei nº 8.884/94 e posteriormente pela Lei nº 12.529/11.

As inovações legislativas e o tratamento legal dado à questão do suborno transnacional serão ventilados adiante.

3. O novo cenário legal no combate ao suborno transnacional

Com o advento da Lei nº 12.846/13, é acertado afirmar que se inaugura um novo capítulo no enfrentamento à corrupção no Brasil. Apesar de relativamente sucinto – o que evidencia o vasto campo a ser preenchido pela doutrina e jurisprudência, bem como por eventual regulamentação infralegal –, o novel diploma normativo apresentou contornos jurídicos diferenciados para reprimir as práticas elencadas como ilícitas.

Não obstante ter sido econômico nas disposições legais consignadas na Lei da Empresa Limpa, o legislador brasileiro optou por abarcar questões de direito material e processual, de modo a elencar os atos considerados ilícitos e prever regras para o rito que deve ser observado pela Administração Pública. Outrossim, além da responsabilização na esfera administrativa, também há menção aos efeitos decorrentes das sanções judiciais.

Anote-se que o campo de incidência da lei em comento é extenso. Assim, além da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também devem observar as regras lá estatuídas.

Nessa esteira, é evidente que se criou um instrumento com a envergadura exigida para alterar substancialmente o cenário nacional no que concerne às relações entre o setor público e o privado. Isso porque

justamente a maior abrangência da lei, o vigor das punições lá positivadas e o alcance das condutas tipificadas são elementos e dimensão que permitem criar uma vigorosa estrutura de incentivos para desmotivar a prática de comportamentos ímprobos e antiéticos por parte de agentes que atuam no mercado.

O estudo aqui proposto cinge-se às questões legais atinentes ao suborno oferecido por empresas nacionais a funcionários públicos estrangeiros. Contudo, é conveniente recordar que a lei aplica-se também às práticas ilícitas encetadas dentro do território nacional – sendo, possivelmente, o principal impacto de sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, nos parágrafos seguintes não seria possível discorrer somente sobre as principais inovações da Lei da Empresa Limpa exclusivamente no que tange ao suborno transnacional, sendo necessário também aventar questões mais amplas, relativas a outros assuntos correlatos, igualmente tratados pela norma.

Pois bem, para combater e inibir de modo vigoroso as práticas nocivas à Administração Pública Nacional e Estrangeira, o art. 5º da Lei da Empresa Limpa (BRASIL, 2013) dispõe que são considerados atos lesivos aqueles “que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”. Como se vê, *standard* bastante largo, capaz de acomodar uma gama imensa de situações fáticas de comportamento. Mais concretamente emoldurada, logo em seguida, quando o legislador alinha a previsão de um elenco de cinco incisos¹⁰ que

¹⁰ I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

tratam de comportamentos que caracterizam a prática de atos lesivos à Administração Pública.

Em relação ao suborno transnacional, destaca-se, nesse artigo da Lei, o inciso I, que condena a prática de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

Na interpretação da regra acima mencionada, por se tratar de *standard* normativo bastante amplo, como se disse, o intérprete e o aplicador da lei devem ter cautela. De fato, o conceito de vantagem indevida só será seguramente caracterizado pela doutrina e jurisprudência com o tempo, sendo até mesmo necessária, nas hipóteses de suborno transnacional, a importação de princípios e conceitos normativos reconhecidos em outros países, bem como a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (SANTOS JÚNIOR, 2014).

É adequado afirmar que, na maioria dos casos, ao se oferecer ou ao dar propina a um representante do poder público, o objetivo

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (BRASIL, 2013).

colimado pelo agente corruptor é de obter um privilégio indevido na relação jurídica já estabelecida ou a ser criada com o Estado. Busca, por exemplo, a isenção de custos e tributos que seriam arcados pelo corruptor ou o recebimento de autorizações e permissões, mesmo quando o agente não atenda aos requisitos legais de legitimidade para tanto. Ademais, muitas vezes, o intuito de um corruptor pode ser tão somente acelerar o andamento da própria máquina pública para realizar atos determinados pela lei, tais como a expedição de alvará ou a execução de quaisquer outros atos rotineiros, dos quais o Estado possui o monopólio.

Em quaisquer dessas hipóteses, é imperativo que se avaliem com exatidão o benefício pretendido pelo corruptor e a vantagem oferecida ao agente público a ser corrompido, para que se infira se a conduta em análise amolda-se ou não ao tipo normativo insculpido no inciso I do art. 5º

No tocante aos demais incisos, todos apresentam condutas suficientemente elásticas e fluidas, de modo a abarcar uma grande diversidade de comportamentos nocivos à probidade e retidão que devem reger as relações entre empresas e servidores públicos estrangeiros. Uma vez mais, aqui, depreende-se que o legislador brasileiro não economizou esforços para tutelar, rigorosa e criteriosamente, as boas práticas empresariais que devem nortear os negócios internacionais.

Em relação à responsabilização dos agentes, a lei prevê, como já mencionado, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. Nos termos do art. 2º¹¹, as empresas poderão ser responsabilizadas independentemente da demonstração de culpa ou dolo por parte de seus prepostos. Bastará, para tanto, a demonstração da existência da

irregularidade e o nexo de causalidade entre ela e a conduta dos empregados da pessoa jurídica (MOREIRA NETO, 2014).

Trata-se de relevante regra positivada, que, certamente, permitirá ao aplicador do novel diploma jurídico responsabilizar maior quantidade de empresas. A Exposição de Motivos da Lei da Empresa Limpa, ao fazer alusão à responsabilidade objetiva, deixa consignado que:

“Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais” (BRASIL, 2010, p. 9).

Deve-se ressaltar, no que tange aos ocupantes de cargos de direção e administração das empresas, que sua responsabilização está limitada à demonstração de sua culpabilidade, nos termos do §2º do art. 3º da Lei. Desse modo, deverá haver a demonstração de culpa grave ou dolo. Denota-se que o legislador optou por criar dois regimes de responsabilidade: objetivo para as empresas e subjetivo para administradores e dirigentes.

Para melhor ilustrar essa disposição legal, cite-se hipótese em que representante de determinada empresa brasileira, por iniciativa própria e de modo isolado, ofereça propina a servidores públicos de outro país para obter vantagem em determinado negócio a ser celebrado naquele local. Ainda que a alta direção da empresa não tenha ciência da prática do aludido ilícito, é patente que aquela pessoa jurídica deverá ser severamente punida, conforme o regramento estatuído na Lei nº 12.846/13. Todavia, no presente caso, não haverá de se falar

¹¹ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (BRASIL, 2013).

em responsabilização dos dirigentes e administradores, tendo em vista a ausência do elemento subjetivo da culpabilidade.

É sempre oportuno anotar que a Lei da Empresa Limpa prevê que, na aplicação das sanções inculpidas naquele diploma normativo, a autoridade administrativa deverá levar em consideração, dentre outras circunstâncias, a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (inciso VIII, art. 7º). São as chamadas medidas de *compliance*.

Não obstante esse normativo carecer ainda de regulamentação infralegal, cria-se importante incentivo, juntamente com o advento da responsabilidade objetiva acima ventilada, para que as pessoas jurídicas implementem em seus quadros medidas de conscientização e prevenção de atos de corrupção.

Deve-se atentar que, anteriormente à vigência da Lei da Empresa Limpa, a adoção de medidas de *compliance* já era demandada em certas hipóteses. Nessa linha, podemos citar o inciso III do art. 10 da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), que determina que as empresas sujeitas àquele diploma legal devem “adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações”.

No tocante ao suborno transnacional, evidencia-se que a realização de campanhas, as normatizações internas e a adoção de códigos de ética podem auxiliar na mitigação e eventual eliminação dessa prática. Criou-se, assim, a necessidade de que empresas que tenham negócios, para além dos limites do território nacional, orientem os empregados e dirigentes que integram seus quadros acerca do modo como devem interagir com a administração pública estrangeira, dando ênfase à probidade e retidão que devem permear tais relações.

A participação do empresariado no combate à prática irregular aqui ventilada é imprescindível para o enfraquecimento da estrutura viciada de incentivos, moral e juridicamente condenáveis, que sejam tendentes a levar o corruptor ao comportamento ilícito. Conforme assevera Nicola Ehlermann-Cache,

“Businesses, their associations and industry federations are making valuable contributions to promoting best practices. These actors play a fundamental role in developing and enforcing preventive, self-regulatory measures to eliminate malpractices and fraud” (Ehlermann-Cache, s.d, p. 4).

Ademais, o incentivo à adoção de tais práticas preventivas será visto com bons olhos pela comunidade internacional, considerando-se que as mesmas, ao inibir a ação delituosa transnacional, têm alcance para além

das fronteiras brasileiras e repercutem diretamente no comportamento das empresas nacionais que atuam no exterior.

Em termos práticos, e mais objetivamente, a criação de um Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP é outro ponto que merece atenção. Nos termos da redação estatuída no art. 22, tal cadastro “reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo” com fulcro na Lei da Empresa Limpa.

A divulgação de tais dados resultará na maior exposição do agente infrator, o que pode prejudicar sua imagem no mercado privado (NÓBREGA, 2014)¹².

Além disso, a lei tornou obrigatório, para os órgãos e entidades acima citados, o encaminhamento ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS das informações atinentes às penalidades previstas na Lei de Licitações.

Evidencia-se que a inclusão dos nomes de empresas nesses cadastros, juntamente com as sanções de caráter pecuniário – as quais, frise-se, podem chegar a 20% do faturamento bruto anual ou a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme art. 6º, inciso I e parágrafo quarto da lei – já emoldura um cenário desfavorável à prática do suborno transnacional, bem como das outras condutas abarcadas pela Lei da Empresa Limpa, tendo em vista o possível alto custo que pode vir a ser imposto ao agente infrator.

A questão da competência também deve ser considerada no presente trabalho.

Inicialmente, saliente-se que, até o advento da lei, não havia um órgão ou entidade com responsabilidade específica de responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção, muito menos pela prática de suborno transnacional. A OCDE foi muito clara ao recomendar às autoridades brasileiras a atribuição de competência específica para que um órgão desempenhasse tal papel:

“[...] segundo o regime atual de responsabilidade administrativa, nenhum dos órgãos reguladores existentes está especificamente encarregado de detectar, investigar ou julgar casos de suborno estrangeiro. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, tem o propósito primário nos termos da Lei 6.385 de proteger titulares brasileiros de títulos brasileiros e investidores no mercado brasileiro. Como mencionado acima, a coibição do suborno de um funcionário público estrangeiro em transações comerciais internacionais não se inclui nessa meta global. Da mesma maneira,

¹² Conforme dados da Controladoria-Geral da União, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS teve mais de dois milhões de acessos em 2012.

as investigações realizadas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, conforme a Lei 8.884, estão primordialmente concentradas no comportamento anticoncorrencial: não há autoridade ou responsabilidade direta para investigar casos de suborno estrangeiro envolvendo empresas brasileiras. A opinião dos examinadores é que seria desejável assegurar que um órgão regulador (ou outro) adequado seja claramente encarregado de investigar e sancionar pessoas jurídicas envolvidas em suborno estrangeiro e que seja capaz de coordenar suas atividades com a Polícia Federal, Ministério Público ou outras autoridades quando necessário” (OCDE, 2007, p. 5).

A Lei da Empresa Limpa atribuiu à autoridade máxima de cada órgão ou entidade, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração de responsabilidade das pessoas jurídicas¹³. Ou seja, diferentemente das infrações concorrenciais ou daquelas praticadas no mercado de valores mobiliários – as quais são competência, respectivamente, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou da Comissão de Valores Mobiliários – CVM –, a apuração das práticas ilícitas tipificadas na Lei nº 12.846/13 ocorrerá de modo diluído em toda a máquina pública.

Essa opção legislativa certamente gera certa apreensão no mercado empresarial. Com efeito, a falta de parâmetros claros para que a Administração Pública aplique as regras insculpidas na Lei nº 12.846/13 pode gerar um cenário de insegurança jurídica e de desconforto para as empresas que prestam serviços ao Estado, notadamente no âmbito municipal.

Todavia, no tocante ao suborno transnacional, tema objeto deste artigo, o cenário normativo é diverso.

Nos termos do art. 9º do diploma legal em estudo, “competem à Controladoria-Geral da União – CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos [...] praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no art. 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais [...]” (BRASIL, 2013).

Evidencia-se que o legislador optou por conferir competência exclusiva à Controladoria-Geral da União para instaurar e julgar os casos relativos ao suborno transnacional. Tal medida, que concentra em um único órgão da Administração Pública Federal essa relevante atribuição legal, merece ser celebrada, considerando-se que permitirá certa har-

¹³ Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2013).

monização e uniformidade na interpretação e aplicação do arcabouço normativo relativo à matéria.

É certo que a designação de quadro específico de servidores para tratar do assunto possibilita o desenvolvimento do *know-how* adequado para evitar decisões dissonantes no âmbito da Administração. Além disso, garante a especialização necessária para melhor apurar e identificar os agentes infratores e o ato ilícito praticado, de maneira a possibilitar a devida aplicação das sanções previstas na norma.

Anote-se a propósito que, com a publicação do Decreto nº 8.109/13, a Controladoria-Geral da União passou a contar, dentro da estrutura da Corregedoria-Geral da União, com coordenação específica para a responsabilização de entes privados (Nóbrega, 2014), de modo a criar ambiente propício para a efetiva aplicação da lei em comento.

A Lei da Empresa Limpa, em duas outras oportunidades, menciona a Controladoria-Geral da União como ente concorrente para, no âmbito do Poder Executivo Federal, instaurar processos e avocar aqueles em curso¹⁴; e para, de forma exclusiva, celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder executivo Federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira¹⁵.

Além dos temas trazidos à baila nesta etapa, há diversas outras inovações normativas geradas pelo novel diploma legal, que merecem atenção por parte da comunidade jurídica e empresarial. Como exemplo, vale citar a responsabilidade solidária entre entidades coligadas e consorciadas por atos de corrupção, bem como os debates jurídicos acerca da possibilidade de *bis in idem* com sanções estatuídas em outras normas.

Contudo, não é o escopo do presente trabalho o aprofundamento em tais questões legais, sendo oportuno limitar a discussão aos pontos relacionados nos parágrafos anteriores, que se referem aos possíveis reflexos no combate ao suborno transnacional devido ao novo sistema normativo inaugurado pela Lei da Empresa Limpa.

Como visto, o cenário jurídico delineado pela lei em debate, não obstante ainda carecer de regulamentação específica, já apresenta o rigor necessário para dar uma resposta vigorosa aos casos de suborno transnacional, com foco específico nos agentes corruptores. Busca-se, assim, criar um conjunto normativo de incentivos com aptidão a alterar

¹⁴ Art. 8º, §2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento (BRASIL, 2013).

¹⁵ Art. 16, §10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (BRASIL, 2013).

o comportamento das organizações empresariais, indo além do mero discurso moral e ideológico, os quais, na maioria das vezes, apresentam pouco resultado prático (*World Bank*, 1999).

4. Conclusão

Nos termos do que foi exposto na primeira parte deste trabalho, o combate pelos países ao suborno transnacional não pode ocorrer de modo isolado. O advento do FCPA nos Estados Unidos foi somente o primeiro passo nesse longo caminho que deve ser percorrido pela comunidade internacional até que se alcancem resultados efetivos para o devido enfrentamento dessa modalidade de ilícito em todo o mundo.

O principal divisor de águas nessa difícil batalha foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, que se consubstanciou em relevante instrumento para fomentar a criação de meios eficientes para reprimir o suborno transnacional por parte dos países signatários.

O Brasil vem buscando o alinhamento com os objetivos da referida convenção. O início dessa trajetória se deu com a alteração do Código Penal, que passou a contar com capítulo específico para tipificar condutas relacionadas ao suborno transnacional. Posteriormente, o ápice dessa caminhada se deu justamente com a promulgação da Lei nº 12.846/13.

Todavia, deve-se atentar que o arcabouço legal para o combate ao suborno transnacional não se limita à Lei da Empresa Limpa e a sua eventual regulamentação. Todo o conjunto de normas relativo à matéria – penais, administrativas ou cíveis – também deve apresentar o rigor suficiente para alterar o comportamento dos agentes propícios a essa prática delituosa.

Além da necessidade de que a repressão ao delito seja empreendida em diversas frentes jurídicas no plano abstrato, é salutar que se invista em e se proceda ao aparelhamento dos órgãos e entidades que atuam nessa seara, bem como à capacitação de seus servidores. Conforme demonstrado nas linhas acima, a especificidade e complexidade do tema, além dos obstáculos para a devida apuração do ilícito e a devida identificação dos envolvidos, são dificuldades que somente serão superadas com tais investimentos, os quais garantirão a *expertise* necessária para a atuação da máquina estatal.

Diante de todo o exposto, evidencia-se que ainda são muitos os desafios a serem superados, no Brasil, para o enfrentamento adequado e eficaz das indevidas vantagens oferecidas a funcionários públicos estrangeiros. Tais obstáculos apresentam-se também além das fronteiras brasileiras, diluindo-se por todos os países da comunidade internacional.

No plano externo, é imperativo e desejável que os demais países – incluindo-se aí aqueles que não firmaram a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – incorporem aos seus respectivos ordenamentos jurídicos instrumentos legais suficientes para combater o suborno transnacional.

A adoção de tais providências resultará na definição de um cenário com mais transparência, ética, probidade e retidão no relacionamento do setor público nacional com o privado estrangeiro, de modo a permitir que os eventuais benefícios advindos da integração dos países e da globalização, cada vez mais acentuada na comunidade internacional, sejam percebidos pela sociedade.

Sobre os autores

Leila Bijos é pesquisadora da Saint Mary's University, Halifax, Canadá, da Tsukuba University, Japão, da Universidade de Hyderabad, Índia. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.
E-mail: leilabijos@gmail.com

Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega é Corregedor Setorial da Controladoria-Geral da União e ex-Chefe de Gabinete da Corregedoria-Geral da União; Professor pela Escola de Administração Fazendária.
E-mail: antonio.nobrega@cgu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁶

TRANSNATIONAL BRIBERY: THE NEW BRAZILIAN NORMATIVE REALITY

ABSTRACT: The scope of this work is to discuss the new Brazilian regulatory architecture coming of Law No. 12,846, August 2013, with specific focus on fighting transnational bribery. It will be presented an analysis of the iter covered by the international community until it reached the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). In this context, a specific analysis of the outside circumstances that led to the advent of the Foreign Corrupt Practices Act – FCPA in the United States, and the consequences of the adoption of such legislation in the international context is carried out. As far as the domestic scenario is concerned, it deserves highlighting the history that led to the enactment of Law No. 12,846/13 and the need to adapt it to the aforementioned Convention. Also there will be brought to the fore the new written rules in this legal status relating to transnational bribery, in order to understand what impacts are expected in the country as a result of its effective implementation.

KEYWORDS: CORRUPTION; TRANSNATIONAL BRIBERY; OCDE.

¹⁶ Sem revisão do editor.

Referências

- BIJOS, L. Responsabilidade social do Brasil: processos de integração. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 5, p. 24-67, 2010. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4516>>. Acesso em: 31 mar. 2015.
- BORGES, P. C. C. Corrupção transnacional. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_266.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 mar. 1998.
- _____. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jun. 2002.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 6.826-A, de 2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A960D383A530729356645A9A86AD66AD.node1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- _____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. [Lei da Empresa Limpa]. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013.
- CARR, I.; OUTHWAITE, O. The OECD Anti-Bribery Convention Ten Years On. *Manchester Journal of International Economic Law*, U. K., v. 5, n. 1, p. 3-35, 2008. Disponível em: <<http://epubs.surrey.ac.uk/578/1/fulltext.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-44, 1960.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. Brasília, CGU, 2007. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/cartilha-oea>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- CÔMITE ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE. Comentários ao projeto de lei n. 6.826/2010. São Paulo: IBRADEMP, 2011. Disponível em: <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/File/IBRADEMP_-_Coment_rios_ao_PL_6826-2010.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COOTER, R. D.; SCHAFER, H.-B. Solomon’s Knot: How Law Can End the Poverty of Nations 2009. [Princeton University Press, 2011]. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/156/>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- D’SOUZA, A. The OECD Anti-Bribery Convention: Changing the Currents of Trade., *eScholarship*, California, 2009. (Online working Paper Series). Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/1m87n6hm#page-12>>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EHLERMANN-CACHE, N. *The Impact of the OECD Anti-Bribery Convention*. (S.d). Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/investment/39997682.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- EHRlich, I. The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 1, p. 259-276, 1972.
- FURTADO, L. R. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- HATCHARD, J. Combating the Bribery of Foreign Public Officials: The Impact of the UK Bribery Act. *Law and Development Review*, Buckingham, U. K., v. 4, p. 281-310, 2010. Disponível

em: <<http://www.degruyter.com/view/j/ldr.2011.4.issue-3/1943-3867.1139/1943-3867.1139.xml?format=INT>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KAIKATI, J. G.; LABEL, W. A. American Bribery Legislation: an obstacle to international marketing. *Journal of Marketing*, v. 44, p. 38-43, 1980.

LIM, K. *Estimating the Effects of Foreign Bribery Legislation in the International Economy*. Tesis. Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Political Science, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1721.1/62471>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MOREIRA NETO, D. F.; FREITAS, R. F. *A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. [Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014]. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2015.

NÓBREGA, A.C.V. A nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 138-152, 2014. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/5%20EALR%20138/5%20EALR%20138>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge, 1990.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre a aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE*. [Grupo de Trabalho de combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais, 2007].

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Policy Paper and Principles on Anti-Corruption: setting an agenda for collective action*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/development/governance-development/39618679.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

_____. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials In International Business Transactions: and Related Documents*. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2015.

SANTOS JÚNIOR, B.; PARDINI, I. L. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade de compliance. *Interesse Nacional*, ano 6, n. 24, 2014. Disponível em: <<http://interessacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

SALBU, S. R. Bribery in the Global Market: a Critical Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act. *Washington and Lee Law Review*, v. 54, n. 1, article 6, p. 229-289, 1997. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1611&context=wlulr>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Exporting Corruption Progress Report: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*. [2013]. Disponível em: <http://www.transparency.org/whatwedo/pub/exporting_corruption_progress_report_2013_assessing_enforcement_of_the_oecd>. Acesso em: 6 abr. 2015.

WORLD BANK. Fostering Institutions to Contain Corruption: how can institutions of accountability be developed to control endemic corruption?. *PREMnote*, n. 24, jun. 1999. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10986/11475>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

Os juros na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias

BRUNO FERNANDES DIAS

Resumo: No presente estudo, examinam-se alguns aspectos gerais de aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG, no Brasil, com destaque para a disciplina dos juros. À luz da Convenção, da construção jurisprudencial e, principalmente, doutrinária já desenvolvida no cenário internacional, busca-se responder como deverão ser calculados os juros em caso de não pagamento e de perdas e danos no âmbito das relações jurídicas abarcadas pela CISG. Para tanto, analisa-se aquilo que normativa e jurisprudencialmente já vigora no Brasil em matéria de juros em compra e venda de mercadorias, com base na hipótese argumentativa de um caso concreto. Verifica-se que, embora pontos essenciais sobre os juros tenham sido positivados na Convenção, ficaram de fora pontos importantes, como qual a taxa a ser utilizada e qual o termo inicial para a incidência quando o preço não foi quitado. Depois de analisar o que a própria Convenção anuncia nessas hipóteses – aplicação dos princípios gerais que inspiraram a CISG ou, na falta desses, aplicação das regras contidas na lei indicada pelas regras do direito internacional privado do foro –, apresentam-se as contribuições da doutrina e da jurisprudência sobre os diversos desdobramentos dessa dualidade.

Palavras-chave: Direito Internacional. Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Juros.

1. Introdução

No presente estudo, examinam-se alguns aspectos gerais de aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG, no Brasil, com destaque para a disciplina dos

Recebido em 6/10/14
Aprovado em 31/3/15

juros. À luz da Convenção e com base na construção jurisprudencial e, principalmente, doutrinária já desenvolvida no cenário internacional, busca-se responder como deverão ser calculados os juros em caso de não pagamento e de perdas e danos no âmbito das relações jurídicas abarcadas pela CISG. Para tanto, impõe-se uma análise daquilo que normativa e jurisprudencialmente já vigora no Brasil em matéria de juros em compra e venda de mercadorias, o que será feito com base na hipótese argumentativa de um caso concreto.

2. Manifestações públicas sobre a CISG no Brasil

A título de registro inicial, vale a pena olhar para os contornos gerais das manifestações públicas sobre a CISG no Brasil (2012). O intuito é perceber, ao menos por alto, como se demarcou o ambiente jurídico-político no país no tocante à adesão à Convenção, considerada tardia, o que não deixou de ser surpreendente, dada a intensa participação de autoridades brasileiras na própria concepção da Convenção (VIEIRA, 2008, p. 7-8). Daí que o veículo escolhido para se extrair o material não será o de uma obra acadêmica, mas sim o da própria imprensa. Uma consulta aos arquivos de um dos principais periódicos econômicos do país, de fato, revela como diversos advogados, nos últimos anos, tentaram sensibilizar as autoridades competentes para a conveniência de o Brasil adotar a sistemática prevista pela CISG para a regulação da compra e venda internacional de mercadorias e, com isso, diminuir os custos indiretos suportados pelos empresários nacionais ao praticarem o comércio internacional. Esse mesmo expediente demonstra, ademais, o que já tem sido apresentado ao empresariado brasileiro como sendo algumas das principais características do regime que, por fim, veio a ser introduzido com o Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012, com entrada em vigor em abril de 2014.

Em 2009, Gama Júnior (2009) apontou o papel que o arcabouço jurídico desempenha no incentivo ao comércio internacional e, em particular, os benefícios práticos que poderiam decorrer do ingresso do Brasil num modelo uniforme de direito aplicável. Em linha semelhante, Timm (2010) também apoiou a adoção pelo Brasil do regime da CISG. Segundo o autor, a CISG privilegia o princípio da liberdade contratual e, ao mesmo tempo, também traz “um direito supletivo que se não perfeito, acaba estabelecendo uma solução de compromisso entre as duas grandes famílias jurídicas ocidentais – o *common law* anglo-americano e o *civil law* europeu continental e latino-americano” (TIMM, 2010). Incentivo de ordem semelhante foi dado no mesmo ano por Alves (2010), que chegou a indicar que, “uma vez ratificada, a convenção [substituiria] o direito

nacional do Estado na discussão de matérias relativas ao contrato de compra e venda internacional.” O artigo publicado por Mattos (2010), por sua vez, já indagava o que poderia mudar no dia a dia jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção; e o prazo que o comprador tem para exercer seus direitos em matéria de vícios da mercadoria foi um dos exemplos citados.

Guerrero (2012), dando notícia da tramitação burocrática pelas instâncias legislativas do texto a ser finalmente ratificado, chamou a atenção para o fato de que, mesmo antes da solenidade oficial, a Convenção já vinha, pouco a pouco, se incorporando indiretamente ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso estava a ocorrer, sobretudo, pela inserção em contratos internacionais celebrados por agentes brasileiros das regras da CISG como sendo o direito aplicável à avença, bem como, de modo paralelo, a disseminação da arbitragem no país como método de solução de disputas, o que se mostra em consonância com o espírito da Convenção, a qual também propugna por essa via de resolução de controvérsias. Naquele mesmo ano, Araújo e Spitz (2012) se manifestaram no sentido de que, no âmbito da Convenção, “as questões devem ser dirimidas de acordo com os princípios que a inspiraram, e não por meio de recurso à lei doméstica.” As autoras ainda ressaltaram o papel desempenhado pela jurisprudência das cortes locais, de onde já saíram mais de 2.500 casos. Essa jurisprudência “deve sempre ser utilizada, já que exerce um papel uniformizador de interpretação e aplicação da convenção, embora não tenha qualquer efeito vinculante, e sim apenas persuasivo” (ARAÚJO; SPITZ, 2012). Enfatizando o caráter opcional da Convenção, Tibúrcio (2013) observou que a própria Convenção traz os contornos para o seu afastamento pela vontade das partes, o que é um “tema que deve ser objeto de reflexão pelos agentes brasileiros que atuam internacio-

nalmente: vale a pena ficar de fora desse sistema ou é melhor conhecê-lo para que possamos nos integrar a ele?” (TIBÚRCIO, 2013). Por fim, Gruenbaum (2013) discorreu sobre “inconsistências e imprecisões” existentes na versão para a língua portuguesa do texto utilizado como referência no processo legislativo brasileiro, dando prova de que o debate sobre a Convenção, agora que ela formalmente se integrou ao ordenamento jurídico brasileiro, tende a cada vez mais se sofisticar.

3. Posicionamento da Convenção no arcabouço jurídico brasileiro

De forma geral, sem se estender na longa discussão jurisprudencial e doutrinária, que ainda inquieta os estudiosos do direito, sobre os exatos parâmetros de interação entre o direito interno e o internacional, relativamente à CISG se pode assentar que o seu posicionamento no arcabouço jurídico brasileiro não suscita maiores dúvidas. O art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, definindo a *lei* como a principal fonte da qual o juiz deverá extrair a solução para os conflitos jurídicos que lhe forem apresentados, estabelece, em verdade, que a lei é o instrumento jurídico principal do qual as pessoas devem extrair as regras de conduta que regem suas relações jurídicas. Tratados em geral, sobretudo os tratados-*lei*, como é o caso da CISG, se alinham a essa lógica. Com efeito: da simples leitura da Convenção se extrai que ela traz regras de conduta gerais e abstratas para os nacionais de um Estado. Exatamente como, no caso brasileiro, uma lei faz, a Convenção cria direitos e deveres entre as partes; regula os efeitos de determinadas manifestações de vontade; e, em muitos casos, positiva normas mais ou menos aleatórias, mas nem por isso desprovidas de racionalidade, que, diante de um cenário de vastas possibilidades comportamentais, confe-

rem imperatividade e executoriedade a certas expectativas legitimamente criadas pelas partes no bojo de uma relação comercial internacional.

Uma peculiaridade da Convenção, que decorre antes do tipo de relação jurídica que ela pretende regular do que de uma característica intrínseca, é o amplo espaço a ser ocupado pela autonomia da vontade nas relações comerciais. Essa autonomia, que se verifica desde a origem da operação comercial e que se reflete na decisão de realizar, ou não, a compra e venda, bem como na de realizá-la desta ou daquela forma (os arts. 30 e 53, respectivamente, fazem menção às obrigações do vendedor e do comprador como decorrendo “das condições previstas no contrato” e “nas condições estabelecidas no contrato”) também se constata na decisão sobre a norma jurídica que regerá as obrigações das partes. Na CISG (BRASIL, 2012), essa autonomia é expressamente positivada na regra de que “as partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos” (art. 6^o). Em termos práticos, significa dizer que as partes, no bojo do respectivo contrato, poderão acordar que a compra e venda, mesmo sendo internacional, será regida, no todo ou em parte, por um corpo normativo que não o da Convenção; esse corpo normativo, como é natural, poderá ser a própria legislação civil brasileira ou, para esse efeito, qualquer legislação nacional ou mesmo um corpo normativo não legislativo, como é o caso da *lex mercatoria*.

Ressalvada a escolha das partes em sentido contrário, porém, nos casos em que o contratante brasileiro, no âmbito de um contrato internacional conectado ao ordenamento jurídico de um outro Estado contratante, simplesmente não houver feito uma escolha do direito aplicável – casos que possivelmente agora serão muitos e talvez até a maioria –, em vez de se examinarem as regras de direito internacional privado dos

dois países para então se chegar à conclusão de qual é o direito aplicável, procede-se, logo de uma vez, ao exame do texto da CISG e nele se busca a solução para um eventual conflito entre as partes. Por meio desse exame, normas de caráter bastante variado serão encontradas, tais como requisitos para se considerar realizada uma proposta (art. 14); hipóteses em que o comprador poderá declarar rescindido o contrato (art. 49); regras sobre a transferência de risco (art. 66) e sobre a conservação das mercadorias (art. 85). Em suma, o quadro é o de um regime jurídico amplo e coeso à disposição das partes e aplicável, no seu silêncio, com preponderância sobre o direito doméstico.

Para o tema do presente estudo, qual seja, a disciplina dos juros, servem de auxílio argumentativo, algumas indagações que, num primeiro momento, valem para o teor normativo da Convenção como um todo e, num segundo momento, podem ser direcionadas especificamente à questão dos juros. São elas: (i) o que a CISG regula?; (ii) esse tratamento é exauriente?; (iii) em caso negativo, a que tipo de normas a CISG remete o intérprete para solucionar controvérsias que emergirem nas relações jurídicas por ela reguladas?; (iv) há espaço para a aplicação da legislação nacional?; (v) em caso positivo, em quais termos a legislação brasileira poderia ser aplicada?

As condicionantes dos itens (iii) e (v) já denotam, sem maiores dificuldades, a linha de entendimento sugerida. Mas, respondidas que sejam essas indagações em caráter inicialmente geral, com vistas à inteireza da Convenção, depois se pode voltar a elas já com o foco no ponto específico dos juros. E, então, enfrentar a questão sobre o que a CISG dispõe sobre os juros, examinando-se quais outras fontes de direito podem ser aplicadas para dar solução a casos omissos, tudo isso com vistas ao regramento vigente no Brasil sobre a matéria.

(i) *O que a CISG regula?* O conteúdo normativo da Convenção, pode-se afirmar, alcança relações jurídicas típicas do que no Brasil se denomina direito civil e que também poderia se classificar como sendo o direito empresarial ou comercial. Diz-se isso porque na Convenção restou consagrada a orientação geral de se excluírem da sua aplicação os casos de aquisição de mercadorias “para o uso pessoal, familiar ou doméstico” (art. 2 a). Independentemente dessa subdivisão entre direito civil e direito empresarial/comercial, entretanto, é possível, desde logo, enquadrar a matéria num agrupamento único, quanto ao quadro normativo brasileiro. É que, se reguladas exclusivamente pelo direito interno, as relações jurídicas de que a CISG se ocupa obedeceriam à legislação que a União edita no exercício da competência estabelecida pelo art. 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil. O Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, sem dúvida representa a expressão máxima dessa competência legislativa e é uma fatia do seu campo de aplicação, precisamente, que será afetado pelas regras trazidas pela CISG. Esquemáticamente, aos campos do direito civil brasileiro, tanto à parte já existente da compra e venda, como à parte geral das obrigações civis, vem se somar todo um novo conjunto de normas. São regras, diga-se, que a Comunidade Internacional, não necessariamente de maneira unânime, mas efetivamente depois de um formal e regular procedimento de discussão, reputou como sendo benéficas ao comércio internacional pelo duplo viés da uniformidade de aplicação e da adequação dos parâmetros normativos. E, contanto que preenchidos determinados pressupostos, de forma harmônica com o ordenamento brasileiro, essas normas se tornam aplicáveis.

Evidentemente, o só fato de se estar falando de compra e venda atrai uma série de institutos correlatos, como é o caso da teoria geral das obrigações e dos contratos. A figura dos juros, aí, aparece orbitando de maneira muito próxima esses institutos e não poderia deixar de ser influenciada, ao menos teoricamente, pelo que dispõem sobre eles o direito doméstico e o convencional. Embora não sejam, de fato, o ponto central das obrigações e direitos envolvidos num contrato de compra e venda, os juros exercem uma função fundamental quando da transposição dessas obrigações e direitos para o mundo prático, sobretudo quando da anômala, mas nem por isso incomum, situação de inadimplemento.

Passando-se ao núcleo essencial do campo de aplicação da CISG (BRASIL, 2012), de acordo com o art. 1 (1), o que nele se visa a regular são os “contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham estabelecimentos em Estados distintos”. Note-se que o escopo da Convenção, longe de alcançar todas as relações jurídicas abrangidas pelo direito civil (poderia, mas não o faz, regular a transmissão de direitos

reais entre pessoas de países diferentes, por exemplo), nem sequer trata de todos os tipos de compra e venda que diariamente se processam no comércio internacional (ficam excluídos, entre outros, os navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves, nos termos do art. 2º, e).

As controvérsias que prodigalizaram uma vasta jurisprudência, no mundo inteiro, sobre esse escopo de aplicação da CISG não fazem parte do objeto deste estudo. Mas um ponto merece ser mencionado. Deixando-se de lado a questão dos estabelecimentos em Estados distintos, que recebe tratamento difuso pelo legislador brasileiro, o fato é que a própria *compra e venda de mercadorias* entre partes que tenham estabelecimentos no Brasil não é regulada por um amplo e exauriente capítulo de um diploma normativo brasileiro. Veja-se que o revogado o art. 121 do Código Comercial estabelecia que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral [seriam] aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código” (BRASIL, 1850) ao passo que os também revogados arts. 191 a 220, inobstante trouxessem diversas regras aplicáveis à *compra e venda mercantil*, não deixavam de trazer dificuldades ao comércio moderno. Particularmente no campo da mora, o art. 138 do Código, associado ao art. 205, merecia duras críticas (PEREIRA, 2004, p. 320), tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mantido a exigência de interpelação judicial como requisito obrigatório para, na falta de previsão contratual, reputar-se em atraso o devedor.¹

Em síntese, recortando-se do comércio internacional os setores aos quais a CISG expressamente não se aplica, tem-se que a porção do direito doméstico afetado pela entrada em vigor da Convenção é de significativa relevância. Como a legislação civil brasileira sequer possui um diploma que se pretenda aplicar com escopo idêntico ao da CISG, a questão dos juro está a merecer cuidadoso estudo, dados os inúmeros pontos de contato que ostenta com os dois sistemas.

(ii) *O regramento da CISG é exauriente?* Um diploma normativo, ainda mais um de inspiração tão recente como a CISG, dificilmente pretenderia regular todos os aspectos de um feixe de relações jurídicas sem fazer qualquer referência a outros princípios ou valores jurídicos ou extrajurídicos. Com a complexidade inerente ao comércio internacional, os interesses das partes privadas tantas vezes entrando no caminho dos interesses dos Estados nacionais em aplicar sua legislação nessa que é uma das mais marcantes facetas da balança de pagamentos de um país, é apenas natural que não haja um caráter de exclusividade normativa no texto convencional. Mas, evidentemente, e nisto a CISG pouco guarda

¹ REsp 4.590/RJ (BRASIL, 1991, p. 3221).

de distinção com outros diplomas, podem ser traçadas algumas gradações que ampliam ou limitam os pontos de contato de uma legislação com qualquer outra fonte normativa. Um diploma pode, propositadamente, ou não, deixar de normatizar um determinado aspecto daquilo que seria, em tese, o seu objeto; pode também, expressamente ou não, remeter o intérprete a uma outra norma em particular (positiva ou até mesmo costumeira) para a solução de um problema específico que surja na aplicação de um ou alguns de seus preceitos; ou pode, por fim, quase que perfeitamente em vão, se pretender um sistema próprio e hermético, a inadmitir a busca por respostas jurídicas fora dos limites estritos dos seus dispositivos.

A CISG, por sua vez, segue uma linha de limitação seletiva do seu escopo, e os juros acabam sendo um campo em que isso se torna bem visível. Não é que a Convenção não seja aplicável numa hipótese na qual surja uma discussão sobre juros (a exemplo de um contrato envolvendo uma embarcação); ou mesmo que a Convenção não reconheça o direito à percepção desse acréscimo no bojo de uma relação de compra e venda internacional. Existem regras, ao contrário, no texto da Convenção, que expressamente cuidam de circunstâncias que ensejam o pagamento/cobrança desse tipo de assessorio ao valor principal que seja discutido. Apenas, o que não há é uma definição detalhada de alguns dos aspectos mais naturais que se poderia esperar encontrar numa legislação que versasse matéria contratual e que se pretendesse aplicável em caráter de exclusividade.

Que isso, aliás, não acontece somente no regramento dos juros é até fácil de perceber. Antes, a Convenção mesma é clara em positivar que determinados campos da teoria contratual não são abrangidos por suas regras. É assim, por exemplo, com o da “validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas, bem como

[da] validade de qualquer uso ou costume” (CISG), tal como previsto no art. 4 (a). O recurso a outras normas, por sua vez, em oposição à simples exclusão do seu campo de abrangência, se materializa, noutros casos, ainda mais patentemente. O art. 7 (2) determina uma sistemática em que “As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram”. Prossegue a norma: “à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado” (BRASIL, 2012).

É com essa premissa em mente, a de que a Convenção pode fazer menção a qualquer instituto jurídico, sem necessariamente minudenciar todas as regras e hipóteses de aplicação no tocante às relações jurídicas por ela abarcadas e que, de outro modo, por ela serão regidas, que os três dispositivos que mais de perto dizem respeito à disciplina dos juros devem ser analisados. Como sugerido, esses dispositivos deixam claro que para a Convenção o regramento dos juros não é de forma alguma desimportante. Eles enunciam, ao menos abstratamente, a hipótese em que os juros serão devidos (“se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido”, na letra do art. 78); e abordam, em específico, até mesmo o termo inicial da sua incidência na hipótese de o “vendedor [estar] obrigado a restituir o preço” (o art. 84 diz que será “a partir da data em que tiver ocorrido o pagamento”). Mais do que isso, a Convenção apresenta uma definição do que será considerada a indenização “por perdas e danos”, no art. 74 – o ponto merece toda atenção, de vez que os juros, na sistemática da Convenção, expressamente compõem parcela devida *além* da indenização por perdas e danos que possa ser devida e com essa última não se confunde. Logo, não há uma definição, na CISG, de qual é a taxa de juros incidente na hipótese do art. 78, nem

de qual é o termo inicial da sua fluência. O art. 84, no máximo, supre a segunda dessas lacunas, e o art. 74 apenas afirma o que, a princípio, não pode ser compreendido na noção de juros.

Uma advertência, ao fim desse tópico, vem a calhar. O objeto do estudo, sendo os juros devidos em caso de não pagamento e de perdas e danos, no âmbito da CISG, parece claro que se está a falar, aqui, daquilo que a doutrina brasileira classifica como *juros moratórios*; e não como *juros compensatórios*. Isto é: as relações jurídicas de que trata a Convenção, visando ao comércio de mercadorias, não implicam, na sua essência, financiamentos por cujo prazo regular o credor possa cobrar juros. Os juros, aqui, se destinam a recompor o patrimônio do credor pelo fato de ter havido mora na entrega de uma prestação que lhe era devida, e não uma remuneração ínsita ao próprio objeto do contrato. Ao percorrer as indagações que servirão de auxílio argumentativo para abordar a temática proposta, essa distinção será relevante.

(iii) *Quais outras normas a CISG manda aplicar?* A resposta à indagação deste tópico, indo diretamente ao ponto, parece variar segundo a divisão feita pelo art. 7 (2) da Convenção. Se se tratar de matéria regulada pela Convenção, mas com um desdobramento em particular que não haja sido por ela definitivamente dirimido, então o dispositivo manda aplicar, em primeiro lugar, “os princípios gerais que inspiraram” a Convenção; e, em segundo lugar, “à falta destes”, determina a busca [da] “lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado” (BRASIL, 2012).

Um primeiro ponto a ser retomado, mais genérico, é que uma determinada questão pode ser afeta a uma matéria regulada pela Convenção, sem ser necessariamente por ela regulada. Esse seria um caso de não aplicação do art. 7 (2) e de busca por uma norma qualquer, que não “os princípios gerais que inspiraram” a CISG,

ou tampouco a “lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado”, deveria se dar com base em um fundamento autônomo, qualquer que seja. É dizer: o problema mesmo que se estivesse discutindo fugiria à sistemática da Convenção, apesar de uma proximidade entre as hipóteses. Exemplos disso seriam o caso de uma compra e venda internacional das mercadorias listadas no art. 2; ou o de uma compra e venda não internacional, por interpretação do art. 1 (a) e (b). A par desses casos, comumente se encontram referências a uma *lacuna intra legem* – hipótese em que o ponto de direito a ser objeto de decisão não está contemplado na Convenção; e, ao contrário, a uma *lacuna praeter legem*, quando a Convenção até se aplica, mas não resolve uma determinada questão. As duas modalidades de lacuna, note-se, pressupõem que a relação jurídica subjacente enseja, sim, a aplicação da CISG, mas apenas a solução da controvérsia específica entre as partes carece de uma resposta que imediatamente se possa extrair da Convenção.

Uma segunda observação a respeito do art. 7 (2) está na dificuldade de conceber que não seria possível encontrar, para um dado problema referente a uma matéria regulada pela CISG, uma solução existente nos “princípios gerais que inspiraram” a Convenção. Isso se diz pensando tanto em determinados valores e preceitos extrajurídicos que permeiam o surgimento da Convenção, como – segundo será visto abaixo com maior detalhe – nas diretrizes positivadas em diversas regras desse diploma, as quais fornecem, quando menos, rico material de especulação sobre o cabimento do recurso à analogia. A primeira dessas linhas de raciocínio já suscita uma reflexão imediata. O preâmbulo mesmo da Convenção chega a mencionar que o seu surgimento se derivou da percepção de que “o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas

constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados” (CISG), e o próprio art. 7 (1) dispõe que “na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional” (CISG). Ora, retirar dessas diretrizes um princípio geral que sirva de norma concreta para um determinado problema referente a uma matéria tratada pela Convenção parecerá factível no mais das vezes, e até mesmo adequado, toda vez que a aplicação do princípio se fizer com atenção às circunstâncias pertinentes do caso concreto e aos critérios em torno dos quais, em direito internacional, já se tiver formado um razoável consenso.

A conclusão parcial a que se chega, nessas condições, é que nos próprios princípios inspiradores da Convenção serão encontradas respostas para boa parte dos pontos controversos que se apresentarem em disputas contratuais no comércio internacional. Até porque o recurso ao direito doméstico apontado pelo direito internacional privado, pela literalidade do art. 7 (2), só deverá ocorrer quando estiverem *ausentes* os mencionados princípios. A ênfase à ausência de tais princípios como critério para o recurso ao direito doméstico se explica. A Convenção não parece ter querido tal recurso quando os princípios gerais simplesmente não forem claros, insuscetíveis de gerar controvérsias ou difíceis de serem aplicados. Quando houver mais de um princípio geral em tese aplicável; ou quando houver intenso debate sobre a melhor forma de se interpretar um princípio geral: nesses casos, reconhecer a complexidade da solução aventada pela Convenção será, antes, um ato de confirmação da natureza geral do princípio (norma que, por si só, é de um tipo que demanda grande contribuição interpretativa do operador), do que um motivo para se buscar o direito doméstico. Afinal, a Convenção estabeleceu que apenas se não existir um princípio geral é que aquele virá à tona, e não que, se a solução indicada pelo princípio geral parecer inadequada à luz deste ou daquele aspecto, o recurso ao direito nacional será a via de restauração da justiça no caso concreto. A doutrina chega a dizer que “não gera disputas” a proposição de que o direito internacional privado deve permanecer sendo *ultima ratio*. Afirma-se: “*This should be obvious when considering the spirit of the uniform law: It is meant to create a uniform body of rules, clear, understandable and equally applicable to everyone.*” (CORTERIER, 2000).

(iv) *Há espaço para a aplicação da legislação nacional?* A se discordar das considerações lançadas no último parágrafo, seja em relação ao papel dos princípios em geral, seja em relação à extensão que tais princípios podem assumir quando se estiver falando particularmente da figura dos juros, então é natural que o operador queira responder positivamente à

pergunta sobre a existência de um espaço para a aplicação da lei doméstica. Pode-se colocar o ponto em termos até mais simples. Haverá espaço para aplicar a legislação nacional, basicamente, em duas ocasiões: (i) quando a compra e venda internacional não se submetem à CISG; e (ii) quando a própria operação comercial e o respectivo instituto em discussão estejam abrangidos pela Convenção, mas uma questão específica que as partes venham a controverter não tenha sido pontualmente dirimida pela CISG. É nessa segunda categoria, aliás, que se propõe enquadrar algumas questões relativas aos juros, mesmo que se conjecture que os princípios gerais que inspiraram a Convenção, por si sós, poderiam dar conta do problema, afastando assim, a própria etapa de buscar no direito internacional privado a solução.

De se fazer notar, desde logo, por exemplo, que os princípios gerais que inspiraram a CISG, no art. 84, resultaram numa regra em que o pagamento de juros, em caso de *restituição* do preço a ser efetuada pelo *vendedor*, se torna devido desde o momento do *recebimento* do preço. Parece possível interpretar, assim, que a Convenção quis positivar que os juros, sendo devidos por aquele que dispõe em seu patrimônio de um valor pecuniário devido a outrem, incidam desde o momento em que a disponibilidade haja ocorrido. Por congruência, se a hipótese é a de que o preço sequer foi pago, a incidência dos juros deveria ocorrer de pleno direito, desde a data acordada para o pagamento. Mais abaixo se retornará ao ponto, mas o princípio que rege essas obrigações não parece ser outro que não o conhecido princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, no Brasil regulado pelos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Uma outra interpretação possível, no tocante ao problema dos juros, é que, pelos princípios gerais que inspiraram a CISG e que resultaram na redação do art. 78, os juros são uma espécie de *consectário* distinta da indenização por perdas e danos, esta última, de resto, sendo dotada de um conceito próprio, traçado no art. 74. Nesse dispositivo se estabelece o que está incluído ou não na noção de perdas e danos, trazendo-se, igualmente, uma limitação ao montante da indenização, com parâmetro nas circunstâncias conhecidas ou que deveriam ser conhecidas pelo devedor.

As referências dos dois últimos parágrafos, entende-se, são cabíveis, sim, no presente tópico. Ainda que se queira investigar se há espaço para a aplicação da legislação doméstica, em caráter preliminar parece necessário apontar, primeiro, que tipo de lacuna existe na regulamentação dos juros na CISG; e, posteriormente, que tipo de solução, por imperfeita que possa ser, os princípios gerais poderiam oferecer. A resposta sobre a possibilidade de aplicação de legislação doméstica, em abstrato, não deixará de ter respaldo direto no próprio art. 7 (2). Agora, saber se os requisitos desse dispositivo estão preenchidos especificamente no caso

dos juros exige mesmo uma visão panorâmica do tipo de questões que o instituto provoca, e uma ideia mínima de como os princípios gerais serviriam de base para solucioná-las. No âmbito da CISG e para os problemas que ela própria não dirime, toda vez que se cogitar da aplicação de um princípio geral, automaticamente se deve cogitar, por igual, da aplicação do direito doméstico, pois só depois de se definir qual princípio geral poderia ser aplicável e de se verificar a sua real adequação para o caso concreto é que se poderá considerar que tal operação mental e jurídica rendeu bons frutos. Quando não se sabe bem quais frutos irão brotar de uma árvore, é sempre aconselhável olhar para outras partes da floresta.

Em resumo, existe um espaço para a aplicação da legislação nacional, no que diz respeito a compras e vendas internacionais realizadas entre titulares de estabelecimentos localizados em países distintos e signatários, em caráter principal, de um lado, e em caráter subsidiário, de outro. Em caráter principal, existem as operações não abrangidas pela CISG (compra e venda de embarcações, por exemplo) e determinados aspectos jurídicos de operações alcançadas pela CISG que, expressamente, são excluídas da sua regulação (validade do negócio jurídico, por exemplo). Em caráter subsidiário, existem determinados aspectos jurídicos de uma operação regida pela CISG, os quais, embora tratados pela Convenção, não foram dirimidos pontualmente por uma regra aplicável para a solução de uma controvérsia específica – daí se aplicando a legislação indicada pelas regras do direito internacional privado, *depois* de se constatar uma eventual falta de um princípio geral que tenha inspirado a Convenção.

(v) *Como aplicar a legislação brasileira?* Nos tópicos anteriores foram lançadas algumas bases para o recurso aos princípios gerais inspiradores da CISG para a disciplina nos juros em opera-

ções de compra e venda internacional. Cabe, agora, passar em revista certos pontos do direito internacional privado que, conceitualmente e por expresso comando do art. 7 (2), precisam ser enfrentados para que se determine o direito aplicável à solução de controvérsias que podem surgir nesse tipo de contrato.

Com alguma dose de simplificação, pode-se dizer que as regras do direito internacional privado emanam do próprio direito nacional (inobstante existirem instrumentos de direito internacional, isto é, tratados que visem a alterar a sistemática que os países possam vir a adotar unilateralmente) e, por isso, o só recurso a essa espécie de regra já constitui a aplicação de uma norma alheia à própria CISG. No entanto, como muitas vezes o teor normativo dessas regras importa a aplicação, em casos concretos, do direito produzido em ordenamentos jurídicos externos, em razão de alguma circunstância relevante do negócio jurídico subjacente, não se pode dizer, numa primeira abordagem, que a aplicação do art. 7 (2) da CISG levará, necessariamente, à aplicação do direito brasileiro, por exemplo. Isso dependerá (i) das características do negócio jurídico subjacente; e (ii) das opções legislativas feitas pelo ordenamento jurídico em que a demanda está sendo apreciada.

Supondo-se que a demanda seja apreciada no Brasil e com vistas à questão dos juros, o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro cria a obrigação de o juiz ou árbitro brasileiro realizar uma operação mental prévia no concernente à decisão de determinar a lei que será aplicável à controvérsia. Esse dispositivo prevê que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, sendo que o seu §2º complementa o regramento, ditando que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” (BRASIL, 1942). A etapa seguinte do processo decisório, portanto,

será atentar para onde a obrigação se constituiu, o que poderá ser feito, inclusive, mediante o critério de verificação da residência do proponente. Feito isso, o direito brasileiro pode se tornar aplicável, se se chegar à conclusão de que a obrigação envolvida no operação comercial em disputa – nela inserida a obrigação acessória de pagamento de juros, nos termos do art. 92 do Código Civil – houver se constituído no Brasil.

Resposta semelhante e de interesse para o presente estudo se pode alcançar, por outro lado, se a demanda estiver sendo julgada no foro de um outro país e, de acordo com as regras de direito internacional da localidade, o contrato deva ser regido pela legislação brasileira. Isso pode acontecer, em termos gerais, se a relação comercial guardar alguma notável pertinência com o ordenamento jurídico brasileiro e, claro, se tal circunstância for a eleita pelo direito daquele país para se determinar o direito aplicável.

4. Uma hipótese argumentativa

Para explorar melhor os conceitos já anunciados na sessão anterior, segue uma hipótese argumentativa de um caso concreto. Pense-se num contrato envolvendo COROA S.A, uma fabricante de máquinas industriais no Brasil, e ITER CIA, uma fábrica localizada na Argentina e que utiliza as máquinas produzidas por COROA S.A nas suas instalações. COROA S.A se obriga a entregar a ITER CIA o total de 500 máquinas, quantia considerada elevada e importante no ramo em questão. Para dar conta da produção em tela sem incorrer em custos excessivos, COROA S.A estabelece, de maneira independente, contratos com seus dois principais fornecedores, UTILIDADES LTDA e PÁSSAROS LTDA, no bojo dos quais o pagamento pelas respectivas peças adquiridas deveria ser feito num prazo mais estendido do que o usual, sob pena de multas contratuais e

acréscimos moratórios também mais pesados do que os usuais. O prazo estabelecido, para tanto, foi fixado, de comum acordo e com o pleno conhecimento das circunstâncias pelas *três partes*, para uma data posterior àquela em que COROA S.A deveria receber o pagamento feito por ITER CIA (acordado como sendo 30 dias após o recebimento das máquinas), de modo a beneficiar o fluxo de caixa de COROA S.A. Embora previsse que, para cada semana de atraso em relação à entrega das máquinas, COROA S.A deveria adicionar uma máquina ao total a ser entregue, o contrato entre COROA S.A e ITER CIA era completamente omissivo em relação à forma de constituição em mora de ITER CIA e a eventuais acréscimos a incidirem sobre o preço, no período do atraso. Também o era em relação a qualquer espécie de indenização por perdas e danos.

Sucedeu, de qualquer maneira, que as peças de responsabilidade de UTILIDADES LTDA e PÁSSAROS LTDA vieram a ser entregues a COROA S.A na data prevista. As máquinas de responsabilidade de COROA S.A também o foram a ITER CIA. Esta última, no entanto, não realizou o pagamento do preço. Passado algum tempo, COROA S.A resolveu encaminhar um representante ao estabelecimento de ITER CIA para tratar do recebimento do preço. Tal representante chegou a oferecer, por escrito, cálculos de parcelas mediante as quais ITER CIA poderia pagar o valor originário da dívida, mas esta última, sem negar o débito, pediu um prazo que COROA S.A reputou inaceitável. Paralelamente, após o vencimento do contrato com UTILIDADES LTDA e PÁSSAROS LTDA, ambos inadimplidos por COROA S.A, esta última intensificou as tratativas para o recebimento do preço de ITER CIA, encaminhando-lhe diversas correspondências, com diferentes propostas de prazos e parcelas. ITER CIA tornou a solicitar um prazo maior. Paralelamente, negociações

entre COROA S.A e UTILIDADES LTDA levaram ao pagamento do preço das peças por COROA S.A, com as multas e devidos acréscimos; e, entre COROA S.A e PÁSSAROS LTDA, ao pagamento do valor originário das peças, mas com o anúncio por parte da segunda empresa de que, por conta do desgaste sofrido, nunca mais iria fornecer peças a COROA S.A. Depois disso, COROA S.A encaminhou uma notificação a ITER CIA, relatando que, por conta da mora, a qual, àquela altura, já alcançava oito meses, se ITER CIA não efetuasse o pagamento em 10 dias, as medidas judiciais cabíveis seriam tomadas. Nesse instrumento, COROA S.A declarou que, naquele período, aceitava negociar apenas a taxa de juros, mas não parcelar o principal. Ausente qualquer resposta, 90 dias depois COROA S.A prosseguiu formalmente na cobrança.

Nessa conjuntura, pelas características do que for cobrado especificamente por COROA S.A, entende-se que pode haver distinção de tratamento, caso a solução da controvérsia ocorra no âmbito da CISG (como deveria naturalmente ocorrer, na nova sistemática brasileira), ou no do direito doméstico brasileiro, isto é, com base no Código Civil, o que não deveria ocorrer em todos os aspectos da disputa, mas que poderia ocorrer no caso dos juros, a depender da interpretação e aplicação que se queira dar ao art. 7 (2).

Para visualizar essa circunstância de distinção de tratamento, suponha-se que o pedido de COROA S.A tenha sido: (i) o pagamento do preço acordado, corrigido monetariamente; (ii) os juros simples de 0,5% ao mês, contados desde a data em que ITER CIA deveria ter realizado o pagamento; (iii) perdas e danos, correspondentes à multa e aos acréscimos moratórios pagos por COROA S.A a UTILIDADES LTDA, com juros e correção monetária; (iv) perdas e danos, correspondentes aos prejuízos incorridos em função do término das relações comerciais com PÁSSAROS LTDA; (v) custas judiciais; (vi) honorários de advogado, fixados em 20% do valor da condenação.

Numa situação em que somente o direito nacional brasileiro fosse aplicável, e para que não haja dúvidas, imaginem-se duas empresas brasileiras. Nesse caso, ter-se-ia, basicamente, o seguinte: o não pagamento na data prevista no contrato, pela letra do art. 389 do Código Civil, geraria para ITER CIA o dever de pagar: (i) perdas e danos; (ii) juros; (iii) atualização monetária; e (iv) honorários de advogado. O art. 402, por sua vez, estabelece que o vendedor teria direito a receber “o que efetivamente perdeu” – numa primeira aproximação, o preço da mercadoria, mas que, analisando-se a circunstância global, mais adequadamente corresponderia à multa e acréscimos pagos a UTILIDADES LTDA –, e o que “razoavelmente deixou de lucrar” – agora, sim, o preço das mercadorias, talvez abarcando, também, a margem de lucro futura em relação aos contratos

eventuais que teriam sido celebrados com PÁSSAROS LTDA. Por força do art. 403 do Código Civil, no cálculo das perdas e danos (mesmo que o não pagamento decorresse de dolo do comprador), somente os prejuízos e lucros cessantes que diretamente sobreviessem por conta de sua conduta seriam indenizáveis, de modo que, em se aprofundando a análise, possivelmente seriam excluídos do montante indenizável os prejuízos sofridos com o fim das relações comerciais com PÁSSAROS LTDA, a qual, lembre-se, aceitou receber pelas peças que fornecera somente o valor originário, sem multa ou acréscimos.

Ainda sem enfrentar todas as questões que no próprio direito nacional são suscitadas pela hipótese aventada, é importante apontar, desde logo, a perspectiva geral sob a qual o caso seria examinado, no âmbito da CISG. Presente o pressuposto básico de aplicação da Convenção, tendo em vista que as partes têm os seus estabelecimentos em Estados contratantes, tem-se que, se o comprador (como uma das partes) não pagar o preço acordado, por força do art. 78, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização por perdas e danos que seja devida nos termos do art. 74 da Convenção.

Dado que a Convenção não delimita (i) a taxa de juros e (ii) o termo inicial para a sua incidência, cogita-se sobre a forma de apuração desses dois elementos. Pela CISG, ambos estão separados da noção de indenização por perdas e danos, a qual pode se tornar ou não devida, à medida que ocorram os seus próprios requisitos, ao passo que a incidência dos juros – insista-se, mesmo sem o detalhamento quanto à taxa e o termo inicial – se dá simplesmente se, por acaso, retroativamente se verificar que “uma das partes deixou de pagar o preço”. Mais do que isso, o art. 84 (1) da Convenção, inobstante tratar da hipótese em que o *vendedor*, por qualquer motivo que sobrevenha na relação contratual, deva restituir o preço recebido, estabelece uma regra de valor ao menos interpretativo: a de que os juros incidirão desde a data em que o pagamento houver sido feito, o que sugere, por oposição, que, caso não tenha havido o pagamento, desde a data em que esse deveria ter ocorrido passa a haver a incidência de juros.

A transposição para o direito brasileiro, por sua vez, gera um impasse. O art. 389 do Código até sugere que as perdas e danos são uma coisa e os juros, outra. Mas, nos termos do art. 404, os juros não são um elemento distinto das perdas e danos, mas um dos seus componentes, juntamente com o que o credor “efetivamente perdeu” e “razoavelmente deixou de ganhar”, ambos verificáveis com base nos efeitos diretos e imediatos da conduta do devedor (art. 403), bem como custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional (art. 404, parte final). Há, ainda, a indenização suplementar prevista no art. 404, parágrafo único.

Igualmente, a legislação processual brasileira parece trabalhar com premissas um tanto distintas daquelas que vigoram no âmbito da CISG. O art. 293 do CPC deixa transparecer praticamente um dever do judiciário de investigar, em cada caso, qual é o montante dos juros que irão compor a condenação final, mesmo que não tenha havido pedido do autor nesse sentido.

Para além dessa distinção conceitual – entre incorporação ou separação dos juros no conceito de perdas e danos –, é certo, ademais, que o direito positivo brasileiro estabeleceu, no art. 405 do Código Civil, a regra de que se contam os juros de mora desde a citação inicial (ponto sobre o qual a CISG se silencia). Mais do que isso, o art. 406 do Código Civil determina a fixação, pelo parâmetro utilizado pela Fazenda Nacional para cobrar seus indébitos, dos “juros moratórios não forem convenacionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei” (BRASIL, 2002). Deve ser mencionada, ainda, a omissão da CISG no tocante à correção monetária, bem como aos honorários de advogado. Essas duas faturas, por assim dizer, estão expressamente contempladas pelo Código Civil na noção de perdas e danos, mas sequer são tratadas pela Convenção. Seria o caso, então, de se considerar que tais são matérias às quais a Convenção simplesmente não se aplica, podendo ser demandadas em ação autônoma? Ou estariam elas de alguma forma reguladas pela CISG, mas não precisamente dirimidas, caso em que o intérprete deveria buscar nos princípios gerais que inspiraram a Convenção a solução para o caso e, somente se ausentes esses últimos, aplicar as regras de direito internacional privado?

De qualquer maneira, mencionada apenas por alto até agora, a hipótese argumentativa traz, ainda, uma outra perspectiva normativa de aplicação do direito para solucionar a disputa. Essa perspectiva é a da aplicação das regras

brasileiras de direito internacional. Como já indicado, parte da doutrina expressamente acolhe a noção de que questões gerais sobre a disciplina dos juros que não estejam tratadas e dirimidas na própria Convenção devam sê-lo segundo o direito nacional indicado pelas regras do direito internacional privado do foro. O fundamento seria o art. 7 (2) da própria Convenção. Pensando no caso em tela e no Judiciário brasileiro, uma bifurcação, dessa maneira, se impõe. Primeiro, deve-se verificar se a hipótese é uma daquelas sobre as quais o Brasil teria jurisdição, de acordo com as diretrizes soberanamente traçadas na sua própria legislação. Reconhecida a existência de jurisdição a ser exercida, deve-se, em seguida, verificar, pelas características da relação jurídica subjacente, qual lei o direito brasileiro determina sirva de regência para a solução da controvérsia. Se o resultado dessa operação mental e jurídica for a própria legislação brasileira, o que se deve fazer, por fim, é averiguar quais comandos e diretrizes foram expedidos pelo legislador brasileiro em matéria de juros, em geral, e no tocante aos pontos que a CISG não haja positivado regra expressa, em particular.

Inicialmente, assim, cabe verificar as disposições do Código de Processo Civil que versam sobre a extensão da jurisdição brasileira ou, nas palavras do legislador, sobre a competência das autoridades judiciárias nacionais. Os arts. 88 e 89 do CPC é que cuidam dessa matéria. Eles consagram, respectivamente, uma distinção geral entre as ações que *podem* ser julgadas no país (mas que o legislador “aceita” sejam propostas também no estrangeiro, admitindo uma posterior homologação de sentença no Brasil) e as que atraem tão fortemente a jurisdição nacional que, se por acaso forem propostas e julgadas no exterior, não serão homologadas aqui pela razão de que somente no país é que poderiam ser formalmente decididas. Ora, pelas

características dos bens e das relações jurídicas envolvidas, o caso da COROA S.A se afasta do art. 89 e, para fins de argumentação, pode se enquadrar tanto no art. 88, II (se o contrato previr que o pagamento haverá de ocorrer no Brasil), como no art. 88, III (se a celebração do contrato houver ocorrido aqui). Logo, se por acaso a COROA S.A quisesse cobrar o preço que lhe é devido por ITER CIA por meio de uma ação judicial ajuizada no Brasil, contanto que os pressupostos dos incisos II ou III do art. 88 do CPC houvessem sido atendidos, o Judiciário brasileiro poderia aceitar julgar a demanda.

O raciocínio construído no parágrafo anterior conduz à etapa seguinte da lógica de aplicação do direito nacional no âmbito da CISG. Definido o país onde a demanda, por motivo de interesse contratual, bem como de conformação genérica à jurisdição de um determinado país, pode ser proposta, é de se verificar o teor normativo das regras de direito internacional privado pertinentes ao foro. O juiz brasileiro, se fosse o caso, deveria atentar, pois, para o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657/42, que determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 1942). E assentando-se, afinal, que a constituição da obrigação ocorrera no Brasil, o que é compatível com o exemplo da COROA S.A, então se completaria o procedimento de aplicação do direito brasileiro.

5. Contribuições da doutrina e da jurisprudência

(i) *Aspectos gerais dos juros*. Huber e Mullis (2007) destacam que o pagamento de juros, tal como previsto no art. 78 da Convenção, engloba qualquer obrigação de pagar em dinheiro, seja a origem dessa obrigação o contrato subjacente, seja a violação a um preceito da própria Convenção. Veja-se que a observação diz respeito

à origem da obrigação de pagar dinheiro, a qual, em geral, decorre do contrato. Pode ocorrer, naturalmente, de o contrato mesmo ser omissivo em relação à obrigação de pagar juros caso a obrigação de pagar dinheiro não tenha sido satisfeita a bom tempo. Foi o que ocorreu na hipótese trazida no tópico anterior. Relembre-se: havia uma disposição contratual pactuando o preço e a data de pagamento, mas não havia um acordo expresso das partes quanto ao pagamento de juros. Considerações dessa ordem, por outro lado, trazem à tona a seguinte indagação: o art. 78 da CISG desfruta dessa mesma força normativa caso tenha havido expressa manifestação de vontade das partes *excluindo* a incidência dos juros? Quanto a isso, considerando que as partes, além da autonomia consagrada nos já mencionados arts. 30 e 56 da Convenção, possuem também uma autonomia formal, no sentido de poderem convencionar que a compra e venda será, ou não, regulada pela Convenção, no todo ou em parte (art. 6), a exclusão dos juros se afigura possível.

Os autores apontam, ainda, uma considerável produção doutrinária defendendo que os juros também se aplicam em casos em que se estejam disputando danos. Tal compreensão do fenômeno não vem ao acaso. O art. 78 da CISG trata dos juros como sendo devidos independentemente de uma eventual indenização por perdas e danos (esta regulada pelo art. 74), mas não estabelece, na sua literalidade, que a indenização por perdas e danos, ela própria, sofrerá a incidência dos juros. Trata-se de uma interpretação com toda evidência razoável, a qual se poderia indagar, ao menos na seara acadêmica, se decorre diretamente do texto Convencional (o que não parece ser o caso) ou se, antes, é um corolário natural dos princípios gerais que inspiraram a Convenção. Naquilo que concerne ao contrato da COROA S.A e da ITER CIA, o que de positivo se pode indicar é que o pagamento

dos juros não fora previsto em qualquer circunstância, nem na da pura falta de pagamento do preço, nem na da indenização genérica de perdas e danos. No entanto, um dos itens do pedido da primeira empresa em face da segunda foi de “perdas e danos, correspondentes à multa e aos acréscimos moratórios pagos por COROA S.A a UTILIDADES LTDA, com juros e correção monetária” (HUBER; MULLIS, 2007, tradução nossa). Independentemente do juízo que se faça sobre o acolhimento, ou não, desse pedido, parece claro que, se julgado à luz da CISG, uma construção doutrinário-jurisprudencial deverá ser aplicada para que os juros quanto a essas perdas e danos sejam reconhecidos; ao passo que, nos termos do art. 404 do Código Civil, não apenas os juros estão inseridos na noção mesma de perdas e danos, como também outros consectários o estão, como é o caso, por exemplo, das custas e honorários de advogado.

Interessantemente, os autores fazem notar que o art. 84 da CISG cria um regime jurídico distinto para o comprador. Pelo dispositivo, fica definida a incidência de juros desde a data do pagamento, em caso de uma restituição se tornar devida. “*This provision will usually be more favourable to the buyer as he can claim interest not only from the date on which the contract was avoided (which would probably be the relevant starting point under Art. 78 CISG), but from the date of payment*” (HUBER; MULLIS, 2007). Da passagem se extrai que, no que se refere ao art. 78, apenas *provavelmente* o termo inicial da fluência dos juros seriam a data do inadimplemento contratual, a demonstrar que a matéria é sujeita a divergências de entendimento no âmbito da própria Convenção, podendo haver espaço para que, em cada jurisdição nacional, conforme as regras de direito internacional privado, seja adotado um entendimento específico. Por sua vez, discorrendo sobre a interação entre os arts. 78 e 84 e concluindo que esse último não serve para estabelecer qual será a taxa de juros devida quando da aplicação do primeiro, Corterier (2000) pontifica a diferença entre os dois regimes assim: “*Article 78 CISG deals with interest due on a late payment. Article 84 CISG on the other hand, deals with the restitution of benefits occurring in conjunction with the avoidance of a contract, without the sum in question being in arrears*” (CORTERIER, 2000). No Brasil, os arts. 397 c/c 395 do Código Civil impõem o reconhecimento expresso de algo que o art. 84 da CISG, a rigor, acolhe apenas para a hipótese “enriquecimento sem causa”: o de que, porque ITER CIA estava em mora desde a data em que deveria ter feito o pagamento, desde então ela já estaria responsável pelo pagamento de juros.

Pertinente à hipótese aventada, e até agora não citado, é o art. 58 da CISG. Essa norma positiva, quanto à data do pagamento, o princípio da autonomia da vontade, assegura que, se as partes houverem acordado um momento determinado para o pagamento, então tal será a data levada

em consideração para que a obrigação de pagar seja cumprida. A partir dessa data, em caso de inadimplemento, é que o art. 78 da Convenção se aplica. Huber e Mullis (2007, p. 357) escrevem que “a opinião predominante” é a de que “não existem outros requisitos para que surja uma demanda por juros”, a não ser a necessidade de notificação do comprador e a sua negligência em não realizar o pagamento. Os autores não deixaram, vale a pena notar, de registrar a existência de precedentes jurisprudenciais divergentes sobre a matéria, em vista da presença, ou não, da notificação. Isso, para o caso da COROA S.A, traz a ponderação sobre: (i) se o ato de tentar negociar, pessoalmente, o parcelamento do valor originário da dívida configurou, a um só tempo, a constituição em mora e a renúncia a eventuais juros; (ii) se somente com o posterior envio de correspondências, por escrito (mas também sem mencionar a cobrança de juros), é que tal notificação teria se aperfeiçoado; (iii) se tal aperfeiçoamento, em verdade, só se dera com a última comunicação, quando até se chegou a mencionar a receptividade quanto a uma eventual negociação dos juros; ou, afinal, (iv) se nenhum ato de comunicação era realmente necessário, de vez que o contrato previa uma data de pagamento do preço que, inquestionavelmente, fora desrespeitada por ITER CIA. Embora o foco principal do estudo diga respeito aos juros, vale mencionar o art. 8 (3) da Convenção. Ali se delineiam critérios que poderiam se mostrar úteis na investigação sobre se a conduta de COROA S.A: enviar representante e correspondências por meio das quais só se cobrava o valor principal, sem menção aos juros, teria aptidão para constituir ITER CIA em mora; ou, ao revés, o que implicou foi a própria renúncia à possibilidade de cobrar a parcela acessória dos juros.

Vale a pena uma pequena digressão para fazer ver que a possibilidade de renúncia aos juros, no Brasil, parece dúbia. Contratualmente,

é natural que as partes possam excluir a sua incidência, em linha, inclusive, do que foi registrado nos parágrafos acima relativamente à CISG. Ainda sem definir se a simples não menção aos juros deverá ou não ser interpretada como renúncia, pode-se presumir que um contrato em que a renúncia aos juros haja sido expressa provavelmente assim seria executado no judiciário. Numa outra ponta, um contrato do qual conste a incidência dos juros, mas que tenha sido levado a juízo sem que o autor tenha especificamente pleiteado a sua cobrança, provavelmente também acabaria por ser executado, ao final, com a conta desse valor, por posterior requerimento da parte interessada ou em razão de atuação de ofício do juiz (art. 293 do CPC). Restaria o caso do contrato omissivo e do pedido expresso, como se deu com a COROA S.A, esse último tornado adicionalmente problemático por conta da possibilidade de entendimento de que teria havido, ao menos durante um período, uma renúncia tácita aos juros².

Outra situação de debate comentada por Huber e Mullis (2007, tradução nossa) é a da incidência de juros sobre quantias ainda não fixadas. Deixar que o devedor seja cobrado por juros, mesmo quando a sua obrigação principal não seja conhecida, para os autores, se justifica “se – como no caso das perdas e danos – a obrigação de pagamento resulta de um inadimplemento por parte do devedor de tal sorte que ele não seja merecedor de proteção”. Muito mais direta, a sistemática brasileira contemplada no já visto art. 404 do Código Civil não exige ilações: os juros fazem parte da indenização por perdas e danos.

² Entendendo que circunstância *processual* alguma poderia excluir a incidência dos juros, veja-se o Agravo de Instrumento nº 20050020074246, julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com a Relatoria do Des. Nívio Geraldo Gonçalves, em 7/11/2005, DJU 21/2/2006, pág. 93.

(ii) *A taxa de juros*. Um ponto em apartado é o da taxa de juros. Huber e Mullis (2007) testemunham a ausência de acordo, na Conferência Diplomática que deu origem à Convenção, sobre qual deveria ser a taxa praticada; e alinham as principais correntes que se formaram para estabelecer qual padrão de referência deveria prevalecer. Uma delas, com base no art. 7 (2) da Convenção, busca sustentação nos “princípios gerais”, conquanto sem uma uniformidade de critério. Cogitou-se, por exemplo, da taxa de juros no Estado do credor; a vigente no Estado do devedor; a taxa LIBOR (London Interbank Offered Rate) ou a do Banco Central Europeu; a taxa da lei do foro; e até a regra dos Princípios UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do direito Privado).

Digna de menção, porque paira por sobre a teoria dos princípios gerais e também sobre a mera indicação de um direito doméstico estritamente vinculado a uma das partes do contrato, é a proposta de que seja aplicada a taxa de juros vinculada à moeda do contrato, hoje tornada problemática em razão da sobreposição de espaços nacionais distintos, mas vinculados a uma única moeda (CORTERIER, 2000), com visibilidade maior no caso do Euro. Uma outra linha diverge um pouco da busca pela taxa em si e tenta estabelecer critérios mediante os quais a taxa pode ser calculada no caso concreto. Seria o caso do critério da razoabilidade e/ou o da integral compensação (COLLIGAN JUNIOR, 2002). Para todos aqueles que se filiam a essa corrente, como se vê, independentemente da resposta final acerca da taxa o que se tem é o reconhecimento de que a matéria está incluída no campo normativo da CISG, apenas o método de definição da taxa sendo sujeito a interpretações diferentes entre si, mas iguais no fundamento jurídico que aplicam, qual seja, a própria CISG.

Huber e Mullis (2007) defendem, porém, a inexistência de um princípio geral nesse campo,

argumentando, antes, que a taxa será aquela vigente na lei aplicável ao contrato por força do direito internacional do local onde a demanda é apresentada. A afirmação de que esse seria um entendimento majoritário se encontra em estudos de outros autores, mesmo os que se filiam a orientação diversa, como faz, por exemplo, Arthur B. Colligan Junior. Esse autor informa que 70% dos casos versando a Convenção discutem a matéria dos juros e, desses, 90% aplicam o direito doméstico. Um exame do histórico dessa norma, aliás, dá conta das intensas disputas que o tema suscita. Numa das versões apresentadas como alternativa, o fator do qual decorreria o dever de pagar juros era o inadimplemento do contrato consistente no atraso no pagamento do preço. Mas nisso termina a semelhança com a sistemática que afinal veio a prevalecer. Originariamente, pretendia-se, de fato, definir a taxa de juros a ser observada em tais casos. O critério de referência era o do ordenamento jurídico em que o vendedor mantivesse o seu lugar de negócios. A “taxa oficial de desconto” vigente nesse ordenamento seria acrescida, ainda, de um 1% (um por cento), resguardado um limite mínimo, no patamar da taxa aplicada a empréstimos de curto prazo no local onde o vendedor estivesse estabelecido. O acrobático cálculo, afinal, ele próprio não definia a taxa, mas claramente tinha a intenção de resguardar o vendedor de sofrer prejuízo, caso tivesse de, no seu mercado local, recorrer a crédito de curto prazo para recompor a diminuição patrimonial causada pelo não pagamento por parte do comprador; ou mesmo se se levasse em consideração a perda dos juros que ele poderia perceber caso tivesse recebido o dinheiro a bom tempo e houvesse aplicado a quantia num investimento qualquer.

A menção ao local do estabelecimento, de resto, não poderia deixar de suscitar ao menos a dúvida se regras meramente locais, e não já nacionais, poderiam se mostrar aplicáveis,

como no caso de países com organização federal ou que, por qualquer motivo, apresentem taxas correntes distintas em diferentes regiões. A jurisprudência não ignorou esse desdobramento. Em *Zapata Hermanos, S.A. v. Hearthside Baking Co. Inc.*, por exemplo, precedente norte-americano, a diretriz da legislação estadual veio a ser considerada, inobstante ter sido afastada na hipótese concreta por uma questão de ônus probatório.

Os comentários oficiais do Comitê que trabalhou no texto, aliás, esclarecem como outras sugestões de inspiração semelhante foram discutidas. Uma preocupação, por exemplo, foi a de compatibilizar a Convenção aos ordenamentos que limitavam ou proibiam a cobrança de juros, sobretudo, segundo alguns enfatizaram, quando as perdas sofridas pelo vendedor pudessem ser, todas elas, reavidas na indenização por perdas e danos. Em face da diferença entre as taxas usuais vigentes nos países do vendedor e do comprador, considerando a manipulação que o adimplemento da obrigação de pagar o preço poderia sofrer, chegou-se até a sugerir que a taxa de referência, para os fins da Convenção, deveria ser a média entre as duas (UNICINTRAL, 1977).

Com algumas semelhanças na linguagem, mas igualmente com importantes distinções, também se chegou a propor regra em que o lugar de referência seria o lugar do estabelecimento do comprador. Mas se ali não houvesse uma taxa de desconto oficial – a esta a norma manda crescer-se 1% (um por cento) –, então a taxa seria a aplicável a empréstimos comerciais internacionais de curto prazo. Além disso, a norma também contemplava, na segunda parte, a possibilidade de obtenção de indenização suplementar, caso as perdas não fossem cobertas pelos juros.

Em sentido diverso ao de simplesmente aplicar o direito determinado pelas regras de direito

internacional do foro, como, de uma forma ou de outra, várias delegações tentaram fazer sem sucesso, na doutrina se encontra ainda uma corrente que defende a definição de critérios mais ou menos abstratos de estabelecimento da taxa no caso concreto. E essa corrente o faz com base em princípios gerais que entende permear a própria Convenção, em atendimento ao comando do art. 7 (2). Mencionados alguns parágrafos acima, os parâmetros da razoabilidade e da integral compensação exemplificam esse entendimento e foram expressamente adotados no caso *Zapata Hermanos, S.A. v. Hearthside Baking Co. Inc.* O fundamento avançado para se aplicar o primeiro estaria no fato de que tal princípio é acolhido textualmente em diversos dispositivos da Convenção, entre eles os arts. 46 (3) e o 49 (2), ao passo que o segundo seria a essência mesma do art. 74 (COLLIGAN JUNIOR, 2002).

O art. 74 da CISG, de fato, é encarado por parte da doutrina (ZOCOLILLO JUNIOR, 1997) não apenas como uma norma que se aplica à definição da indenização por perdas e danos, mas como um substrato jurídico do qual se tira a diretriz para se chegar à taxa de juros a que o credor fará jus. Essa diretriz será de caráter eminentemente finalístico porque, em verdade, o art. 74 não traz qualquer indicação sobre quais seriam os números mágicos que configurariam o binômio taxa percentual do principal e periodicidade de fluência. Não diz a norma que os juros serão de 1% ou 2% do montante devido nem que incidirão uma vez por mês ou uma vez ao ano. O que existe, no art. 74, é a menção a que a indenização será equivalente ao prejuízo sofrido pela parte. Daí o preceito de que os juros, ao incidirem, deveriam buscar recompor integralmente o prejuízo sofrido. Daí a conclusão de que é impossível estipular, prévia e abstratamente, um binômio definitivo para a questão e que as soluções podem variar caso a

caso, com maior ou menor influência do ordenamento jurídico do local do estabelecimento do comprador e do vendedor.

Segundo o mencionado Zoccolillo Junior, um precedente arbitral austríaco, aplicando essa lógica, acolheu expressamente a ideia da integral compensação como sendo um parâmetro a partir do qual, no caso concreto, deveria se buscar uma adequada taxa de juros. Curiosamente, o Tribunal pouco inovou no momento de definir, afinal, qual seria a taxa; e chegou mesmo a se valer de uma noção que alguns agentes diplomáticos que negociaram a Convenção tiveram a oportunidade de defender, mas em torno da qual, por pura refrega política, por orgulho jurídico ou por genuíno senso de inadequação, não houve um consenso mínimo: o critério da taxa média de juros de empréstimos bancários no local do estabelecimento do credor, na moeda de pagamento nacional ou, se assim as partes houverem acordado, na moeda estrangeira pertinente. O autor se refere, inclusive, a outros precedentes em que as decisões, aparentemente levando em consideração não unicamente o princípio geral da integral compensação, mas também a taxa vigente no direito doméstico aplicável, houveram por bem estipular um percentual suplementar na fixação dos juros, já que, nas hipóteses, o credor estaria sujeito a empréstimos bancários em patamares superiores. Essa orientação parece se alinhar, de resto, ao comando do próprio art. 404, parágrafo único do Código Civil brasileiro, sem embargo de a redação enfática do dispositivo (“provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo”) sugerir que não seria suficiente a mera alegação em tese de que um empréstimo bancário sujeitaria o credor ao pagamento deste ou daquele percentual de juros; antes, para receber a indenização complementar a que o dispositivo alude, deveria ser provado pelo credor que o mesmo efetivamente incorreu no pagamento do percentual, isto é, efetivamente realizou um empréstimo bancário para cobrir o prejuízo ocasionado pela falta de pagamento.

Outro princípio geral da CISG que o autor considera conexo à temática dos juros é o da vedação ao enriquecimento sem causa, esse extraído do art. 84 da Convenção. Filia-se ele à posição doutrinária de que o art. 84 não se limita a impor o termo inicial da incidência de juros, em caso de restituição de pagamento por parte do vendedor, como sendo a data do recebimento – como inequivocamente faz a redação do dispositivo. Pela própria estrutura de sua aplicação, o autor enxerga na norma a resposta para a indagação sobre qual a taxa deveria incidir na hipótese. Seu raciocínio é o seguinte: “*Since the obligation to pay interest is a restitutionary concern and not one of damages for the buyer, the rate of interest payable should be calculated based on the current rate at the seller’s place of business*” (CISG, 1980). Não surpreendentemente, também aqui se atinge um resultado final – aplicação da taxa vigente no local

do estabelecimento do vendedor – amplamente debatido nos trabalhos de elaboração da Convenção e claramente rejeitado. Em se tratando de aplicação desta ou daquela taxa com base num princípio geral da CISG, de qualquer sorte, supõe-se que a indicação da “taxa corrente” não fique vinculada a alguma determinação legal que possa existir no ordenamento jurídico do respectivo local, mas que prime por se evitar, tanto quanto ele tiver ocorrido, o enriquecimento sem causa do vendedor. Do contrário, praticamente diferença alguma existiria entre o método defendido e o de simplesmente se aplicar o direito doméstico, quando das regras do direito internacional resultasse que a obrigação em questão deveria ser regida pelo direito nacional do vendedor.

Também o art. 55 da Convenção o autor cita como indicativo de um princípio geral útil à definição de um parâmetro de fixação dos juros. Genericamente, o dispositivo determina uma solução para uma conjuntura em que uma obrigação em dinheiro é devida, mas nenhum acordo entre as partes existe – ou mesmo um preceito normativo em particular – ao qual se possa recorrer para se definir os exatos termos do pertinente binômio numérico. No caso, essa quantia desconhecida é a do preço e o que se defende é que se recorra a um critério compatível com as finalidades precípuas da CISG, também em relação aos juros, quando a necessidade do seu pagamento é inequívoca, mas o critério jurídico para a definição da sua expressão monetária não foi claramente estabelecido. Replicando-se o modelo que o art. 55 da Convenção consagra para o preço, a taxa de juros seria aquela “geralmente cobrad[a] por tais [valores, em vez de mercadorias] no momento da conclusão do contrato, [praticadas, em vez de vendidas] em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio”. Fica-se, portanto, atrelado às condições gerais da taxa de juros vigentes para circunstâncias semelhantes, com amplo espaço de decisão para o julgador no tocante à definição do que seja circunstância semelhante e alguma margem de discussão relativamente à distribuição do ônus probatório entre as partes. O encadeamento normativo dessa proposição, no entanto, mesmo se reconhecendo a utilidade do princípio, suscita certas dificuldades inerentes ao comércio internacional (a duplicidade de jurisdições e realidades econômicas sendo a mais básica) que tornam o recurso a tal expediente possivelmente vazio ou, no mínimo, problemático. Isso porque simplesmente não haverá consenso se se deveria em levar em consideração as condições semelhantes na realização de empréstimos no país do vendedor, ou se o que deveria vigorar é a referência do país do comprador. Tampouco se consegue extrair desse princípio se por circunstância semelhante deverá ser entendido apenas o comando normativo em matéria de juros da jurisdição que se reputou a mais aproximada ao contrato; ou a prática comercial peculiar que possa

haver em contratos entre partes dos mesmos países envolvidos, no mesmo setor industrial e em valores similares. Superando, aliás, parcialmente essa dificuldade, o autor também indica como um princípio geral aquele que decorre do art. 57 da Convenção. Dessa norma se extrai o preceito de que, na falta de acordo entre as partes – ou, mais uma vez, na falta de um comando normativo em particular –, as questões relativas ao pagamento (a exemplo do lugar onde esse deverá ser realizado) deverão ocorrer no âmbito do ordenamento jurídico do credor. Logo, os juros também deveriam seguir essa orientação.

Outra linha de argumentação do autor é a da aplicabilidade dos arts. 75 e 76 como princípios gerais, no que sustentam a cobrança por custos adicionais incorridos como resultado do inadimplemento contratual pela outra parte. Isso pode ser feito ou bem levando-se em conta o valor da compra ou venda substitutiva que tenha se tornado necessária, ou bem levando-se em conta a diferença entre o valor corrente da mercadoria e o valor originariamente previsto no contrato. Sugerindo, igualmente, a analogia ao art. 76 para o regramento dos juros previstos no art. 78, Corterier (2000) apresenta o direito aos juros como sucedâneo desses negócios jurídicos substitutivos e/ou do recebimento da diferença entre o preço corrente e o original. Não obstante, fica a ser respondida a questão sobre qual jurisdição deverá ser levada em conta para a apuração dos valores monetários envolvidos, a do credor ou a do devedor. Como a transposição para a matéria dos juros se dá, aqui, com base no regime jurídico da entrega das mercadorias, o item 2 do art. 76 norteia a resposta, na medida em que estabelece que o preço corrente será o do lugar onde a mercadoria deveria ser entregue (no caso dos juros, no lugar onde o principal deveria ser pago).

Uma questão aparentemente trivial, ligada a um eventual corte entre o direito doméstico e

os princípios gerais da CISG, veio a ser decidida no já mencionado caso *Zapata Hermanos, S.A. v. Hearthside Baking Co. Inc.*: a questão de saber se o regime dos juros aplicáveis ao contrato pode ou deve ser distinto do regime dos juros aplicáveis ao título judicial que, em algum momento, assume a força de decisão final e que apenas posteriormente, transcorrido um determinado lapso, vem a ser pago. De fato, pareceu possível à Corte estipular como aplicável a taxa de juros prevista na legislação local, quanto a esse lapso processual para o pagamento, depois de realizado o julgamento por um corpo de jurados que houvera decidido aplicar o critério da integral compensação e razoabilidade para se chegar a uma taxa de juros aplicável ao contrato.

Mais especificamente sobre a versão atual do art. 78, para além da questão normativo-dogmática que os doutrinadores citados no parágrafo anterior apontam, Schlectriem (1986), destacou um elemento puramente prático que levaria à aplicação do direito nacional para a fixação da taxa de juros na hipótese de não pagamento do preço. O autor se volta para o comando do art. 79 da Convenção, que lista algumas hipóteses em que as partes, decerto em caráter excepcional, podem se eximir da responsabilidade de adimplir a sua obrigação. Entre o regime particular do art. 79, que exclui temporariamente a responsabilidade do devedor – daí surgindo o interesse prático nos juros, depois de virem a cessar as circunstâncias que suspendiam o dever de pagamento –, e o regime geral do art. 74, que define a indenização do credor, o doutrinador argumenta que seria mais fácil para o credor simplesmente inserir no montante total dos seus prejuízos uma parcela referente aos juros e cobrá-la sob as condições do art. 74.

Volte-se, nesse passo, ao já mencionado art. 404, parágrafo único do Código Civil, que acolhe a possibilidade de haver uma indenização suplementar, em caso de perdas e danos,

se restar provado que não existe pena convencional e os prejuízos sofridos extrapolarem o montante concedido como indenização, a título de juros. O que a legislação nacional claramente positiva pode ser alcançado, na CISG, apenas por interpretação. Seria possível sustentar que, pela CISG, o pleito de COROA S.A. de receber a indenização, inclusive com os respectivos juros, quanto aos prejuízos sofridos junto a UTILIDADES LTDA e PÁSSAROS LTDA, pelo atraso de ITER CIA, seria tranquilamente acolhido. Ocorre que os requisitos para se reconhecer a indenização por perdas e danos, nos arts. 402, 403 e 404 do Código Civil, são diferentes daqueles previstos pelo art. 74 da CISG.

Independentemente do teor específico do direito brasileiro na matéria, vale a pena se reportar às conclusões que Ferrari (1995) apresentou sobre o tema. A premissa inicial do autor é que as regras de direito internacional privado usualmente apontarão para a lei do país do vendedor (credor dos juros) para a definição da taxa, na linha adotada, na Europa, pela Convenção sobre a lei aplicável a obrigações contratuais, de 1980. Nos termos postos como exemplo, contudo, e com vistas a uma eventual distinção entre essa orientação genérica da Convenção e o positivado especificamente no direito brasileiro, o caso da COROA S.A poderia acabar recebendo tratamentos dissonantes. Ao contrário da regra acolhida na Convenção (critério do local do estabelecimento do vendedor), o ordenamento nacional (art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece que o contrato será regido pelo direito do local da constituição. Bastaria que o contrato houvesse sido celebrado na Argentina, a despeito de dever ser cumprido no Brasil (art. 88, II, do CPC), para que o direito argentino, e não o brasileiro, fosse aplicável. Com efeito, estão em planos completamente diferentes a afirmação de que haverá competência da autoridade judiciária

brasileira para apreciar a demanda (já que o contrato deveria ser executado no Brasil); e a afirmação de que, em resolvendo a disputa, o juiz brasileiro deverá aplicar o direito nacional.

No caso brasileiro, de resto, parece ir se consolidando uma variação inevitável na fixação da taxa de juros em decorrência da própria flutuação do binômio numérico mediante o qual se extrai o efetivo valor a ser pago, percentualmente, sobre o principal, em face do transcurso de um determinado lapso temporal. A jurisprudência tem se fixado no sentido de que o art. 406 do Código Civil, ao fazer referência “à taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”, remete o aplicador à taxa SELIC. Como essa taxa, desde sua criação, pouco tem variado em razão da política específica que o governo deseje ver regendo o pagamento dos tributos à Fazenda Nacional, e muito mais em razão das análises macroeconômicas que dão o tom do controle da inflação no país, uma certa instabilidade continuará vigorando nas relações jurídicas sujeitas à CISG. Dados da Receita Federal indicam que, em maio de 1995, o valor chegou a ultrapassar os 4% ao mês, enquanto em setembro de 2012, o patamar atingido foi o de 0,54% ao mês.

6. Conclusões

A sistemática das compras e vendas internacionais de mercadorias, no Brasil, passará a receber o tratamento previsto na CISG. O escopo mesmo dessa Convenção é limitado a somente algumas operações do comércio internacional; e, normativamente falando, determinados aspectos dos negócios jurídicos subjacentes são expressamente excluídos desse diploma, ao passo que outros, embora disciplinados, não receberam um regramento exaustivo. Quanto aos juros, pontos essenciais como quem os deve

pagar e os pressupostos básicos para que tal pagamento se torne devido foram positivados, mas não pontos como qual a taxa a ser utilizada e qual o termo inicial para a incidência quando o preço não foi quitado. A própria Convenção anuncia que, em hipóteses tais, ou se aplicam os princípios gerais que inspiraram a CISG, ou – e isso deveria ocorrer somente na falta daqueles – se aplicam as regras contidas na lei indicada pelas regras do direito internacional privado do foro. A análise histórica da Convenção bem indica que os agentes diplomáticos envolvidos na negociação do texto final não alcançaram um acordo, em particular, sobre esses pontos, especialmente o valor da taxa de juros, sequer existindo um consenso mínimo acerca do critério pertinente mediante o qual, no caso concreto, pudesse ser calculado o binômio taxa percentual do principal e periodicidade de fluência. A principal vantagem de se aplicarem os princípios gerais é a tendência à uniformidade. A de se aplicar o direito internacional privado, a tendência de fazer incidir a regra que mais se adapta ao contrato sob o ponto de vista do local da constituição da obrigação, do pagamento e da execução.

Sobre o autor

Bruno Fernandes Dias é mestrando em Direito Internacional pela UERJ, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.
E-mail: fernandes.dias@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

INTEREST UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

ABSTRACT: This paper examines some general aspects of the application of the UN Convention on the International Sale of Goods – CISG, in Brazil, focusing on the rules regarding interest. Based both on international case-law and scholarship, one seeks to answer how should interest be charged when the debtor fails to pay his dues or when damages arise out of the contract. To this end, one must undertake an analysis of Brazilian case-law and scholarship, which will be carried out in light of an argumentative hypothesis. One finds that, although some crucial points on interest have been dealt with by the Convention, some important issues were left out, such as what rate is to be used and when interest starts to accrue. The Convention sets forth that in such cases, one is to apply either the general principles underlying the CISG, or – and this should only occur in the absence of those – the rules established by the applicable law, in accordance to the rules of private international

³ Sem revisão do editor.

law of the forum. Henceforth, the author delves into both scholarship and case-law on the various consequences of this duality and presents his concluding remarks.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW. UNITED NATIONS CONVENTIONS ON THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS. INTEREST.

Referências

ALVES, Brunna Callil dos Santos. A unificação das regras do direito internacional. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/813761/unificacao-das-regras-do-comercio-internacional>>. Acesso em: 8 maio 2015.

ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lídia. O que muda com a Convenção de Viena. *Valor Econômico*, São Paulo, 5 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena>>. Acesso em: 8 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código comercial do Império do Brasil, *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 4.590 / RJ (1990/0007988-8). Relator: Ministro Dias Trindade. DJ, 5 mar. 1991. *Diário da Justiça*, 25 mar. 1991.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Decreto legislativo n. 538, de 18 de outubro de 2012. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da comissão das nações unidas para o direito mercantil internacional. *Diário Oficial da União*, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-convencao-137911-pl.html>>. Acesso em: 8 maio 2015.

COLLIGAN JUNIOR, Arthur B. Applying the General Principles of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Fill the Article 78 Interest Rate Gap in Zapata Hermanos, S.A. v. Hearthside Baking Co. Inc (2001). *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*. [S.l.], 2002, p. 40-56. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/colligan.html>> Acesso em: 20 jan. 2014.

CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS – CISG. Viena: United Nations, 1980.

CORTIER, André. A New Approach to Solving the Problem of the Interest Rate Under Article 78 CISG. *International Trade and Business Law Annual*, 2000, p. 33-42. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cortier.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

FERRARI, Franco. Uniform Application and Interest Rates Under the 1980 Vienna Sales Convention. *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, p. 3-19. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1ferrari.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

GAMA JUNIOR, Lauro. A hora e a vez da Convenção de Viena. *Valor Econômico*, São Paulo, 22 set. 2009. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/784365/hora-e-vez-da-convencao-de-viena>>. Acesso: 8 maio 2015.

GRUENBAUM, Daniel. A Convenção sobre venda internacional. *Valor Econômico*, São Paulo, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3140652/convencao-sobre-venda-internacional>>. Acesso em: 8 maio 2015.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Viena e a arbitragem. *Valor Econômico*, 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2715608/convencao-de-viena-e-arbitragem>>. Acesso em: 8 maio 2015.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: A new textbook for students and practitioners*. Sellier: Munich, 2007.

MATTOS, Cláudio. Adesão do Brasil à Convenção de Viena. *Valor Econômico*, São Paulo, 7 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/834455/adesao-do-brasil-convencao-de-viena>>. Acesso em: 8 maio 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Forense: Rio de Janeiro, 2004. v. 2.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Manz: Vienna, 1986. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-78.html>>. Acesso em: 8 maio 2015.

TIBÚRCIO, Carmen. Uma convenção para vendas internacionais. *Valor Econômico*, São Paulo, 4 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3072582/uma-convencao-para-vendas-internacionais>>. Acesso em: 8 maio 2015.

TIMM, Luciano Benetti. A Convenção de Viena de compra e venda. *Valor Econômico*, São Paulo, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/810233/convencao-de-viena-de-compra-e-venda>>. Acesso em: 8 maio 2015.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Brazil. In: FERRARI, Franco (Ed.). *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Sellier: Munich, 2008. p. 7-31.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods. *UNCITRAL Yearbook*, v. 8, p. 25-64, 1977. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/doc-B01.html>>. Acesso em: 11 maio 2015.

ZOCCOLILLO JUNIOR, Alan F. Determination of the Interest Rate under de 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1997. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo.html>>. Acesso em: 8 maio 2015.

Poder Legislativo e dinâmica constitucional

Um estudo à luz do princípio federativo

MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO
GLAUCO SALOMÃO LEITE

Resumo: O trabalho analisa as relações entre o federalismo e o Poder Legislativo no Brasil. Para tanto, avalia as distorções que se verificam na estrutura do Poder Legislativo federal, nas competências que lhe são conferidas constitucionalmente e na própria dinâmica da atividade legislativa. Destaca a mitigação do papel do Senado como a Casa de representação dos Estados-membros. Estuda, ainda, a excessiva concentração de matérias na esfera federal e o tolhimento da autonomia dos Poderes Legislativos dos Estados e dos Municípios pelo influxo do princípio da simetria.

Palavras-chave: Federalismo brasileiro. Poder Legislativo. Assimetrias.

1. Colocação do tema

A dinâmica constitucional gera um efeito sobre a percepção do que é, efetivamente, a Constituição brasileira ao longo dos tempos. Quanto mais nos afastamos do momento inicial de sua promulgação (em 5 de outubro de 1988), mais são as experiências que condicionam interpretações diferentes sobre o seu texto. Naquela época, de um jeito; hoje, de outro. Formas diferentes de interpretação sobre um mesmo texto ao longo dos anos fazem do Direito Constitucional um objeto de estudo em constante mudança.

A ideia de dinâmica pode ser aplicada nos diversos artigos da Constituição. Mas os que tratam especificamente de poder são mais susceptíveis a constantes mudanças sobre a sua forma de interpretar e aplicar. Afinal, as pressões da práxis política não raras vezes condicionam interpretações e aplicações do texto constitucional.

Recebido em 19/11/14
Aprovado em 9/4/15

A dinâmica pela qual passou e ainda passa o Poder Legislativo, especificamente em relação às normas constitucionais que o organizam, é o tema deste estudo. Mais diretamente, a relação entre organização dos Poderes (Poder Legislativo) e organização do Estado (Federação) será colocada em prova neste trabalho, razão pela qual as normas referentes ao Poder Legislativo serão abordadas sob a perspectiva federalista.

Sabe-se que, sendo o federalismo a forma de Estado que contempla uma associação de entidades federativas agrupadas em uma União Federal, há Poder Legislativo não apenas na esfera central, mas também nas esferas estadual e municipal (mormente considerando o federalismo tridimensional brasileiro).

Assim, estudar o Poder Legislativo no Brasil equivale a identificar *qual* Poder Legislativo deve ser posto em foco, ou, em outras palavras, a qual esfera do Poder Legislativo se deve voltar a atenção.

Nesse particular aspecto, há três temas que sedimentam a relação entre Poder Legislativo e Federação. O primeiro deles é atinente à própria estrutura do parlamento, ou seja, a organização do Poder Legislativo em uma ou duas câmaras e motivo desse bicameralismo. Trata-se, em verdade, de um aspecto orgânico daquele poder. O segundo tema referente à relação entre Poder Legislativo e federalismo relaciona-se à distribuição das matérias que devem ser objeto de legislação pelas esferas de governo. Em outras palavras, quais são os temas de competência legislativa da União, dos Estados ou dos Municípios. E mais: ocorrendo o risco de um tema se situar na zona fronteira entre as competências de diferentes esferas federativas, como deve ser resolvida a questão do conflito de atribuições legislativas? O terceiro tema, por sua vez, refere-se particularmente ao desenvolvimento da atividade legislativa: indaga-se se a atividade legislativa, principalmente o processo

legislativo, é o mesmo, ou não, nas diferentes esferas. Se a produção de leis nos planos municipal e estadual deve pautar-se pelo mesmo rito adotado no plano federal, haveria ou não a necessidade de impor uma simetria para que o processo de elaboração das leis no plano federal fosse igual ao processo legislativo nos planos estaduais ou municipais?

Esses questionamentos serão abordados neste trabalho, cujo objetivo primeiro é desnudar a relação entre Poder Legislativo e Federação. Convém ressaltar que se desenha uma excessiva centralização em direção ao Poder Legislativo da União, tanto no plano da maior atribuição de competências legiferantes, quanto no plano da utilização do modelo de organização legislativa federal para ser reproduzido nos planos estaduais e municipais.

2. Bicameralismo brasileiro no processo de produção das leis

A expressão *foedus* significa pacto, aliança. Por isso, o federalismo não esperou o Estado para surgir; ele é, antes disso, um fenômeno social. Maior prova disso é que ele não está presente apenas na forma de organização do Estado, mas também em diversos institutos da sociedade, como nas indústrias (federação de indústrias), nos esportes (federação de futebol), nos sindicatos (federação de sindicatos), dentre outros.¹

A ideia principal que pode ser visualizada nos institutos que se utilizam da forma federativa é justamente a união de partes diversas. Por isso, fala-se que federalismo é a união na

¹“O federalismo é uma coisa e o Estado outra. O federalismo não esperou o Estado para aparecer: ele está sendo utilizado sob diversas formas nas estruturas de numerosos agrupamentos totalmente ou parcialmente desligados das instituições políticas, tais como, partidos, sindicatos e mesmo as associações esportivas” (RENOUX, 1999, p. 268.)

diversidade. Agrupam-se, em torno de um objetivo comum, entidades diferentes. Dessa forma, compreende-se que na união há diferenças das partes que necessitam ser respeitadas.²

Assim, quando se transporta o discurso do federalismo para a formação do Estado, compreende-se que há pessoas jurídicas de direito público (Estados-membros) que se unirão, enquanto partes, para formar um todo. Daí se falar que de uma união surge uma União. Em outras palavras, a união (como junção de partes) gera a criação de uma nova pessoa jurídica, a União Federal.

Não se pode esquecer que cada parte é uma pessoa jurídica de direito público e político e, assim como o todo (a União Federal), deve ter um Poder Legislativo para que sua atuação seja considerada condizente com o respeito da legalidade.

Nessa perspectiva, o canal de expressão da vontade da pessoa jurídica de direito público e político é, justamente, a lei, pois não se concebe outra maneira de o Estado mostrar sua vontade, senão a vontade legal.

Dessa feita, considerando as três esferas do federalismo brasileiro (União, Estados-membros e Municípios³), para cada uma há o seu respectivo Poder Legislativo: o Congresso Nacional, no plano federal (onde atuam os Deputados Federais e Senadores), as Assembleias Legislativas, no plano estadual (onde atuam os Deputados Estaduais) e as Câmaras, no plano municipal (onde atuam os Vereadores).

Fica evidente que os órgãos legislativos das esferas que compõem o pacto federativo guardam, naturalmente, estruturas complexas de poder. Todavia, chama a atenção o fato de que no plano estadual e no plano municipal há apenas uma câmara legislativa, ou seja, há poderes legislativos unicamerais, enquanto que, de modo diverso, no plano federal há um Poder Legislativo bicameral. Qual seria, então, a relação entre federalismo e organização do Poder Legislativo brasileiro?

A própria Constituição Federal de 1988 dá o norte para essa questão: em seu art. 45, afirma serem os Deputados Federais representantes do povo, e no art. 46, afirma serem os Senadores representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Vê-se, assim, que o bicameralismo brasileiro encontra raízes no federalismo. Daí falar-se que é do tipo federativo: o processo de formação das leis é um processo que corresponde uma única decisão em duas etapas: a lei deve ser aprovada tanto na Câmara dos Deputados quanto

² Segundo García Pelayo (1984, p. 218), o federalismo representa a “unidad dialéctica de las tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad e la tendencia a la diversidad”.

³ Sem esquecer, claro, do Distrito Federal, pessoa *sui generis* na organização político-territorial brasileira.

no Senado Federal. Assim, cria-se um Poder Legislativo adequado ao Estado composto brasileiro. Afinal de contas, uma das características do Estado federal é justamente a participação das vontades parciais na vontade geral, o que, no Brasil, se dá formalmente por meio do Senado Federal (VELLOSO, 1997, p. 386).

Em verdade, apesar de os Estados unitários preferirem o unicameralismo e os Estados federais preferirem o bicameralismo, há Estados federais que adotam o unicameralismo e vice-versa. Não obstante, é corrente dizer que a existência de uma segunda câmara, que pode ser chamada de Senado, Câmara das Coletividades Locais, etc., é, sem sombra de dúvidas, característica do Estado federal (BARACHO, 1982, p 30). Deve-se, também, destacar que há outros tipos de bicameralismos que não são federativos – como o inglês, com a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns.

Algumas críticas podem ser feitas ao bicameralismo brasileiro, no plano do Poder Legislativo federal. É que, apesar de ele ter um aparente fundamento federalista (com a segunda casa – o Senado – representando os interesses dos Estados-membros e do Distrito Federal), alguns preceitos da Constituição podem servir para encontrar uma outra finalidade para a segunda Casa, a saber, aqueles que disciplinam a idade de acesso ao cargo político, a ordem de votação entre as Casas e o número máximo de parlamentares em relação aos Estados-membros.

Quanto à idade de acesso aos cargos públicos e à ordem de votação entre as casa, percebe-se que o art. 14, § 3º, VI, define como idade mínima para elegibilidade a de 21 anos para Deputado Federal e a de 35 anos para Senador. Ora, indaga-se, então, qual seria a relação entre ser o Senado uma Casa mais “velha” e a representação dos Estados-membros?

Outra questão interessante é ser o Senado uma Casa essencialmente revisora daquilo que foi elaborado pela Câmara dos Deputados. Na verdade, quase todos os projetos de lei são iniciados na Câmara dos Deputados. Apenas os apresentados pelos próprios Senadores é que são iniciados no Senado, funcionando a Câmara, nesta hipótese, como uma Casa revisora. É justamente o que determina o art. 64 da Constituição de 1988: “A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”. A isso, adicionem-se, claro, os projetos apresentados pelos próprios Deputados Federais. Indaga-se, então, qual seria a relação entre ser o Senado uma Casa essencialmente revisora e a sua função de defesa dos interesses dos Estados-membros?

Pela leitura dos dois dispositivos acima, pode-se concluir que o Senado é uma Casa, em princípio, formada por parlamentares de maior idade e, também, uma Casa revisora. Cria-se, então, um arcabouço constitucional

que leva o Senado Federal a atuar sempre em uma via de moderação daquilo que é produzido pela Câmara dos Deputados. Afinal, os revisores, em geral, são sempre pessoas sem o ímpeto da juventude e com mais “maturidade”. Mas esse contorno constitucional não é, por certo, um contorno federativo, ou seja, esses argumentos em nada guardam relação com a ideia de defesa de interesses locais. Não há, portanto, correlação.

Conclui-se que, na prática, o tratamento constitucional dado ao Senado Federal, quanto a esses aspectos, foge da construção de uma estrutura de bicameralismo federativo.

Ainda envolvendo o mito de que o Senado tem a função de representar os Estados-membros, ao passo que a Câmara dos Deputados tem a função de representar o povo, vejamos a questão referente à composição parlamentar no Congresso Nacional. Ora, pelo que consta do art. 46 da Constituição Federal, os Senadores são representantes dos Estados. Por isso mesmo, há três Senadores eleitos por cada Estado-membro (e três pelo Distrito Federal). Para definir o número de Senadores por cada Estado-membro, não se leva em consideração o número de eleitores ou de habitantes daquele Estado-membro (nem povo e nem população). É um número fixo e invariável de três, que se elegem alternadamente, na proporção de um terço e dois terços, a cada quatro anos.⁴

Essa norma constitucional que estabelece o número fixo de três Senadores vem ao encontro do princípio federalista, pois em uma federação

há igualdade jurídica (nem sempre econômica ou política) entre os entes federados.

Já no plano da Câmara dos Deputados, a regra do art. 45 determina que eles devem representar o povo (conceito político-qualitativo). Todavia, a quantidade de Deputados Federais que devem ser eleitos pelos Estados-membros irá variar de acordo com a população (conceito numérico-quantitativo) daquele Estado.

Por isso, Estados-membros mais populosos, como São Paulo, possuem mais Deputados Federais do que Estados-membros menos populosos, como o Acre. Porém, a Constituição Federal, no § 1º do art. 45, estabeleceu que o número total de Deputados por Estado-membro será proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Para muitos, esse teto e piso geram uma desigualdade no valor do voto entre os cidadãos, pois se está diante de representantes do *povo*, Deputados Federais, e não de representantes dos Estados-membros. E se são representantes do povo, a divisão do número total das vagas de Deputados deveria se dar de forma proporcional à distribuição da população brasileira. Assim, se São Paulo detivesse 80% da população brasileira, tal Estado deveria deter também o direito de escolha de 80% dos Deputados Federais. Todavia, isto não acontece porque nenhum Estado-membro pode eleger mais de 70 Deputados (SOARES; LOURENÇO, 2004, p. 118)⁵.

⁴“É de se registrar que existe o princípio da paridade da representação dos Estados-membros no Senado. No Brasil, cada Estado-membro possui três representantes no Senado Federal. Trata-se, na verdade, de uma idéia antiga no constitucionalismo brasileiro, presente como cláusula pétrea já na primeira Constituição federal, a de 1891, sob a inspiração do art. V da constituição norte-americana de 1787” (ARAÚJO; GADELHA, 2011).

⁵A propósito, o Governador do Rio Grande do Sul certa vez apresentou ADI nº 815-3/DF, requerendo ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do piso de 8 e teto de 70 deputados-federais por Estado, alegando que a norma do art. 45 violaria o princípio da isonomia de voto insculpido no art. 12 da Constituição Federal. A petição inicial da ADI foi indeferida por considerar a Corte que não é possível declarar inconstitucional uma norma constitucional criada pelo poder constituinte originário.

Mas indaga-se: por qual motivo seria imposto pela Constituição um piso de 8 e um teto de 70 parlamentares, eleitos por cada Estado-membro?

A explicação está justamente em prevenir eventual hegemonia, na Câmara dos Deputados, de parlamentares eleitos predominantemente por um determinado Estado-membro. E isso, em verdade, representa uma contradição do bicameralismo federativo.

Os Deputados são representantes de todo o povo brasileiro (art. 45), mas são eleitos nos Estados. Então, o distrito eleitoral estadual faz com que o exercício de seu mandato seja voltado às suas bases eleitorais. Com isso, as emendas parlamentares tendem a beneficiar a região onde se encontra o seu colégio eleitoral. Se não houvesse o piso e o teto em questão, haveria uma “concentração de poder econômico e político em uma única unidade da Federação [...] o que contribuiria para o aumento de nossos desequilíbrios federativos com a conseqüente ameaça de o país ficar submetido no plano político-eleitoral ao que se denomina ‘tirania da maioria’” (SOARES; LOURENÇO, 2004, p. 125).

Em outras palavras, o piso e o teto existem para que um Estado da Federação não se torne hegemônico na Câmara. Com isso, pode-se identificar, em certa medida, a função de representação dos Estados-membros exercida pela Câmara dos Deputados, pois, caso contrário, não haveria necessidade de limitar o número de parlamentares eleitos por cada Estado da federação.

Em suma, no que diz respeito ao exame orgânico da estrutura do Poder Legislativo focado sob o prisma do federalismo, chega-se à conclusão de que é falha a fórmula deveras propagada do chamado “bicameralismo federativo”, segundo a qual há duas casas legislativas em razão de ter o Senado Federal a função de representação dos interesses dos Estados-membros.

Tal fórmula seria falha em razão dos três motivos acima listados: uma, porque o Senado possui uma função essencialmente revisora no processo legislativo, funcionando como uma “segunda Casa” (art. 64 da Constituição); duas, porque a idade mais elevada para acesso ao cargo eletivo de Senador da República não guarda relação com defesa de interesses locais (note-se que sendo uma casa mais velha e, também, uma casa revisora, o bicameralismo brasileiro seria mais “de moderação” do que “federativo”); três, porque a imposição constitucional do piso de 8 e teto de 70 deputados a serem eleitos por cada Estado é um dado a denunciar que a Câmara participa do jogo federativo de representação dos interesses estaduais, aplacando o tão replicado discurso que afirma ser esse o papel do Senado Federal.

Enfim, vê-se que a regra da previsão paritária dos Estados-membros no Senado Federal não é suficiente para caracterizar o bicameralismo brasileiro como sendo do tipo federativo, uma vez que os problemas já apontados mostram, sem dúvidas, que a divisão em duas etapas no processo legislativo está muito longe de ser algo a prestigiar o princípio do federalismo.

3. Ausência de equilíbrio na repartição de competências legislativas entre a União e os Estados-membros

Ainda prosseguindo na análise crítica das relações entre Poder Legislativo e federalismo, chega-se ao tema da repartição de competências entre os entes da Federação para demonstrar que o Poder Legislativo brasileiro é centralizado no plano federal, em razão da hipertrofia de competências legislativas atribuídas ao Congresso Nacional.

Como já foi dito, o federalismo representa uma ideia de união de partes diversas. Partes que são diferentes, mas que têm algo substan-

cialmente em comum para permitir uma união entre elas. Ocorre que, se há multiplicidade de entes, é porque há, por certo, divisão de tarefas entre esses entes.

A doutrina costuma dividir as competências entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios segundo critérios diversos. Um deles analisa o tipo de atividade: se administrativa ou legislativa. Outros examinam o sujeito que exerce a competência, se com exclusividade ou de maneira compartilhada (ALMEIDA, 2010, p. 58).

No caso do Brasil, e no caso especificamente da competência legislativa, que é a que interessa para este estudo, a Constituição adotou a técnica de competências enumeradas (aquelas em que há previsões expressas na Carta) e competências remanescentes (quando a Constituição não indica algum tema, ou seja, se omite em relação a alguma atribuição).

Assim, foram estabelecidas competências legislativas enumeradas para a União Federal e também para os Municípios. Já em relação aos Estados-membros, foram-lhe atribuídas competências remanescentes⁶.

Já quanto à possibilidade do exercício compartilhado das competências, costuma-se falar em competência legislativa privativa e competência legislativa concorrente.⁷ Pela primeira, entende-se que a Constituição dá certas

⁶Raul Machado Horta (1985, p. 10) diz que a Constituição de 1891 manteve separadas as competências dos Estados-membros (reservados) e da União (enumerados), consoante a forma de repartição da Constituição dos Estados Unidos.

⁷Optamos por não fazer aqui a distinção de competência privativa e exclusiva com base na possibilidade ou não de delegação. Sobre o tema, conferir Dantas (2001, p. 454). Em verdade, a própria Constituição chama de privativas algumas competências que não podem ser delegadas (vide arts. 52 e 84, por exemplo). Assim, semanticamente, entendemos que não há diferença entre exclusividade e privatividade, não merecendo acolhida a tese segundo a qual utiliza o adjetivo “privativa” para qualificar as competências delegáveis.

matérias a uma esfera para legislar. Entretanto, de acordo com a segunda competência (a compartilhada ou concorrente), entende-se que a Constituição Federal concedeu alguns temas e outorgou-os para mais de uma esfera apreciar.

A Constituição Federal tentou catalogar as matérias que poderiam ser objeto de legislação, como, por exemplo, Direito Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho etc. e disciplinou qual ente da Federação deveria ficar responsável para elaborar leis sobre aqueles assuntos.

Ao fazer isso, a Constituição Federal entregou à União Federal, no art. 22 (sem igual aos demais entes federativos), uma longa lista de temas que seriam objeto da apreciação do Congresso Nacional, destacando, todavia, no parágrafo único do mencionado art. 22, que uma lei complementar pode ser editada visando a delegar a matéria legislativa aos Estados-Membros.⁸

A Constituição Federal estabeleceu um extenso rol de matérias no art. 22, com vinte e nove incisos que giram desde o Direito Civil até a matéria de propaganda comercial. Com isso, vê-se que optou, claramente, por centralizar nas mãos da União Federal boa parte da matéria a ser legislada no País. Basta, para confirmar essa percepção, uma simples leitura do mencionado art. 22 da Constituição de 1988.

Para tentar compensar tamanha centralização, a Constituição previu, no art. 24, um campo de interseção de matérias que podem ser legisladas tanto pela União quanto pelos Estados-membros e Distrito Federal: as chamadas competências legislativas concorrentes. Apesar da omissão dos Municípios no *caput* do art. 24, entendemos que eles também podem disciplinar as matérias ali previstas, quando se encontrarem utilizando a prerrogativa estabe-

⁸Numa rara situação, essa delegação legislativa aconteceu com a edição da Lei Complementar nº 103, de 2000.

lecida pelo art. 30, inciso II, de suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Todavia, a previsão de competências concorrentes não conseguiu diluir a feição centralizadora do federalismo legislativo brasileiro, por dois motivos.

Primeiro, há uma nítida hipertrofia de competências legislativas para a União Federal, previstas no art. 22 que, inclusive, não são descentralizadas, quando poderiam sê-lo, de acordo com o parágrafo único do mencionado artigo.

Um segundo motivo que pode ser apontado para um processo de centralização legislativa diz respeito ao fato de que eventual produção local de leis estaduais e municipais, aparentemente inseridas entre suas competências concorrentes, pode ser reinterpretada tematicamente para ser inserida entre os temas privativos da União. Nesse caso, o jogo hermenêutico tem demonstrado pender mais para a centralização legislativa do que para a descentralização. Por exemplo, uma lei municipal que determine a gratuidade de estacionamentos em *shoppings*, visando a bem ordenar circulação e áreas de comércio (matéria de interesse local, pois) pode ser entendida como violadora da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e comercial. Além disso, uma lei estadual que determine ao motorista de um ônibus ser obrigado a parar o veículo mesmo fora do ponto oficial de parada, quando uma pessoa com deficiência solicitar acesso, estaria aparentemente inserida no artigo 24, inciso SIV (legislação protetiva de pessoas com deficiência). Todavia, não raras vezes se levantam para dizer que tal lei estadual estaria invadindo o âmbito de competência da União, em legislar sobre o trânsito.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal que, no jogo hermenêutico, optou por considerar o caso concreto no alcance da competência central:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL 4.049/2002. ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS. GRATUIDADE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E AOS MAIORES DE SESENTA E CINCO ANOS. VIOLAÇÃO AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL. AGRAVO IMPROVIDO. I – A Lei estadual 4.049/2002, ao prever a gratuidade de todos os estacionamentos situados no Estado do Rio de Janeiro aos portadores de deficiência e aos maiores de sessenta e cinco anos, proprietários de automóveis, violou o art. 22, I, da Constituição Federal. Verifica-se, no caso, a inconstitucionalidade formal da mencionada lei, pois a competência para legislar sobre direito civil é privativa da União. Precedentes. II – Agravo regimental improvido” (BRASIL, 2011b).

Pelo que se vê do julgado acima, o Supremo Tribunal Federal teve a opção de albergar a lei pela competência constitucional do art. 24 (proteção do idoso e da pessoa com deficiência), como também do artigo 22, I (direito civil), mas concluiu que a lei estadual invadiu atribuições constitucionais da União Federal. Foi uma opção interpretativa que o Supremo Tribunal Federal fez. Uma escolha. Poderia ter privilegiado a descentralização legislativa e as competências do artigo 24, mas não o fez.

Então, vê-se que o problema da centralização de competências legislativas na União não existe apenas em relação aos temas distribuídos pelo constituinte originário (mais temas para serem legislados pela União e menos para os Estados-membros e Municípios), mas também é um problema que passa pela interpretação centralizadora da Corte, ao imprimir uma análise centralizadora de uma matéria legislada pelos entes descentralizados, trazendo como consequência

o tolhimento da livre criação legislativa de Estados-membros e Municípios e com prejuízos para a consolidação democrática de Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Enfim, esse é, sem dúvidas, um problema que atinge frontalmente a relação entre Poder Legislativo e Federação, causando uma distorção grave no federalismo brasileiro, em virtude do esvaziamento temático da capacidade de produção legislativa dos entes descentralizados.

4. Processo legislativo e princípio da simetria: desconfigurando a ideia federalista

Uma última análise crítica que pode ser feita, tendo sempre como ponto de partida a relação entre Poder Legislativo e federalismo, diz respeito ao procedimento de formação da atividade legislativa, ou seja, ao tema do processo legislativo.

Há uma jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal que determina a reprodução, no plano local, do modelo de processo legislativo adotado no plano federal, de acordo com o princípio da simetria. São vários os julgados que assim estabelecem a necessidade de reprodução. Nesse sentido, veja-se o que diz o Min. Peluso, *verbis*:

“No desate de causas afins, recorre a Corte, com frequência, ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos” (BRASIL, 2009).

Aqui, todavia, analisaremos um julgado específico, em que o Supremo Tribunal Federal perdeu a chance de reverter seu pensamento centralizador. Trata-se da ADI nº 2872-PI, um

julgado interessante justamente para comprovar como a interpretação da Constituição pode se dar de maneira centralizada, diminuindo e abafando o Poder Legislativo local em detrimento do federal, com base em uma ideia pouco aprofundada de necessidade de reprodução cega de modelos de organização políticos.

Em verdade, os critérios de utilização do princípio da simetria nunca foram verdadeiramente explicados pela Corte. Pelo princípio da simetria, pode-se entender que as regras básicas de organização dos três Poderes no plano federal devem ser reproduzidas para os planos estadual e municipal. Mas, deve-se dizer, há uma razão específica para essa obrigatoriedade de simetria: a preservação do princípio da separação dos poderes. Dito de outro modo, a regra de ouro do princípio da simetria indica que a reprodução do federal para o local só deve ser considerada obrigatória se for para a preservação da harmonia entre os Poderes (ARAÚJO, 2009, p. 96).

Assim, exemplificando, se no plano federal cabe ao Presidente da República exercer a iniciativa de leis sobre definição de efetivo das Forças Armadas, no plano estadual, *mutatis mutandis*, caberia ao Governador de Estado assim proceder em relação à definição do contingente da Polícia Militar. Em sentido diverso, se tal competência de iniciar o processo legislativo estadual sobre esse tema fosse destinada aos Deputados Estaduais, e não ao Governador, estaria sendo violado o princípio da simetria, pois o modelo de separação dos poderes no plano da União não teria sido reproduzido a contento perante o Estado-membro.

Por isso, entende-se que os poderes da União se organizaram de tal ou qual forma e isso representa uma estrutura que deve ser reproduzida no plano local, sob pena de, em assim não se fazendo, ter-se uma violação da separação dos poderes no plano estadual.

Na ADI nº 2872-PI, discutiu-se se o Estado-membro poderia prever, em sua Constituição, a competência de lei complementar para regulamentar um assunto no plano local que, no federal, é regulado por meio de lei ordinária.

Em verdade, a Constituição do Estado do Piauí previu a competência de lei complementar para dispor sobre o estatuto do servidor público estadual; estatuto dos militares estaduais; lei orgânica do Ministério Público estadual; lei orgânica da Administração Pública estadual; estatuto da Polícia Civil; estatuto do Fisco estadual.

Na esfera federal, por sua vez, em relação a todos os temas acima abordados, não se exige lei complementar federal, bastando a simples lei ordinária.

Questionou-se, então, se é ou não constitucional a norma da Constituição estadual que exige edição de lei complementar para disciplinar matérias no plano estadual que, no plano federal, poderiam ser disciplinadas por lei ordinária.

O relator entendeu que tal exigência seria inconstitucional por ferir o princípio da simetria. Disse o então Ministro Eros Grau:

“A Constituição de 1988, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de auto-governo, impõe obrigatória observância aos seus princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o constituinte estadual não pode exigir lei complementar no que tange a matérias em relação às quais a Constituição do Brasil permite regulação por lei ordinária” (BRASIL, 2011a).

Se é verdade que, por um lado, a Constituição Federal determina, em seu art. 125, que os Estados-membros podem elaborar suas próprias constituições, desde que respeitados os princípios da Carta Republicana, por outro lado também é verdade que a previsão difusa,

pelo texto constitucional, das matérias que, no plano federal devem ser legisladas por meio de lei complementar, são, em verdade, regras, e não princípios.

Quer-se, com isso, afirmar que há, de fato, regras espalhadas pelo corpo da Constituição de 1988, determinando a reserva de lei complementar para a disciplina de determinados assuntos. Mas essas regras não podem ser encaradas como “princípios” a ponto de fazer incidir o limitante do art. 125 da CF/88, para que os Estados-membros possam dispor sobre tais assuntos no plano estadual também por meio de lei complementar.

A reprodução de normas da Constituição Federal para a estadual, em tema de processo legislativo, é pacífica na jurisprudência do STF. Mas essa jurisprudência se formou para que fosse respeitado o princípio da separação dos Poderes, impedindo que um tema de iniciativa privativa do Chefe do Executivo pudesse ser usurpado para ser iniciado pelo Parlamentar. Assim, vê-se que a reprodução do processo legislativo federal para o estadual foi construída para viabilizar a harmonia entre os Poderes.

No caso específico, a exigência de lei ordinária ou complementar no plano estadual, distintamente do que ocorre no plano federal, não é tema que viola a ideia de separação entre os poderes (como seria o caso da iniciativa em matéria de lei reservada ao Chefe do Executivo).

Vejam-se os precedentes utilizados na ADI nº 2872-PI, para a aplicação do princípio da simetria em matéria de processo legislativo. Foram citados os casos da ADI MC nº 1353, ADI nº 1434, ADI MC nº 2417 e ADI nº 1391. Todavia, todos esses casos ressaltados se referem à necessidade de reprodução de regra de processo legislativo federal para o estadual especificamente no que diz respeito à questão da iniciativa entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada tem a ver com a questão da

reprodução de tipos de leis questão mais *interna corporis* do próprio Poder Legislativo.

Se um tema vai ser legislado por meio de lei complementar ou ordinária, isso não afeta a relação entre os poderes e, portanto, não há necessidade de reprodução do modelo federal para os Estados-membros com base na ideia de respeito aos “princípios” da Carta Republicana (art. 125).

Em voto já mencionado, o Min. Menezes Direito disse que o princípio da simetria estava sendo invocado na ADI nº 2872-PI considerando a natureza da espécie normativa (lei complementar ou lei ordinária), e não considerando a necessidade de preservação da prerrogativa de iniciativa privativa de Governador para a apresentação de projeto de lei no processo legislativo. Destacou o Ministro ainda que o princípio da simetria comporta modulação, pois não se pode limitar a liberdade da Constituição estadual quando diverge do texto federal em pontos em que não se configura violação que abale a realização do ideal social e de organização estatal. Entendeu, então, que seria cabível a simetria nos casos em que se configura a invasão de competência privativa do Poder Executivo para apresentação de projeto de lei pois “nestes casos existe, sem dúvida, uma questão fundamental para a organização do estado, qual seja, a necessidade de preservar-se indissolúvel na federação o princípio basilar da separação dos poderes”.⁹

No julgado, convém destacar que o voto que abriu a divergência, do Min. Menezes Direito, foi uma verdadeira tentativa de resgate da autonomia estadual por meio de uma postura interpretativa da Corte. Veja-se:

“É curioso observar que temos caminhado sempre nessa direção do estreitamento dos liames federativos de modo a cumular mais e mais poderes na União, deixando de reconhecer que a forma constitucional de estado, embora criada como expediente de natureza política, na modelagem da forma evoluída dos artigos de confederação de 1977 dos Estados Unidos da América, é a federação, o que deveria inclinar a interpretação da Constituição Federal nesse sentido, isto é, no sentido de dar melhor acolhida à autonomia dos estados-membros, e não no oposto, como vem acontecendo e de que é exemplo a expansão o princípio da simetria”¹⁰.

O Ministro Menezes Direito concluiu que a previsão de legislação ordinária no plano federal não impede que o Estado-membro disponha, em sua Constituição estadual, a necessidade da utilização da legislação complementar, desde que o Estado opte por utilizar um dos modelos de espécie normativa elencados na Constituição Federal:

⁹ Trecho do voto do Ministro na ADI nº 2872-PI (BRASIL, 2011a).

¹⁰ Voto do Ministro na ADI nº 2872-PI (BRASIL, 2011a).

“Não me parece razoável que esse princípio da simetria chegue ao ponto de inviabilizar a opção do constituinte estadual sobre uma das espécies normativas disponíveis na Constituição Federal. Em que essa opção violentaria a organização Nacional? Em que essa opção atacaria algum princípio sensível do estado nacional organizado sob forma federativa? Em nada, absolutamente nada. Ao contrário, estreitando o princípio da simetria, que é construção jurisprudencial, dar-se-á mais sentido e força à federação brasileira, forma de estado escolhida pelo constituinte desde a proclamação da República”¹¹.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia acompanhou Menezes Direito, em prol da autonomia. Todavia, a maioria da Corte assim não entendeu. O voto do Ministro Gilmar Mendes fundamentou-se na percepção pessoal de que exigir a edição de lei complementar seria um excesso nesses temas. A sua fundamentação acabou refletindo uma opinião pessoal, deixando em segundo plano o princípio da simetria. Ele substituiu a vontade do constituinte estadual para dizer que era um excesso exigir lei complementar de organização do Ministério Público, das Polícias estaduais etc., pois “isso vai envolver a maioria absoluta, com reflexos em todo o processo legislativo”. Ressaltou, todavia, um pensamento alternativo: “a camisa de força que se cria sempre para a unidade federada no que concerne à concepção do seu modelo constitucional” (BRASIL, 2011a).

Como dito, todavia, o posicionamento majoritário da Corte foi no sentido de manter a jurisprudência antiga, quando determina que as regras básicas do processo legislativo federal sejam reproduzidas pelo processo legislativo estadual.

Esse caso que ora é comentado aqui é emblemático, pois é possível notar uma tendência em se manter a jurisprudência centralizadora da Corte tão somente pelo fato de que ela já é pacífica (pela aplicação do princípio da simetria no processo legislativo). Mas, veja-se que se, no caso concreto, fosse utilizada no plano legislativo estadual uma lei ordinária ou uma lei complementar, isso em nada violaria a harmonia entre os poderes estaduais.

Enfim, trata-se de mais uma distorção do federalismo com a aplicação “de cima pra baixo” da técnica de elaboração das leis. Desprestigiam-se os Poderes Legislativos estadual e municipal, fazendo com que haja uma simetria imposta que aniquila a livre capacidade de inovação no plano local, que poderia gerar diversidade na unidade fazendo crer que a relação

¹¹ Ainda, o Min. Menezes Direito, em seu lúcido posicionamento, destaca: “não enxergo motivo algum para a aplicação alargada do princípio da simetria. Ao contrário, entendo que a força da federação brasileira deve estar exatamente na compreensão de que os estados-membros podem fazer opções constitucionais locais com os padrões normativos disponíveis na Constituição Federal, sem que isso malfira em nenhum aspecto qualquer princípio sensível ou qualquer limitação expressa ou implícita” (BRASIL, 2011a).

entre Poder Legislativo e Federação necessita ser ainda muito amadurecida.

5. Considerações finais

Pelo que se observou do presente trabalho, as relações entre Poder Legislativo e federalismo demonstram uma distorção centralizadora no plano do Congresso Nacional.

A disfunção inicia-se com um bicameralismo federativo de fachada. Ou seja, todos acreditam que o nosso Congresso Nacional é bicameral por motivos federativos. Na própria Constituição Federal afirma-se que os Senadores da República são eleitos para representarem os Estados-membros. E mais, são eleitos paritariamente, visto que a cada Estado-membro correspondem três Senadores. Todavia, há aspectos constitucionais que mostram um outro cenário, de um bicameralismo moderador, em que o Senado, sendo uma Casa *a priori* composta por parlamentares mais experientes que os da Câmara dos Deputados, termina quase sempre funcionando como Casa revisora daquilo que é produzido na Câmara dos Deputados.

Adicione-se a esse ingrediente o fato de que, conforme foi dito acima, a Câmara dos Deputados termina assumindo, no jogo político, a função de representar interesses territoriais. E isso pode ser facilmente identificável, na medida em que o teto imposto pelo art. 45, de setenta deputados federais por cada Estado-membro, traz como consectário lógico a tentativa de evitar que um Estado da Federação seja hegemônico dentro da Câmara dos Deputados. Então, está comprovado que os discursos de proteção de interesses territoriais (próprios de um Senado) são também alimentados dentro da Casa do Povo, a Câmara, causando, com isso, uma disfunção na ideia do bicameralismo federativo, em que a segunda casa (Senado) seria pensada justamente para exercer esse tipo

de representação territorial. Ou seja, no Brasil, o Senado apresenta elementos que mitigam a sua caracterização como uma Casa de representação de Estados-membros, enquanto a Câmara dos Deputados contém elementos que reforçam o seu papel de interlocutora de diálogo no pacto federativo entre poder central e poder local.

As graves distorções federalistas que envolvem o Poder Legislativo podem também ser comprovadas pela previsão hipertrofiada de competências legislativas para a União Federal (postura centralizadora adotada pelo poder constituinte originário), bem como pela atuação interpretativa centralizadora da Corte, pois não raras vezes dá mais peso às competências federais do que às estaduais, quando se está diante de um caso concreto legislado, cujo tema da lei pode se situar numa zona fronteira entre a competência estadual e a federal. A opção, dentro do jogo hermenêutico, de declarar a lei estadual inconstitucional utilizando o parâmetro da invasão de competência, é mais um dado centralizador que anula, aos poucos, a função dos legislativos estaduais e municipais do Brasil.

E, por fim, o abafamento dos Poderes Legislativos estaduais e municipais é intensificado por meio da aplicação do princípio da simetria por parte do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que o modelo de organização do processo legislativo federal tenha que ser utilizado, também, nos processos legislativos das Assembleias legislativas e das Câmaras de Vereadores.

Conclui-se que as normas referentes ao Poder Legislativo não permanecem estanques no tempo. A dinâmica que sobre elas incide gera percepções ora mais centralizadoras, ora menos centralizadoras no arquétipo político-jurídico de um país. No caso brasileiro, observando-se de que forma o Poder Legislativo tem sido interpretado a partir de sua estruturação na dinâmica constitucional, forçoso é concluir que o pacto federativo ainda não chegou ao Poder

Legislativo dos entes federados, permanecendo um princípio de pouca normatividade, diante da excessiva centralização constatada.

Sobre os autores

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo é mestre e doutor em Direito Público pela UFPE. Pós-doutorado na Universidade de Pisa, Itália. Professor, advogado e Procurador-Chefe na Procuradoria Regional do Banco Central.

Glauco Salomão Leite é doutor em Direito Público pela UFPE. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da UNICAP e da UFPB. E-mail: glaucosalomao@uol.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹²

LEGISLATIVE POWER AND CONSTITUTIONAL DYNAMICS: AN STUDY FROM FEDERALISM PERSPECTIVE

ABSTRACT: This article examines the relationship between federalism and the legislature in Brazil. It examines distortions that occur in the structure of the federal legislature, in the powers conferred constitutionally and in the dynamics of legislative activity. It discusses how the role of the Senate as a house of representation of Member States has been mitigated, highlights the excessive concentration of legislative powers at the federal level and the suffocation of the autonomy of the state and municipal legislatures by the influx of the principle of symmetry.

KEYWORDS: BRAZILIAN FEDERALISM. LEGISLATIVE POWER. ASSIMMETRIES.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Labanca. Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; GADELHA, Gabriela Barreto. *Direito à igualdade de voto e federalismo: possibilidade de compatibilização do valor igual do voto à luz da integração regional na Federação brasileira*. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces, v. 43, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.ascs.edu.br/publicacoes/revistadireito/2011-1.html>>. Acesso em: 12 maio 2015.

¹² Sem revisão do editor.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 815 / DF. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 10 maio 1996.

_____. Lei Complementar n. 103, de 14 de julho de 2000. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.298 MC /TO. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.872 /PI. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 set. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 742679 AgR/RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 out. 2011b.

DANTAS, Ivo, 1938. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set. 1985.

RENOUX, Thierry S. O federalismo e a União Europeia: a natureza da comunidade: uma evolução na direção de um Estado Federal?: um federalismo sem federação. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

SOARES, Márcia Miranda; LOURENÇO, Luiz Cláudio. A representação política dos estados na federação brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 56, 2004.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva, 1936. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Serviço de Acolhimento Institucional voltado à realidade em Campinas-SP

ISABELA ABBAS CAVALCANTE SILVA
JOSUÉ MASTRODI

Resumo: Este artigo tem por objetos a análise do Serviço de Acolhimento Institucional, medida protetiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial o serviço realizado no município de Campinas, e a verificação de que ações aqui implementadas justificam o reconhecimento cabível no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente. Analisa-se também o histórico da legislação desse ramo do Direito até a atualidade, as espécies de Acolhimento Institucional e, por fim, a realidade em que se insere a rede socioassistencial de Campinas.

Palavras-chave: Acolhimento Institucional. Criança e Adolescente. Vulnerabilidade. Rede Socioassistencial de Campinas.

1. Introdução

Nesta pesquisa, pretendemos discorrer sobre o Serviço de Acolhimento Institucional, medida protetiva trazida pela Lei nº 12.010/2009, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 101, VIII, a fim de implementar um sistema mais condizente com a Doutrina de Proteção Integral da Criança para, então, compreender parte da estrutura protetiva do direito da criança e do adolescente na realidade do município de Campinas, SP.

O art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, afirmando ainda ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção da infância e a garantia de seus direitos.

Na prática, esse princípio, do qual decorrem muitos outros, promove a construção de uma rede de direitos que requer uma complexa política,

Recebido em 10/2/15
Aprovado em 6/4/15

amplamente estruturada pela Ordem Social, que compreende um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade. Apesar de normativamente bem estruturada, essa rede de direitos mostra-se desprovida de eficácia.

A cidade de Campinas é reconhecida no âmbito da Assistência Social, principalmente em relação ao direito da criança e do adolescente, tanto que foi a cidade escolhida pela UNICEF para elaborar o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, plano que consolida as diretrizes da Política Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para os próximos dez anos, articulando políticas setoriais voltadas ao público infanto-juvenil.

Porém, mesmo sendo uma cidade reconhecida positivamente, ainda há muito o que fazer para a adequação da condição de crianças e adolescentes em situação de acolhimento, ou seja, aqueles que foram retirados da situação de risco ao que preconiza o direito da criança e do adolescente. Sendo assim, pretendemos verificar se há uma maneira de integrar toda essa rede de direitos e princípios à realidade existente na cidade de Campinas, SP.

Cumpramos ressaltar que escolhemos falar sobre este tema em razão de que a criança e o adolescente devem ser tratados como prioridade (art. 227 da CRFB); porém, as crianças e os adolescentes em situação de risco precisam ter essa prioridade especialmente enfatizada, em vista justamente da condição em que se encontram, sem qualquer apoio familiar.

O Serviço de Acolhimento Institucional tem por atribuição preservar ou minorar os danos causados aos direitos da criança e do adolescente, com a função protegê-los quando a situação de risco é alta. Se tal situação de risco se encontra na sua convivência com a própria família, o Serviço tem o dever de retirá-los do convívio familiar e acolhê-los em abrigo. Ou seja, há um princípio reitor pelo qual o convívio

familiar deve ser priorizado em toda e qualquer circunstância. Quando, porém, é o convívio familiar que confere risco à integridade da criança ou do adolescente, o Serviço de Acolhimento deve atuar visando à sua proteção ainda que contrariamente ao que determina tal princípio.

Sendo esse Serviço tão importante para a preservação e proteção dos direitos da criança e do adolescente em situação de risco provocado pelo convívio familiar, isto é, justamente onde deveriam sentir-se mais seguros, para permitir que se desenvolvam plenamente, escolhemos tratar sobre esse tema, justamente em uma cidade onde, teoricamente, o Serviço de Acolhimento Institucional é considerado satisfatório.

Este é um serviço essencialmente municipal. Claro é que a rede socioassistencial de proteção à criança e ao adolescente se caracteriza por ser uma convergência entre União, Estados e Municípios, bem como com a família, o Estado e a sociedade (cf. art. 227 da CRFB); porém, a execução do serviço de acolhimento compete exclusivamente à gestão municipal, até mesmo em razão das peculiaridades de cada local. Por isso, pesquisaremos quais as ações implementadas no município a fim de que se tornasse uma cidade reconhecida nacionalmente pelo serviço de proteção à criança e ao adolescente.

No decorrer deste artigo, discorreremos sobre a história do Direito da Criança e do Adolescente, conhecimento fundamental para entender não só como esse ramo do direito está atualmente estruturado, mas também como foi construído todo o arcabouço legislativo que converge à proteção dessas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

Em seguida, passaremos a explanar sobre o Serviço de Acolhimento Institucional em si, com todas as suas singularidades, não só jurídicas, mas também socioassistenciais, para, então, termos bases suficientes para tratarmos sobre a realidade do município de Campinas, das ações

desse Serviço que a nosso ver deram certo e as que precisariam ser revistas.

2. Histórico do Direito da Criança e do Adolescente

2.1. Direito da Criança e do Adolescente antes da Constituição de 1988

Em 1924, houve a primeira referência num instrumento jurídico internacional sobre o que hoje conhecemos por Direito da criança e do adolescente. Trata-se da Declaração de Genebra promovida pela Assembleia da Liga das Nações. O documento previa a necessidade de reivindicar os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como o reconhecimento de sua universalidade (GOBBO; MULLER, 2011).

Três anos após, em 1927, entrou em vigor no Brasil o primeiro Código de Menores, conhecido como Código Mello Matos, que não fazia distinção entre autores de atos infracionais com crianças e adolescentes em situação de risco, a institucionalização dos menores era a regra¹ e não havia políticas especializadas para essas duas diferentes situações que são facilmente

confundidas. Eram todos tratados da mesma maneira.

Em 1940 foi criado o Departamento Nacional da Criança, órgão subordinado ao Ministério da Justiça para coordenar as ações relativas ao público infante-juvenil que instituiu o Serviço de Assistência ao Menor – SAM. Esse serviço era equivalente a um Sistema Penitenciário voltado às crianças e aos adolescentes que tentou resolver o problema da precarização do atendimento aos jovens.

O Serviço de Assistência ao Menor utilizava-se de um modelo de atendimento do tipo correccional-repressivo-assistencial destinado aos menores carentes, abandonados e infratores em âmbito nacional, o qual era impregnado de graves problemas, até porque não havia a separação – imprescindível, segundo o entendimento atual – entre os jovens em situação de risco e os autores de atos infracionais. Em 1964, foi extinto em razão de se tornar patente sua ineficácia.

Naquele ano, em substituição ao SAM, foram criadas a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor – FUNABEM e as Fundações Estaduais de Bem Estar do Menor – FEBEMs que se propunham a objetivos bem audaciosos;² porém, na prática, mostraram-se ineficientes, a repressão e a punição eram consideradas bases legítimas para a recuperação do menor infrator.

Em 1979, houve a promulgação do 2º Código de Menores, em substituição ao de 1927, que também era interpretado conforme a Doutrina da Situação Irregular, ou seja, a criança e o adolescente que não se ajustassem aos padrões vigentes na sociedade eram considerados em situação irregular. Fato determinante desse documento era que não havia a necessária

¹ O livro “Capitães da areia” de Jorge Amado, de 1937, explica fielmente a realidade vivenciada pelos jovens na época em que vigorava esse pensamento *menorista*. Os capitães da areia eram um grupo de crianças e adolescentes abandonados e marginalizados, “sob a lua, num velho trapiche abandonado [...]” (AMADO, 2007), só havia contato com adulto por meio do padre e da mãe de santo que tentavam ajudá-los. Eles se escondiam porque, se fossem pegos, seriam encaminhados para o Reformatório de Menores, visto pela sociedade como um estabelecimento modelar para a criança em processo de regeneração, com trabalho, comida ótima e direito a lazer; no entanto, esta não era a opinião dos *menores* que ali estavam sujeitos a todos os tipos de castigo, fazendo-os preferir as ruas e a areia àquela instituição. A história se passa nas ruas e areias da praia de Salvador e os capitães da areia são mostrados como “robin hoods” que tiram dos ricos e guardam para si – os pobres. Enfim, o livro é marcado pelas preocupações sociais e os problemas existenciais dos garotos, demonstrando precisamente que não havia a diferenciação entre *menores* em situação de abandono e risco e os autores de atos infracionais.

² Tinham por objetivos principais formular e implantar programas de atendimento a *menores em situação irregular* para, então, prevenir a marginalização e oferecer oportunidades de promoção social.

distinção entre as situações derivadas da conduta da própria criança/adolescente daquelas que envolviam seu entorno, como a situação de abandono.

O termo “menor” era utilizado para denominar as crianças e os adolescentes em situação de abandono, vítimas de abusos/maus-tratos e também autores de atos infracionais, ou seja, aqueles desprivilegiados socialmente se inserem nessa denominação que traz arraigado todo um sistema de intervenção judicial sem apoio estrutural/material algum para os jovens ou suas famílias.

Há notória dicotomia entre crianças e adolescentes desprivilegiados socialmente e aqueles que têm suas necessidades básicas satisfeitas, e a estes nunca se aplicaram as normas oriundas do “Direito de Menores”, que só têm sido aplicadas àqueles enquadrados em situação irregular, não importando nem mesmo se foram vítimas de algum abuso.

Para aclarar ainda mais a “situação irregular”, trazemos a íntegra do artigo 2º do Código de Menores:

“Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes.

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal” (BRASIL, 1979).

As instituições para menores reuniam, em um só local, crianças e adolescentes autores de atos infracionais e em situação de risco, já que se considerava que todos estavam em “situação irregular”. Isso acaba por demonstrar que essa era – e ainda é, já que culturalmente ela persiste – uma política discriminatória, classificatória, excludente e de controle social da pobreza (JANCZURA, 2005, p. 5), tendo em vista que os que não tinham satisfeitas as condições básicas de sobrevivência eram ali “aco-

lhidos” – palavra melhor seria “recolhidos” –, sem qualquer tipo de tratamento diferenciado.

Como resultado, houve a perpetuação de um ciclo perverso da institucionalização (JAN-CZURA, 2005, p. 5) que ficou conhecido como “escola do crime”, algo que o Direito da criança e do adolescente atualmente vigente deve afastar, o que tem demonstrado não ser tarefa fácil.

Até porque esse ramo do Direito é caracterizado por não prescindir do auxílio de todos os atores sociais e há, claramente, uma resistência cultural a essas crianças e adolescentes que são discriminadas, e isso muitas vezes ocorre com o amplo apoio (e reforço) da mídia, que não raras vezes criminaliza os jovens das camadas populares.

2.2. Surgimento do Direito da Criança e do Adolescente a partir da Constituição de 1988

Com a redemocratização iniciada em 1985, o movimento por uma infância e juventude permeada de direitos começou a ganhar força e esse histórico de fracassos institucionais foi considerado no momento não só da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, como do artigo 227 da CRFB que é a base de todo o Direito da Criança e do Adolescente.

A partir da percepção de fracasso da Doutrina da Situação Irregular e sua crescente substituição pela Doutrina da Proteção Integral, há a necessidade de considerar o direito tutelar das crianças e dos adolescentes como uma disciplina autônoma do Direito, deixando de ser percebida à luz do Direito Penal, desconsiderando-se, assim, a legitimação da ação judicial indiscriminada sobre as crianças e adolescentes em situação de risco.

Esse período foi de intensa reflexão sobre o recente Direito da Criança e do Adolescente e o art. 227 da CRFB revoluciona o modo de normatizar as situações envolvendo o público

infanto-juvenil, fazendo com que perdesse completamente a eficácia o até então vigente Código de Menores, por não ter sido recepcionado pela nova sistemática constitucional.

Sendo assim, em 1989, integrantes de várias áreas da sociedade civil, do Ministério Público, do Judiciário e dos mais variados órgãos governamentais começaram um movimento pela criação do ECA, o que acabou por resultar em grande articulação, mobilização e colaboração nacional.

Criou-se, assim, um instrumento jurídico cuja meta era desenvolver políticas públicas voltadas para a manutenção e promoção dos direitos da criança e do adolescente, em consonância com o que dispunham a Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990b) e a CRFB.

Buscou-se acabar com concepções que não atentavam para a situação peculiar de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes em situação de risco orientando a construção de um plano individual de atendimento e reavaliação, juntamente com a família e a criança ou adolescente. Nota-se, claramente, uma orientação mais democrática e menos coercitiva.

Os três pilares da Doutrina da Proteção Integral na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança são: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos em desenvolvimento e, portanto, merecedores de proteção; o direito à convivência familiar; e o comprometimento das nações signatárias em incorporar ao direito interno os princípios basilares dessa Convenção.

O Direito da Criança e do Adolescente prioriza a horizontalidade e descentralização das ações programáticas, ou seja, a articulação entre as instituições e a participação popular no processo de decisões, coordenação e controle de ações, é principalmente interligada à esfera municipal.

Ou seja, o ECA universaliza as medidas de proteção e estende a concessão de benefícios como direito a ser garantido mediante um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais (da sociedade civil) que comporão uma política de atendimento em forma de rede.

O Estatuto e a CRFB são interpretados conforme a Doutrina de Proteção Integral que é considerada de acordo com os princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, bem como os princípios da CRFB e de Tratados Internacionais sobre direitos humanos.

Ela rompeu com a tradição proveniente da época em que vigorava o Código de Menores, em que a criança e o adolescente eram vistos como propriedade de seus pais e quase não havia intervenção do Estado, e veio para concretizar os novos direitos das crianças e adolescentes, que devem ser compreendidos como indivíduos em desenvolvimento.

No Direito da Criança e do Adolescente contemporâneo brasileiro, a Doutrina da Proteção Integral é compreendida como condição estruturante, o que contribui, especialmente, para a autonomia deste novo ramo do direito.

O artigo 227 da CRFB, como citado, é marco e a base do Direito da Criança e do Adolescente; ele, em consonância com o que dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, estabeleceu parâmetros para que fosse efetivada uma Política de promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, não só com a elaboração do Estatuto, mas com diversas normas esparsas sobre o assunto e criação de órgãos responsáveis por atender às crianças e aos adolescentes em situação de risco.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar Comunitária, e as Orientações Técnicas para os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, ambos aprovados pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente em 2009, apresentam os novos parâmetros que norteiam a política voltada ao público infanto-juvenil.

Há a previsão da municipalização do atendimento, a criação de Conselhos de Direitos em esfera municipal, estadual e federal com paridade de entidades não governamentais e governamentais para a elaboração e controle de políticas sociais nessa área, bem como a criação e a manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa.

O Conselho Municipal de Direito das Crianças e dos Adolescentes – CMDCA é o espaço político de atenção à criança e ao adolescente em que a sociedade civil, em conjunto com o Executivo Municipal, define as políticas municipais relacionadas ao tema se articulando sempre às políticas estaduais e federais, mas privilegiando as características locais.

Assim, crianças e adolescentes que têm seus direitos básicos ameaçados ou violados, seja pela ação ou omissão do Estado, seja pela omissão ou abuso dos pais/responsáveis, seja em razão da própria conduta, necessitam de proteção e apoio, tendo direito a uma família, a um espaço próprio onde morar e a participar da vida da comunidade.

Muitos desses direitos declarados e garantidos nas leis só têm aplicabilidade por meio de políticas públicas operacionalizadas mediante programas, projetos, serviços e benefícios que atendam às necessidades sociais daqueles que se encontram em situação de risco pessoal e social. O que só poderá ser implementado com a imposição de uma nova relação entre os atores sociais envolvidos nessa rede: a família, a sociedade e o Estado.

3. Serviço de Acolhimento Institucional

O Sistema de Acolhimento Institucional foi implantado no Brasil após a alteração do ECA pela Lei nº 12.010/2009 (nova Lei de Adoção). Essa política propõe-se a alterar a forma como as instituições de acolhimento atendem a crianças e adolescentes colocados sob sua guarda, com propostas de ações socioeducativas a fim de garantir-lhes a cidadania.

O programa de acolhimento institucional está disposto no art. 92 do ECA e tem como princípios: a preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa; atendimento personalizado e em pequenos grupos; desenvolvimento de atividades em regime de coeducação; não desmembramento de grupos de irmãos; evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

participação na vida da comunidade local; preparação gradativa para o desligamento; participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

Esse serviço caracteriza-se por ser uma política preconizada no Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que abarca não só todos os entes federativos, como as diversas organizações da sociedade, instituições sociais, associações comunitárias, escolas, entidades assistenciais, organizações não governamentais, também os Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, órgãos públicos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais esferas do Poder Público, como o Ministério Público, Juizado da Infância e Juventude e a família.

No Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em setembro do ano de 1990, a família é vista como parte essencial e fundamental da sociedade e célula para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças e adolescentes; por isso, ela deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade. Reconhece-se, assim, a importância da família como instituição proveniente da cultura e como parte estruturante da sociedade.

O art. 227 da CRFB e os artigos 19 e seguintes do ECA expressam de maneira clara que não cabe mais apenas à família o dever de proteger a criança e o adolescente. O entendimento de que a educação da criança e do adolescente deve ser realizada em âmbito privado foi extinto com a promulgação desta Constituição e com a edição do ECA, já que estas duas cartas preveem expressamente que o dever de proteger a criança e o adolescente também é do Estado e da Sociedade.

O Plano Municipal da Assistência Social de Campinas (2014/2017), em consonância com o que dispõe o Plano Nacional, assume o compromisso de que nos próximos três anos a execução do PAEFI, Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos, no qual está inserido o Serviço de Acolhimento Institucional, será ofertada diretamente pela rede pública.

Porém, como atualmente a maioria dos serviços prestados é realizada pela rede privada, interessante ressaltar o papel das organizações não governamentais que têm a mesma importância e legitimidade das organizações governamentais, como destaca o art. 86 do ECA; na verdade, é uma relação de complementaridade, as redes pública e privada trabalham em conjunto.

Isso se dá em razão da complexidade do tema e a necessidade de se compartimentar a atuação entre o poder público e as organizações da sociedade. A situação conturbada no âmbito político vivida em Campinas no ano de 2011 também contribuiu para um grave atraso nessa esfera das políticas públicas; porém, como se depreende, esse atraso tem sido superado eficazmente com maior investimento, não apenas de recursos financeiros, mas também de recursos humanos.

Fator que atravanca o mais ágil e seguro desenvolvimento desse serviço é que não há constância nem previsibilidade dos recursos financeiros repassados ao município pelo Estado e pela União e a maioria dos recursos utilizados na rede socioassistencial é proveniente do município, em grande parte, do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o FMD-CA, sobre o qual discorreremos mais adiante.

O Sistema de Atendimento Institucional tem como princípios a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a proteção integral e prioritária, a responsabilidade primária e solidária do poder público, o

interesse superior, a privacidade, a intervenção precoce, a intervenção mínima, a proporcionalidade e atualidade, a responsabilidade parental, a prevalência da família, a obrigatoriedade da informação, oitiva e participação obrigatórias, assim como a cidadania, o bem comum e a condição peculiar de desenvolvimento das crianças e adolescentes.

O Sistema Único de Assistência Social requer a atuação de equipes de trabalho interprofissionais, para que a política socioassistencial seja satisfatoriamente realizada. São esses profissionais que deverão contribuir para o fortalecimento do caráter protetivo das famílias, rompendo com a visão assistencialista que culpabiliza as famílias fragilizadas e seus membros, em consequência.

Em 2009, após uma série de discussões com Grupos de Trabalho formados principalmente pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o CONANDA e o CNAS, além de consulta pública, houve a elaboração das Orientações Técnicas para o Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.

O documento tem como finalidade organizar o Serviço de Acolhimento Institucional no âmbito da política de Assistência Social. Sua formulação encontra-se prevista no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e tomou por base diversas discussões sobre o Direito da Criança e do Adolescente realizadas em fóruns regionais, nacionais e internacionais, em especial os encontros do Grupo de Trabalho Nacional Pró-Convivência Familiar e Comunitária – GT Nacional (ORIENTAÇÕES..., 2009), a fim de discutir os parâmetros para aprimorar os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes.

Os Serviços de Acolhimento Institucional integram o Serviço de Alta Complexidade do

SUAS – Serviço Único de Assistência Social, podendo ser de natureza público-estatal ou não-estatal, mas pautando-se sempre nos pressupostos do ECA, do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, da Política Nacional de Assistência Social, da Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, da Norma Operacional Básica do SUAS e do Projeto de Diretrizes das Nações Unidas sobre Emprego e Condições Adequadas de Cuidados Alternativos com Crianças (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL et al, 2009, p. 5).

O direito à convivência familiar e comunitária, a excepcionalidade e provisoriedade do afastamento do convívio familiar, bases fundamentais do modelo atual de Acolhimento, são resultado do desenvolvimento do Direito da Criança e do Adolescente que demonstrou que o afastamento do convívio familiar causa repercussões negativas ao processo de desenvolvimento da criança ou do adolescente quando o atendimento prestado no Serviço de Acolhimento não for de qualidade ou se prolongar desnecessariamente.

Por isso, tanto o afastamento quanto a reintegração devem ser realizados segundo parâmetros que assegurem condições favoráveis ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, motivo pelo qual se faz necessária a elaboração de Orientações Técnicas que uniformizem os pormenores dos Serviços de Acolhimento, tendo em vista que o atendimento excepcional no Serviço de Acolhimento deve propiciar experiências reparadoras à criança e ao adolescente e a retomada do convívio familiar.

O encaminhamento de crianças e adolescentes às entidades de acolhimento somente pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, Juiz da Vara da Infância e Juventude, num processo do qual participam o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social.

Deve ser realizado um Estudo Diagnóstico, ou seja, uma avaliação da necessidade de encaminhamento da criança ou adolescente para o serviço de acolhimento, a fim de embasar suficientemente a decisão acerca da necessidade de afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, frisando-se que tal afastamento só deve ocorrer nos casos em que não se torna possível realizar uma intervenção mantendo a criança ou adolescente no convívio com sua família, sendo o acolhimento a medida que representa o melhor interesse da criança ou adolescente e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento (ORIENTAÇÕES..., 2009, p. 16).

Em situações emergenciais, essa medida pode ser aplicada por outra autoridade administrativa e sem a realização do Estudo Diagnóstico;

porém, assim que possível, a comunicação ao juiz deverá ser feita,³ assim como a elaboração de tal estudo realizado por equipe interprofissional do órgão aplicador da medida.

O processo de elaboração do Estudo Diagnóstico deve levar em conta todos os envolvidos: membros da família, pessoas da comunidade com vínculos com a família, profissionais que lhes preste atendimento e a criança e o adolescente. Todos eles devem ser ouvidos para se avaliarem os riscos a que estão submetidas as crianças e os adolescentes e a possibilidade de sua resolução por meio de políticas públicas.

O Serviço de Acolhimento destina-se ao acolhimento excepcional e provisório de crianças e adolescentes de ambos os sexos, inclusive os portadores de deficiência, sob medida de proteção e em situação de risco pessoal e social, cujas famílias se encontrem impossibilitadas temporariamente de cumprir sua função de cuidado e proteção.

É necessário que as Unidades Prestadoras dos Serviços de Acolhimento não se distanciem da comunidade de origem das crianças e dos adolescentes atendidos, tanto no sentido geográfico quanto no sentido socioeconômico,⁴ a fim de que ocorra mais facilmente a convivência familiar e comunitária.

A necessidade da manutenção do Acolhimento deve ser analisada a cada seis meses, tendo em vista sua provisoriedade; ou seja, assim que se tornar possível o retorno à família de origem, nuclear ou extensa, ou a colocação em família substituta, o acolhimento da criança ou do adolescente deverá cessar. Há de se observar também que os grupos com vínculos de parentesco – irmãos, primos etc. – devem ser atendidos todos numa mesma unidade, exceto em casos de verificada impossibilidade.

A criança e o adolescente, quando acolhidos, são afastados de sua família de origem; porém, o impedimento de visitas é a exceção, ou seja, a regra é a de que, mesmo acolhidos, eles possam receber visitas de seus familiares, havendo a necessidade de acompanhamento da equipe multidisciplinar, podendo sempre haver a suspensão desse direito de visitas quando verificado ser prejudicial ao seu pretendido desenvolvimento.

Há que se observar que, a partir do momento em que a criança ou adolescente chegar à unidade prestadora do serviço de acolhimento, a equipe técnica desse serviço, em conjunto com o Conselho Tutelar e, quando possível, com a equipe interprofissional da Justiça da Infância

³A comunicação do acolhimento emergencial à autoridade judiciária competente deverá ser realizada até dois dias úteis após o acolhimento, conforme dispõe o art. 93 do ECA (BRASIL, 1990a).

⁴Importante ressaltar que as entidades de acolhimento do Município de Campinas costumam ficar concentradas e não levam em consideração a proximidade geográfica com os bairros de origem das crianças e dos adolescentes acolhidos.

e da Juventude, deverá elaborar um Plano de Atendimento Individual e Familiar, no qual estarão estabelecidos objetivos, estratégias e ações a serem desenvolvidos a fim de superar os motivos que levaram ao afastamento familiar.

Esse Plano de Atendimento Individual deverá partir das situações identificadas no Estudo Diagnóstico que embasou o afastamento e servirá como orientação do trabalho de intervenção durante o período de acolhimento; por isso, deve basear-se em levantamento das particularidades, potencialidades e necessidades específicas de cada caso e delinear as estratégias para o seu atendimento.

Por isso, a *Orientação Técnica: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes* especifica alguns aspectos que deverão constar de tal Plano de Atendimento: o histórico da criança e do adolescente; os motivos que levaram ao seu acolhimento; se já esteve acolhido anteriormente; a configuração e a situação familiar; os relacionamentos afetivos na família nuclear e extensa; limitações e potencialidades da família; características da criança ou do adolescente e de sua família; relacionamentos sociais e vínculos institucionais da criança ou do adolescente e de sua família com pessoas significativas na comunidade; os colegas; e, por fim, as atividades coletivas que frequentam na comunidade, escola, igreja etc. (ORIENTAÇÕES..., 2009, p. 21).

Todas as ações devem convergir e primar pelo fortalecimento dos recursos e potencialidades da família – nuclear ou extensa – e da criança ou adolescente por meio de um trabalho que possa conduzir a soluções de caráter mais definitivo, como a reintegração familiar, a colocação sob os cuidados de familiares ou de pessoa significativa da comunidade, o encaminhamento para adoção ou ainda a preparação para a vida autônoma em casos em que não se verifica a possibilidade de reintegração familiar ou adoção (neste último caso, apenas quando

se tratar de adolescente com idade próxima à maioridade).

O desenvolvimento das ações do Plano de Atendimento Individual deve ser permanentemente discutido com os demais órgãos que estejam acompanhando a família e a criança ou o adolescente – escola, CAPS, CREAS, CRAS,⁵ programas de geração de trabalho e renda, dentre outros – de modo que haja sinergia nas ações empreendidas e uma avaliação conjunta de seu desenvolvimento a fim de se alcançarem os objetivos em um tempo mais curto.

Nesse novo contexto de Acolhimento, o acompanhamento da situação familiar logo após o acolhimento é crucial ao esperado andamento até a reintegração da criança/adolescente à família, sendo necessário o desenvolvimento de um trabalho sistemático que mantenha viva a relação afetiva entre eles e que favoreça a retomada do convívio familiar, porque o prolongamento desnecessário pode tornar impossível o retorno seguro ao convívio. Esse acompanhamento, não só da criança, como de sua família, deve ser realizado por uma equipe técnica composta por, pelo menos, assistente social e psicólogo.

O acompanhamento da família deve conjugar não só o manejo das questões subjetivas, como as relações familiares, mas também as questões objetivas, como os serviços para os quais a família e a criança ou o adolescente devam ser encaminhados para contribuir para a retomada do convívio e cuidados com a criança ou adolescente ou ainda alternativas para gerar renda e garantir a sobrevivência digna da família.

Considerando-se que o fato que determinou o afastamento familiar deve ser grave o bastante⁶

⁵ Centro de Atenção Psicossocial, Centro de Referência Especializado de Assistência Social e Centro de Referência de Assistência Social.

⁶ Tendo em vista a extrema relevância da decisão de afastar a criança ou o adolescente do convívio de sua família,

– caso contrário, tal medida extrema não teria sido efetivada –, é necessário que o planejamento do retorno ao convívio familiar envolva a equipe técnica do serviço de acolhimento, a equipe de supervisão e apoio aos serviços de acolhimento, a equipe judicial, a criança ou adolescente e a família. Importante ressaltar ainda que há o período de adaptação mútua entre criança ou adolescente e família, devendo, assim, haver o acompanhamento psicossocial por pelo menos seis meses.

A provisoriidade, como anteriormente dito, é uma das bases desse novo contexto de Acolhimento; por isso, a equipe do serviço de acolhimento deve elaborar relatórios e encaminhar à Justiça da Infância e Juventude com periodicidade mínima semestral, a fim de que haja o acompanhamento da situação jurídico-familiar pela Justiça e a verificação da possibilidade de reintegração familiar ou da necessidade de encaminhamento para família substituta.

Quando a permanência da criança ou adolescente no Serviço de Acolhimento ultrapassar o período de dois anos (teoricamente, o prazo máximo de acolhimento), a equipe do Serviço deverá comunicar à Justiça, juntamente com a exposição de motivos que fazem a criança ou o adolescente ainda permanecer acolhido, para que haja a avaliação pela Justiça sobre qual a melhor alternativa para a criança ou o adolescente.

3.1. Especificidades das entidades prestadoras de Serviço de Acolhimento Institucional

Para que haja o desenvolvimento dos programas de abrigo, as entidades devem ser devidamente registradas e inscritas junto aos

o juiz deve pautar-se em princípios já citados no item anterior, bem como seguir todos os procedimentos ali também mencionados, a fim de que essa decisão seja fundada no interesse exclusivo de proteção à criança e ao adolescente.

Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social. É importante para o deferimento da inscrição que essas entidades cumpram uma série de recomendações previstas no Direito da Criança e do Adolescente, mais especificamente no Estatuto, acerca das especificidades do programa, como as atividades desenvolvidas e a adequação de suas instalações.

Estas entidades devem ser localizadas em áreas residenciais sem distanciar-se excessivamente da realidade de origem dos futuros acolhidos e devem seguir o padrão arquitetônico das demais residências da comunidade na qual estão inseridas. Além disso, placas indicativas da natureza institucional do local devem ser evitadas (ORIENTAÇÕES..., 2009, p. 50).

Essas entidades, no exercício dos programas de abrigo, executam serviço público de proteção e cuidados a crianças e adolescentes privados da convivência familiar, ou seja, em ambiente institucional; portanto, devem atender a todos os parâmetros e pressupostos previstos na legislação pertinente, como no ECA, no Plano Nacional, nos Planos Municipais, entre vários outros.

O serviço de acolhimento institucional é gênero do qual se extraem quatro espécies: o abrigo institucional, a casa-lar, a família acolhedora e a república, sobre os quais explanaremos a seguir. Apesar de dividido em espécies, essas modalidades de acolhimento constituem programa de abrigo, consoante o que dispõe o art. 101, VII, do ECA, devendo, assim, seguir os parâmetros dos artigos 90 a 94 do mesmo Estatuto, quando pertinente (BRASIL, 2006).

3.2. Abrigo Institucional

A Lei nº 12.010/2009 pretendeu aperfeiçoar a sistemática prevista para a garantia do direito à convivência familiar das crianças e

dos adolescentes, e uma de suas alterações nesse sistema foi a instituição do termo “acolhimento institucional” para substituir “abrigamento”, até porque esse termo é carregado de preconceitos. Foi mais uma tentativa de inovar, instaurando uma nova política de acolhimento, rompendo com a antiga, na qual a provisoriedade e excepcionalidade não eram base como ocorre atualmente.

O termo “abrigo” ainda carrega consigo um significado pejorativo impregnado desde a política anterior, na qual as crianças e adolescentes eram abrigadas sem o necessário cuidado de análise técnica sobre se era realmente a melhor opção, assim como sem observar a provisoriedade da medida – enfim, totalmente dissonante da atual política de acolhimento. Porém, o termo “abrigo institucional” é hoje espécie do gênero “acolhimento institucional” e, nesse sentido, e não no anterior, é que deve ser entendido.

Essa modalidade de serviço de acolhimento é a mais conhecida, ela integra a rede socioassistencial e oferece acolhimento para crianças e adolescentes de todas as idades sob medida protetiva de abrigo, em situação de risco pessoal ou social, conforme dispõe o art. 101 do ECA, até que seja possível o retorno ao convívio com a família de origem ou, quando impossível, o encaminhamento para família substituta.

Como citado ao longo desta pesquisa, o acolhimento é medida extrema e reservada apenas às situações em que haja grave vulnerabilidade, risco ou dano aos direitos das crianças e dos adolescentes. Para as situações mais “brandas” em que a proteção é necessária, mas não tão grave que precise retirar a criança ou o adolescente do convívio familiar, há as medidas derivadas dos outros incisos do art. 101 do ECA, como o inciso IV, que dispõe sobre a inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente.

Caracteriza-se também por ser um serviço de proteção social especial de alta complexidade, já que importa na retirada da criança ou adolescente do convívio familiar. Exige, assim, a adoção de estratégia de atenção a todo o grupo familiar, visando a fortalecê-lo a fim de que se torne autônomo e se organize para exercer suas funções de proteção; ou seja, deve-se apurar o déficit familiar, para que seja sanado, e, então, tornar íntegro o grupo familiar.

O acolhimento de crianças e adolescentes em regra deverá ser realizado por meio de determinação do Juiz da Vara da Infância e Juventude, com acompanhamento individualizado da criança ou adolescente acolhido, a manutenção de cadastro de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, além da elaboração do plano individual de atendimento. Claro que, em situações de emergência, conforme já tratado, a autoridade administrativa detém autoexecutoriedade para retirar

a criança ou adolescente do convívio familiar e apresentar a situação, *incontinenti*, ao juiz da Vara da Infância.

Essa é a modalidade mais indicada dentre os serviços de acolhimento para acolher grupos com laços de parentesco em situação de risco, a fim de que haja o fortalecimento do vínculo familiar entre eles, tendo em vista que a condição em que vivem esses grupos é ainda mais peculiar e requer mais atenção, também porque é mais difícil remanejar a todos desse grupo em um mesmo serviço, como por exemplo a Casa-Lar, que tem menos vagas.

3.3. Casa-Lar

Esta é uma modalidade de serviço de acolhimento oferecido em unidades residenciais em que pelo menos uma pessoa trabalha como educador/cuidador residente, ou seja, uma pessoa, o educador/cuidador, mora na entidade onde é prestado o serviço de cuidados a um grupo de crianças e adolescentes de 0 a 18 anos sob medida protetiva de abrigo, conforme dispõe o art. 101 do Estatuto, até que seja possível o retorno à família de origem ou, em caso de impossibilidade de haver esse retorno, até a inserção da criança ou adolescente em família substituta.

A Casa-Lar visa a estimular o desenvolvimento de relações mais próximas ao ambiente familiar, a fim de tornar plausível e favorecer o convívio familiar e comunitário, princípio basilar do atual Direito da Criança e do Adolescente. O educador/cuidador terá todos os direitos trabalhistas como descanso semanal remunerado, férias, mas deverá efetivamente residir no local onde é prestado o serviço, fazendo com que haja estabilidade na relação entre crianças e adolescentes atendidos e educador/residente.

Haverá todo um aparato de supervisão técnica; contudo, tentar-se-á organizar um ambiente próximo a uma rotina familiar para

fortalecer os vínculos familiares e sociais e, enfim, oferecer oportunidades para a (re)inserção na família de origem ou em família substituta. Essa modalidade prevê o atendimento de até 10 crianças e adolescentes por local.⁷

Essa modalidade tem um caráter “menos institucional”, tendo em vista que é recomendável que o cuidador/residente tenha autonomia para gerir toda a rotina doméstica e que as crianças e os adolescentes ali atendidos também participem das tomadas de decisões rotineiras, a fim de que se reconheçam mais facilmente como integrantes do grupo e que têm, assim, direitos e deveres.

Nota-se que esta é uma modalidade de serviço de acolhimento que exige ainda mais do educador/cuidador residente, em vista de a exigência psíquica e emocional ser bem elevada, o que faz com que a seleção, a capacitação e o acompanhamento desse profissional recebam atenção de equipe técnica especializada na organização e funcionamento das casas-lares.

Esse profissional não pretende ocupar o lugar e desempenhar a função dos pais ou da família de origem; deve haver a criação de um vínculo afetivo para contribuir com a construção de um ambiente próximo ao familiar, mas deve-se evitar que a relação ultrapasse isso, dado que, se isso ocorrer, pode prejudicar a possibilidade do saudável retorno à família de origem. Por isso, o termo “mãe/pai social”, antigamente

⁷ Conforme entrevista com servidor público lotado na Vara da Infância e da Juventude, protetiva e cível, da Comarca de Campinas, Olga (nome fictício) informou que essa modalidade apresenta acertos e alguns problemas. É muito difícil haver profissionais habilitados e interessados em realizar esse tipo de trabalho, que demanda desprendimento quase total dos próprios vínculos familiares e profissionais para se dedicar 24h por dia ao atendimento de crianças e adolescentes acolhidos. Para amenizar a situação, a Prefeitura de Campinas tem contratado casais de cuidadores para residir nas Casas-Lares. Por outro lado, o limite de 10 crianças ou adolescentes acolhidos por Casa-Lar tem sido rigorosamente cumprido em todas estas instituições na comarca de Campinas.

amplamente utilizado, deve ser evitado. Prefere-se o uso de educador/cuidador residente, a fim de se evitarem ambiguidades.

3.4. Família Acolhedora

Apesar de ser um instituto recente no Brasil, diversos outros países já consolidaram sua aplicação. Campinas é reconhecida por ter sido pioneira nesse método de acolhimento, o Serviço Alternativo de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente (SAPECA) foi criado em 1997 e trouxe alternativa à institucionalização de crianças e adolescentes, que é a colocação do jovem em situação provisória de risco em família acolhedora.

Este serviço caracteriza-se como um programa de acolhimento – aplicado única e exclusivamente pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude no qual é organizado o acolhimento de crianças ou adolescentes de todas as idades afastados da família de origem mediante uma medida protetiva na residência de uma família. Visa a oferecer proteção integral às crianças ou adolescentes até que se torne possível a reintegração familiar ou, se esta não for possível, excepcionalmente, o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção.

A família acolhedora, previamente cadastrada e capacitada, terá a supervisão pedagógica e direcional da entidade de atendimento responsável pela execução do serviço de acolhimento. O diferencial do Acolhimento Familiar é que a criança ou adolescente estará sob os cuidados imediatos de uma família, o que não significa que será recebido como filho, até mesmo em razão da provisoriedade do programa. A família acolhedora deverá oferecer cuidados especiais às crianças ou aos adolescentes até que acabe a situação de risco que os levou ao acolhimento – ou seja, esse serviço permite que a criança se mantenha numa condição familiar.⁸

Como nas demais espécies de acolhimento, o prazo máximo para a reavaliação da manutenção da medida é de seis meses e o prazo máximo da duração da medida é de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao superior interesse da pessoa em desenvolvimento.

Conforme dispõe o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, o programa de Família Acolhedora deve prever uma metodologia de funcionamento que contemple mobilização, cadastramento, seleção, capacitação, acompanhamento e supervisão das famílias acolhedoras por uma equipe multiprofissional; acompanhamento psicossocial das famílias

⁸Segundo Olga, para a família que recebe capacitação para acolher não há nenhum tipo de remuneração pelo acolhimento; o que recebe tem caráter meramente indenizatório, ou seja, é ressarcida naquilo que foi comprovadamente gasto com os cuidados da criança/adolescente.

de origem com vistas à reintegração familiar; e articulação da rede de serviços com a Justiça da Infância e da Juventude e com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos (BRASIL, 2006). Em face disso, percebe-se que esta é uma modalidade diferenciada de acolhimento, já que não se enquadra no conceito de abrigo em entidade, nem no conceito de colocação em família substituta. Essa modalidade toma como pressuposto um mandato formal, isto é, uma guarda fixada judicialmente em favor da família acolhedora. Tal requerimento é feito pelo Programa de Atendimento ao Juízo da Infância e da Juventude.

A Política Nacional de Assistência Social já contempla expressamente essa modalidade de acolhimento e coloca-a nos serviços de proteção social especial de alta complexidade, como grande parte dos serviços que atendem às crianças e aos adolescentes. Essa modalidade de atendimento é particularmente adequada ao atendimento de crianças e adolescentes cuja avaliação da equipe técnica do programa indique possibilidades razoáveis de retorno à família de origem, ampliada ou extensa. Há, atualmente, relevante progresso em relação ao acolhimento familiar de crianças pequenas que vivenciam violação de direitos (ORIENTAÇÕES..., 2009, p. 68).

Há ainda a especificidade de que cada família acolhedora poderá acolher uma criança ou adolescente por vez, excetuando-se os casos em que houver grupo de irmãos, daí o número poderá ser ampliado. Neste caso, se forem mais de dois irmãos, haverá uma avaliação técnica a fim de verificar se essa modalidade é, realmente, a alternativa mais adequada.

As famílias acolhedoras devem atuar de forma voluntária ao programa, não sendo recomendada sua remuneração. Poderão ser destinados recursos financeiros ou materiais para potencializar o acompanhamento de cada caso

e, assim, fortalecer as possibilidades de reintegração familiar ou ainda viabilizar este serviço. O subsídio financeiro oferecido à família acolhedora não tem caráter remuneratório, mas indenizatório, para suprir os gastos decorrentes da manutenção da criança ou adolescente.⁹

3.5. República

Este serviço surge para que se enfrente o problema comum de quando as crianças e adolescentes em acolhimento atingem a maioridade e ainda não têm a necessária autonomia para se manterem. Nesse caso, a criança ou o adolescente retirados do convívio familiar não foram reintegrados à família de origem, extensa ou substituta, atingiram a maioridade e não podem ficar nos programas de acolhimento institucional explicitados anteriormente, visto que já não são consideradas adolescentes. Para que não fossem deixados sem apoio algum, nasceu esse serviço.

Essa modalidade de atendimento oferece apoio e moradia subsidiada a grupos de jovens entre 18 e 21 anos em situação de vulnerabilidade e risco pessoal e social; com vínculos familiares rompidos ou fortemente fragilizados; em processo de desligamento de instituições de acolhimento que não tenham possibilidade de retorno à família de origem ou de colocação em família substituta e que não têm meios para autossustentação (ORIENTAÇÕES..., 2009, p. 78).

Nota-se que esse serviço visa ao fortalecimento dos vínculos comunitários e ao desenvolvimento da qualificação dos jovens e, por isso, ele se torna mais interessante e eficaz quando o jovem, ao ser ali colocado, já tenha certa autonomia para que seja apoiado e, então, fortalecido.

⁹ A prestação de contas se dá por meio da apresentação das notas fiscais à entidade prestadora do serviço que coordena o serviço de acolhimento familiar.

Conta com a estrutura de uma residência privada¹⁰ e deve receber a supervisão técnica, a fim de construir um processo de autonomia pessoal e uma forma de desenvolver possibilidades de autogestão, autossustentação e independência, preparando os usuários para o alcance gradual desses objetivos. Como as outras modalidades de acolhimento, ela também é provisória: os jovens têm um tempo de permanência limitado, que pode ser reavaliado e prorrogado.¹¹

O momento de escolha dos integrantes de cada república deve ser alvo de especial atenção e, por isso, tal escolha deve ser feita por equipe técnica capacitada que considerará especificidades como o perfil de cada jovem, suas demandas específicas, seu grau de autonomia e até mesmo o grau de afinidade entre os moradores. O número máximo de moradores por república é de seis pessoas.

Os jovens residentes na república devem contar com apoio técnico-profissional para a gestão coletiva da moradia, orientação e encaminhamento para outros serviços/programas/benefícios da rede socioassistencial – como, por exemplo, a inclusão no Programa Bolsa Família –, inserção no mercado de trabalho, além de terem alguns custos da moradia subsidiados que devem ser gradativamente assumidos por todos os jovens ali residentes. No Plano Municipal há a meta de se construírem até 2017 mais 5 repúblicas para jovens entre 18 e 24 anos (CAMPINAS, 2014, p. 85).

4. A realidade de Campinas

4.1. Plano de Assistência Social de Campinas – 2014/2017

O Plano de Assistência Social de Campinas, aprovado pelo Conselho Municipal de Assistência Social, por meio da Resolução CMAS nº 142/2014, é um instrumento técnico e político baseado em diagnósticos e estudos da realidade local, foi elaborado de forma participativa, mas sob responsabilidade e segundo a coordenação da Secretaria Municipal de Cidadania, Assistência e Inclusão Social (SMCAIS). Caracteriza-se ainda por ser dirigente e instrumento de um processo garantidor de direitos da criança e do adolescente.

¹⁰ Em Campinas, isso não é assim: as repúblicas são estruturadas nos mesmos locais em que estão as outras entidades de acolhimento, ou seja, ficam localizadas nos equipamentos públicos ou de entidades privadas cofinanciadas. Há, inclusive, uma adaptação em que se colocam esses jovens em casas-lares, na maioria das vezes, quando há grupos com relação de parentesco.

¹¹ Olga, em entrevista, afirma que, na realidade de Campinas, a idade-limite de 21 anos não costuma ser respeitada. Há vários casos de jovens que já atingiram 24 anos de idade e que, sem terem para onde ir, permanecem nas repúblicas.

Esse plano define as prioridades e metas para os serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais. Ele é necessário em razão do sistema nacional que prioriza a municipalização da assistência social, conforme as especificidades de cada local.

Especifica ainda que a assistência social tem como público-alvo as pessoas e famílias em situação de risco social e vulnerabilidade, o que não se restringe apenas à ausência de renda: a pobreza é entendida como fenômeno complexo, estrutural, de natureza multidimensional e, por isso, tem relação próxima com a desigualdade na distribuição de renda e a falta de acesso aos serviços básicos, à informação e ao trabalho.

Enquanto a vulnerabilidade social está ligada à ideia de risco de desemprego, à precariedade do trabalho, à pobreza e à falta de proteção social, o risco social caracteriza-se por ser a probabilidade de ocorrência de um evento que cause danos, geralmente de rupturas e violação de direitos. Sua concepção implica não só considerar os aspectos objetivos – condição precária, privação de renda ou serviços públicos –, como também os subjetivos – as características sociais e culturais diferentes.

Chegou-se à conclusão de que, quanto menores o rendimento e a idade dos responsáveis pelos domicílios e quanto maiores a presença de mulheres chefes de família e de crianças menores de seis anos, mais alta é a vulnerabilidade social (CAMPINAS, 2014, p. 25) a que a pessoa/família está submetida. Reconhece-se, pois, que a vulnerabilidade e os riscos sociais que atingem as pessoas/famílias extrapolam a dimensão econômica.

O Município não sabe exatamente qual a taxa de cobertura de sua política de assistência social, mas estima-se que 26% da população em alta e muito alta vulnerabilidade são atendidas, ou seja, 37.066 pessoas (CAMPINAS, 2014, p. 25).

Tem-se ainda que o financiamento do Serviço Único de Assistência Social – SUAS saltou de 4% em 2002 para 11% em 2013 do orçamento da Secretaria Municipal da Cidadania, Assistência e Inclusão Social. Em outras palavras, nos últimos oito anos em Campinas foram aplicados R\$ 133.349.215,00 (cento e trinta e três milhões, trezentos e quarenta e nove mil e duzentos e quinze reais) (CAMPINAS, 2014, p. 25).

Esse plano foi criado com base na ideia de que a rede socioassistencial privada fosse uma rede auxiliar, complementar. Todavia, isso ainda não ocorre, pois a rede é formada fundamentalmente por entidades privadas. De todo modo, há a previsão, por força da assunção de compromisso (CAMPINAS, 2014, p. 57) de que, a partir de 2018, a execução do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos – PAEFI será ofertada exclusivamente por entidades públicas, por meio do Conselho de Referência Especializada de Assistência Social – CREAS

do Município.¹² Os Centros de Referência de Assistência Social – CRAS são os responsáveis por ofertar as ações preventivas, propiciando às pessoas e famílias o acesso à rede de proteção social de assistência social. Entre 2005 e 2011, foram implantados 11 desses Centros em Campinas, que formam o eixo estruturante do Serviço Único de Assistência Social.

Há o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família¹³ – PAIF que tem como base o conceito de família, que se caracteriza por ser um conjunto de pessoas unidas, seja por laços consanguíneos, seja por laços afetivos e/ou solidariedade (BRASIL, 2004).

O serviço pretende valorizar a heterogeneidade e singularidade de cada grupo familiar nas ações de proteção. Para tanto, a família deve ser compreendida a partir da perspectiva sociocultural, evitando uma abordagem restrita que poderia vir a culpar as famílias ao não cumprirem com sua função de proteção social, desconsiderando a ausência histórica de investimentos públicos aos mais vulneráveis.

Isso é realizado a partir da elaboração do Plano Individual de atuação com cada criança ou adolescente que faz o planejamento de qual será a melhor maneira de lidar não apenas com a criança ou adolescente em situação de risco, mas também como agir em relação a suas famílias, a fim de compreender sua perspectiva sociocultural, evitar danos aos direitos das crianças e dos adolescentes, e melhorar a

situação da família, minorando a situação de risco ali antes existente.

Ele se caracteriza por ser um serviço de apoio, orientação e acompanhamento à família com um ou mais de seus membros em situação de ameaça ou violação de direitos, em risco social, ou seja, com a probabilidade de ocorrência de um evento que cause danos, geralmente de ruptura familiar.

Utiliza-se de métodos como entrevistas, visitas domiciliares e reconhecimento dos recursos da família – não apenas recursos materiais. Aqui se pretende reconhecer se há na família afeto suficiente para proporcionar uma vida digna a suas crianças. Se não houver recursos materiais, o poder público deverá incluir essa família em programas sociais, como repasses de verbas ou em programas habitacionais, proporcionando um atendimento individualizado.

Atualmente, há 1.320 famílias sendo atendidas¹⁴ por 11 entidades beneficentes geridas pelo PAEFI (CAMPINAS, 2014, p. 61). Essas entidades contam com o serviço de equipe interprofissional – psicólogos, pedagogos e assistentes sociais – a fim de elaborar o Plano Individual mais adequado a cada situação e colocar em prática as metas e ações estabelecidas não só no Plano Municipal, como nos Planos Nacionais.

Em Campinas, atualmente, há apenas dois serviços prestados diretamente pela Administração: uma entidade de abrigo institucional e outra de família acolhedora. Em relação à oferta de serviços privados, Campinas conta com sete entidades de abrigo institucional, treze de casas-lares, uma de casa-lar para adolescentes grávidas e/ou com filhos, uma casa de passagem de 0 até 17 anos e 11 meses, uma de casa de passagem especializada e uma de acolhimento

¹² Atualmente, o PAEFI, criado pela Lei nº 12.435/11 e regulamentado pela Resolução CNAS nº 109/2009, é operacionalizado pela rede privada sob a gestão da equipe de servidores do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS.

¹³ O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família tem como antecedentes o Programa Núcleo de Apoio à Família (2001) e o Plano Nacional de Atendimento Integrado à Família (2003). Eles foram aprimorados em 2004 pelo MDS e, com o Decreto nº 5.085 da Presidência da República, o PAIF tornou-se ação continuada da Assistência Social.

¹⁴ O atendimento familiar se caracteriza pela inclusão da família ou algum de seus membros em ações do PAIF.

em família acolhedora (CAMPINAS, 2014, p. 69). O que faz com que a rede se caracterize por ser majoritariamente privada.

4.2. Dados complementares da rede socioassistencial de Campinas

A situação da rede socioassistencial do Serviço de Acolhimento Institucional na Cidade de Campinas é reconhecida pelos que atuam no Direito da Criança e do Adolescente como uma das melhores do Brasil, mas ainda está longe de ser a situação ideal, até porque a situação ideal é a que não tem crianças ou adolescentes precisando de acolhimento. De todo modo, essa rede socioassistencial funciona, e bem, conforme seus dados comprovam.

O Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente foi instituído pela Lei Municipal nº 6.905, de 7/1/1992, e tem como objetivo criar condições financeiras e de administração de recursos destinados ao desenvolvimento de ações para o atendimento à criança e ao adolescente. É coordenado pela Secretaria Municipal de Cidadania, Assistência e Inclusão Social e gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA.

A partir de 2012, houve uma inovação com a publicação da Lei Federal nº 12.594 e da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.246, que permitiu às pessoas físicas deduzirem da Declaração de Ajuste Anual as doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, estadual, distrital, ou municipal, conforme dispõe o art. 10 da supracitada lei, desde que respeitado o limite de até 3% do imposto devido.

Entre 2010 e 2013, o FMDCA arrecadou R\$ 28.698.930,73 (vinte e oito milhões, seiscentos e noventa e oito mil, novecentos e trinta reais e setenta e três reais), valor que foi destinado às 156 entidades distintas registradas no CMDCA.¹⁵

No plano plurianual de Campinas do quadriênio de 2014-2017, aprovado pela Lei nº 14.743, de 19 de dezembro de 2013, ficou estabelecido um orçamento médio para a Assistência Social voltada à atuação da Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente no montante de R\$ 149.318.789,25 (cento e quarenta e nove milhões, trezentos e dezoito mil, setecentos e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos) por ano, o que representa um aumento de 162% se comparado ao do ano de 2012.

Esse aumento de recursos reflete diretamente na prestação de serviços de acolhimentos, tendo em vista que esse é um trabalho complexo e requer qualificação dos servidores que, em sua maioria, são contratados pela

¹⁵ CAMPINAS. *Conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://cmdca.campinas.sp.gov.br/>. Acesso em: 16 out. 2014.

Prefeitura e também contratados pelas entidades privadas que prestam esse serviço. A escolha dos servidores é algo bem difícil porque, como dito, devem ser qualificados. Além disso, há necessidade de entrega bastante grande ao serviço e, infelizmente, a remuneração ainda não é suficientemente satisfatória.

Por exemplo: em janeiro do ano de 2014, a remuneração de um assistente social teve como piso salarial o valor de R\$ 4.266,96 (quatro mil, duzentos e sessenta e seis reais e noventa e seis centavos) e um teto salarial de R\$ 15.210,25 (quinze mil, duzentos e dez reais e vinte e cinco centavos) – excetuando-se a remuneração do Secretário, de R\$ 19.212,93 (dezenove mil duzentos e doze reais e noventa e três centavos).

A remuneração de um psicólogo, por sua vez, teve como piso salarial o valor de R\$ 4.266,96 (quatro mil, duzentos e sessenta e seis reais e noventa e seis centavos) e o teto salarial foi no valor de R\$ 10.515,30 (dez mil, quinhentos e quinze reais e trinta centavos).

A remuneração de um agente administrativo teve como piso salarial o valor de R\$ 892,62 (oitocentos e noventa e dois reais e sessenta e dois centavos) e teto salarial de R\$ 5.970,64 (cinco mil, novecentos e setenta reais e sessenta e quatro centavos), enquanto a remuneração de um agente de ação social ficou entre R\$ 1.912,76 (um mil, novecentos e doze reais e setenta e seis centavos) e R\$ 4.357,44 (quatro mil, trezentos e cinquenta e sete reais e quarenta e quatro centavos).

Um monitor de curso profissionalizante recebeu entre R\$ 1.744,90 (um mil, setecentos e quarenta e quatro reais e noventa centavos) e R\$ 5.128,19 (cinco mil, cento e vinte e oito reais e dezenove centavos). Enquanto um cozinheiro obteve remuneração entre R\$ 1.758,93 (um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e noventa e três centavos) e R\$ 4.004,82 (quatro mil e quatro reais e oitenta e dois centavos) (CAMPINAS, 2009).

Experiência que traz uma importante e interessante novidade ao serviço de acolhimento são as parcerias formadas entre as entidades prestadoras do acolhimento com empresas privadas para proporcionar mais conforto às crianças e aos adolescentes, caso de uma grande indústria de tintas que doou material e mão de obra para que se realizasse a reforma do abrigo e de uma grande panificadora que, num determinado dia do mês, tem oferecido café da manhã especial aos acolhidos.

A Secretaria Municipal de Cidadania, Assistência e Inclusão Social realiza todos os anos um Relatório de Gestão que compila todos os atos realizados sob sua grência, o último ano disponibilizado ao público foi o de 2011, sobre o qual passamos a discorrer (CAMPINAS, 2012).

No tocante ao nível de formação dos servidores da estrutura administrativa da SMCAIS e a respectiva distribuição destes servidores em cada serviço por ela prestado, no ano de 2011, havia um total de 3.941

servidores, dentre os quais 1.764 tinham nível superior completo; 1.140, médio completo; 549, fundamental completo; e 488 sem exigência de escolaridade. Entre os 1.764 servidores com nível superior completo, 403 são assistentes sociais e 211, psicólogos; os demais têm outras formações (CAMPINAS, 2011, p. 10).

Entre os 3.968 servidores com qualquer nível de vínculo com a SMCAIS: 403 têm vínculo estável, 2.822 não são estáveis, 163 são temporários, 43 são estagiários e 527 são voluntários. Há ainda 26 auxiliares de limpeza terceirizados e 41 postos de segurança terceirizados (CAMPINAS, 2011, p. 10). A Rede Socioassistencial, coordenada pela Coordenadoria Setorial de Avaliação e Controle – CSAC cofinanciada,¹⁶ é composta por 105 entidades beneficentes de assistência social com 218 unidades e executando 32 serviços socioassistenciais. Em contrapartida, a totalidade da rede socioassistencial pública e privada monitorada pela CSAC constituiu-se por 46 serviços e 232 unidades (CAMPINAS, 2011, p. 15).

No ano de 2014, o orçamento da SMCAIS foi de R\$ 140.724.636,00 (CAMPINAS, 2011), o que representa um aumento de 71,72% em relação ao ano de 2011, que teve como valor orçamentário o montante de R\$ 81.947.948,63, dos quais R\$ 1.315.200,00 são de origem estadual, R\$ 6.992.045,22 são de origem federal, R\$ 7.035,81 são de outras fontes e R\$ 73.633.667,60 são de fontes municipais (CAMPINAS, 2011, p. 11).

No ano de 2011,¹⁷ o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF recebeu

o total de R\$ 1.724.135,84, enquanto o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos – SCFV recebeu o montante de R\$ 8.060.859,79 (CAMPINAS, 2011, p. 12). Já o Serviço de Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes recebeu o valor de R\$ 5.072.567,34, enquanto o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora recebeu o montante de R\$ 97.532,64 (CAMPINAS, 2011, p. 14).

O PAIF – Serviço de Proteção Social Básica prestou o total de 40.642 serviços por meio do CRAS e de ONGs, uma média de 3.387 serviços prestados mensalmente. Já o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para crianças e adolescentes de 6 a 14 anos e 11 meses atendeu a uma média mensal de 7.095 usuários, enquanto o SCFV para adolescentes e jovens de 15 a 24 anos atendeu a uma média mensal de 2.938 usuários (CAMPINAS, 2011, p. 21).

O PAEFI – Serviço de Proteção e Atendimento Especializado à Família e Indivíduos, no tocante a famílias, crianças e adolescentes que vivenciam violações de direitos (VDCCA, PETI, POASF), atendeu a um número total de 6.614 famílias no ano de 2011 (CAMPINAS, 2011, p. 58).

Em relação à Proteção Social Especial de Alta Complexidade da Criança e do Adolescente – PSEAC/Criança e Adolescente e, no ano de 2011, houve 3.813 crianças ou adolescentes atendidas em Abrigo Institucional, 941 em Casa-Lar, 210 em Abrigo Especializado, 197 em Casa de Passagem de 7 a 17 anos e 11 meses e 450 em Casa de Passagem Especializada de 7 a 17 anos e 11 meses. Com relação ao Serviço em Família Acolhedora, houve um total de 513 crianças ou adolescentes atendidos (CAMPINAS, 2011, p. 142).

¹⁶ O cofinanciamento é uma alternativa para organizar a execução da Política Nacional de Assistência Social de forma descentralizada e cofinanciada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ele é definido com base na responsabilidade de cada ente federado na execução do PNAS.

¹⁷ Fazemos referência às estatísticas do ano de 2011 por ser este o último ano em que foi feito o mais atualizado relatório de gestão que especifica as despesas com cada

serviço/programa e os dados referentes aos atendimentos realizados por esses serviços e programas.

5. Conclusão

Ao tratarmos de crianças e adolescentes em situação de acolhimento, há a construção de todo um arcabouço de conceitos pejorativos e equivocados. Isso ocorre porque o tema é cercado de preconceitos. Por isso, um dos objetivos iniciais deste estudo era desmitificá-lo.

Historicamente, os abrigos são conhecidos por serem um espaço em que impera a miséria simbólica que é caracterizada por generalizações e coletivização das crianças e adolescentes, ou seja, imagina-se que eles nunca têm respeitada sua personalidade.

Aliás, por este estudo, percebemos que a rede socioassistencial, que lida diretamente com o tema, luta contra esse preconceito, e a Lei nº 12.010/2009 trouxe inegáveis e patentes avanços que corroboram que os serviços de proteção à criança e ao adolescente obtenham razoável sucesso nesse sentido.

É evidente o avanço das políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes nos últimos anos; porém, ainda há muito o que melhorar, até porque, como dito anteriormente, o ideal é não ter crianças ou adolescentes que necessitem ser separados de suas famílias e, então, acolhidos. Mas é incontestável que muitos avanços ocorreram em relação à situação das crianças e adolescentes retirados do convívio familiar e acolhidos.

A vulnerabilidade social tem um viés econômico muito forte, o que faz com que seja de extrema relevância o investimento em políticas de transferência de renda e em ampliação dos serviços básicos,¹⁸ a fim de que haja a diminuição dos índices de vulnerabilidade.

¹⁸ O Brasil tem sua política de transferência de renda reconhecida mundialmente. Relatórios de organizações internacionais como ONU e, especificamente ao tema deste estudo, a UNICEF, já revelaram isso e, recentemente, o ativista indiano pelos direitos da criança Kailash Satyarthi,

Um dos fatores mais interessantes que presenciemos ao longo desta pesquisa é a tentativa, por parte dos servidores da rede socioassistencial, de realmente melhorar a condição desses jovens em situação de risco, o que consideramos um enorme passo para seu sucesso, tendo em vista que, em se tratando deste público-alvo, o recurso humano é ponto central da rede de atendimento do serviço.

Em Campinas, outro diferencial é que há realmente um efetivo diálogo entre todos os atores da rede socioassistencial. Entre eles estão os servidores da Prefeitura Municipal (aí incluídos os servidores das escolas, das entidades de acolhimento, os coordenadores dos programas, conselheiros tutelares e de direito da criança e do adolescente, entre vários outros), o Ministério Público e a Vara da Infância e Juventude (juntamente com sua equipe interdisciplinar, o que a torna um diferencial em relação a outras Varas protetivas). Tal diálogo faz com que ocorra mais facilmente a integração da rede de direitos e princípios das crianças e dos adolescentes.

Exemplo desse diálogo é o momento em que se constata que uma família, que vive em situação de risco, precisa de uma casa adequada à convivência familiar digna. Dessa forma, os servidores das Secretarias Municipais de Cidadania, Assistência e Inclusão Social e de Habitação se comunicam para que haja a inclusão dessa família nos cadastros de programas sociais para esse fim.¹⁹

O ideal seria que houvesse uma priorização dessas famílias em tais cadastros quando

ganhador do Prêmio Nobel da Paz no ano de 2014, reconheceu expressamente a política de transferência de renda do Brasil – o Bolsa Família – afirmando tratar-se de uma iniciativa interessante porque retira as crianças do trabalho e as coloca na escola, e que isso poderia ser utilizado em outros países (CONTEXTO LIVRE, 2014).

¹⁹ Conforme “Olga” citou em entrevista.

constatada essa necessidade. Assim como há a priorização de idosos ou mulheres solteiras com filhos, que famílias com crianças e adolescentes em situação de risco também sejam incluídas no rol de prioridades desses programas. Contudo, por estarem fora da competência da Prefeitura Municipal, não se poderia adicionar essa situação ao rol de prioridades e, então, só lhe resta comunicar à Secretaria de Habitação para a tentativa de inclusão de tal família aos programas.

Um ponto negativo encontrado no município de Campinas está relacionado à disposição geográfica das entidades prestadoras de serviços. Contrariando o que dispõem o ECA e os Planos Nacionais, elas estão concentradas em grandes complexos, não se preocupando com a proximidade geográfica dos locais de origem dos ali acolhidos, nem com a necessária distância entre as várias entidades ali instaladas, o que acaba por ocasionar certa identificação do local, o que também é vedado pela legislação supracitada.

Sobre os autores

Isabela Abbas Cavalcante Silva é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
E-mail: isabelaabbasc@gmail.com

Josué Mastrodi é doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo e professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁰

INSTITUTIONAL HOSTING SERVICE, A PROTECTIVE POLICY STATED BY THE BRAZILIAN CHILD AND YOUTH STATUTE, AS IT IS APPLIED IN THE CITY OF CAMPINAS, SP

ABSTRACT: The aim of this article is to analyse the Institutional Care Service, a protective measure applied in Brazilian Child and Adolescent Statute, specially the service developed in Campinas city and verify which are the implemented actions that justify the necessary recognition that it deserves on the field of the Children and Adolescents' rights, analyzing the history of Law in this branch until the present moment, the Institutional Care types and finally, the reality that Campinas' social assistance network operates.

KEYWORDS: INSTITUTIONAL CARE. CHILDREN AND ADOLESCENTS. VULNERABILITY. CAMPINAS' SOCIAL ASSISTANCE NETWORK.

²⁰ Sem revisão do editor.

Referências

- AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. 122. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BRASIL. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- _____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 out. 1979.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- _____. Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- _____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, 22 nov. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- _____. Ministério do Desenvolvimento Social e Conselho Nacional de Assistência Social. *Plano Nacional de Assistência Social de 2004*. Disponível em: <<http://aplicacoes4.mds.gov.br/cnas>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- _____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano Nacional de promoção, proteção e defesa do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária*. Brasília, DF: CONANDA/CNAS, 2006.
- _____. Lei n.12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015
- _____. Lei n. 12.435, de 06 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- CAMPINAS. Secretaria municipal de cidadania, assistência e inclusão social. *Relatório de Gestão do ano de 2011*. São Paulo, 2012.
- _____. *Projeto de lei orçamentária n. 345/13*. Dispõe sobre o plano plurianual para o quadriênio 2014/2017. Prefeitura Municipal de Campinas, 2013. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.gov.br/servico-ao-cidadao/portal-da-transparencia/arquivos/apresentacao-ppa2014-2017-volume-i.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.
- _____. *Plano municipal de assistência social do município de Campinas*. [PMAS – 2014/2017]. Campinas, SP: SMCAIS, 2014.
- _____. Secretaria Municipal de Comunicação. *Relação de servidores e empregados públicos conforme decreto n. 16720 de 03/08/2009*. Disponível em: <www.campinas.sp.gov.br/servico-ao-cidadao/portal-da-transparencia/arquivos/TRANSP_201401.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.
- CONTEXTO LIVRE. *Kailash Satyarthu, o prêmio Nobel da paz, aprova o bolsa família*. [4 nov, 2014]. Disponível em: <<http://www.contextolivre.com.br/2014/11/kailash-satyarthu-o-premio-nobel-da-paz.html>>. Acesso em: 4 nov. 2014.
- GOBBO, Edenilza; MULLER, Crisna Maria. A prática pedagógica das medidas socioeducativas. *Revista Emancipação*, Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p. 175-187, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/1249/2543>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

JANCZURA, Rosane. Abrigos para adolescentes: lugar social de proteção e construção de sujeitos?. *Revista Virtual Textos e Contextos*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 1-19, 2005. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fass/article/view/1000/780>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

ORIENTAÇÕES técnicas: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes. Brasília: CNS, 2009.

SILVA, Jorge Mário. Problema Social: In: SOUZA, Ana Carolina e SILVA, Jorge Mário. *Ana & Jorge Ao Vivo*. Rio de Janeiro: Universal Musical, 2005. DVD, faixa 7.

Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil

ROGER RAUPP RIOS

Resumo: O artigo examina o tratamento jurídico da homossexualidade no direito brasileiro, destacando as principais tendências e tensões nesse campo, com destaque para a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Salienta, por fim, os principais desafios envolvendo orientação sexual e identidade de gênero, dentre os quais se destacam o debate sobre a criminalização da homofobia, as iniciativas para a reversão terapêutica da homossexualidade, a abordagem biomédica da identidade de gênero e a importância fundamental da laicidade.

Palavras-chave: Direitos sexuais. Direito brasileiro. Homossexualidade. Orientação sexual. Identidade de gênero. Homofobia. Laicidade.

Introdução

Este artigo objetiva fornecer um panorama dos direitos sexuais no direito brasileiro da perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nesse esforço, toma como referência o tratamento jurídico e o debate contemporâneo brasileiros diante das demandas jurídicas articuladas pelo denominado movimento LGBTTT¹.

Para tanto, após uma breve notícia histórica do tratamento da homossexualidade no direito brasileiro, busca identificar as principais tendências e tensões que caracterizam o desenvolvimento dos direitos

Recebido em 27/11/14
Aprovado em 11/11/14

¹Utilizo a sigla LGBTTT conforme seu uso corrente entre os movimentos sociais brasileiros contemporâneos, que por ela designam a expressão "lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros".

sexuais no país², com os olhos atentos às questões de orientação sexual e identidade de gênero (primeira parte). A seguir, destaca o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões de pessoas do mesmo sexo, cuja importância e influência no quadro jurídico brasileiro atual são inquestionáveis (segunda parte); ao final, indica os temas mais urgentes e disputados nessa arena, com destaque para a criminalização da homofobia e as ameaças à laicidade estatal (terceira parte).

1. A homossexualidade no direito brasileiro: notícia histórica e principais tendências e tensões contemporâneas

1.1. Notícia histórica do tratamento jurídico da homossexualidade no Brasil: da repressão colonial à descriminalização implícita em 1988

O direito brasileiro tem suas raízes históricas no direito colonial português. Com a chegada dos portugueses às terras coloniais, em 1500, passou a vigorar o direito lusitano, acompanhado das regulações eclesiásticas católicas, conforme a área do direito e a questão envolvida. Comportamentos dissociados da moral vigente, que qualificava como pecado e como ilícito jurídico tudo o que destoasse do coito vaginal entre pessoas de sexos opostos, eram submetidos a forte repressão, sendo considerados, ainda, causadores de desgraças naturais, tais como terremotos, enchentes e dilúvios. Sejam atos sexuais praticados entre nativos, sejam praticados por colonizadores portugueses, entre homens ou entre mulheres, uniam-se, na apuração dos delitos e na execução das penas, o

tribunal do Santo Ofício, a justiça eclesiástica e a justiça secular (TREVISAN, 2000, p. 67). Tudo em um sistema punitivo animado pela prática premiada da delação e pela punição daqueles que, comprovadamente sabendo, não denunciavam às autoridades a prática da sodomia.

Além dos açoites e do degredo, a pena indicada aos praticantes do “vício nefando” chegava à morte, com a entrega do corpo à fogueira e o corpo reduzido a pó, “para que dele nem de sua sepultura pudesse ser ouvida memória”, nas palavras das Ordenações Afonsinas (PORTUGAL, 1446). Os termos das Ordenações Filipinas (1603) eram ainda mais graves e incluíam a imposição de penas a outros além do condenado e a menção explícita às mulheres como possíveis agentes do “vício italiano” (PORTUGAL, 1870).

A criminalização da sodomia perdurou no direito brasileiro até o Código Penal do Império, de 1830. Promulgado no ambiente ideológico do iluminismo liberal e influenciado pelo Código Criminal napoleônico de 1810 e pelo Código Napolitano de 1819, o primeiro código penal do Brasil independente acabou por influenciar a legislação espanhola e latino-americana.

Não obstante a descriminalização havida no Código Criminal do Império, as práticas homossexuais voltam a ser criminalizadas, no âmbito militar, em 1891, sendo cominada a pena de “prisão com trabalho por um a quatro anos” a quem estivesse a serviço da marinha de guerra e atentasse “contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual” (BRASIL, 1890). Hoje vigora, desde 1969, código penal militar que tipifica o ato libidinoso, com o destaque explícito ao ato homossexual e, mais ainda, com a inserção do *nomen juris* de “pederastia”. Desse modo, ao menos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que importou revogação implícita da

²Sobre o quadro mais amplo da reflexão sobre os direitos objeto deste trabalho, considerando o cenário latino-americano, ver Rios (2010, p. 251-258).

norma penal incriminadora de atos homossexuais, subsistiram normas jurídicas criminais repressivas da homossexualidade.

1.2. Direitos fundamentais, orientação sexual e identidade de gênero a partir de 1988: tendências e tensões desde as primeiras demandas até a decisão do Supremo Tribunal Federal (2011)

A Constituição de 1988 representa não somente um rompimento com o autoritarismo marcante da ditadura militar iniciada em 1964; do ponto de vista jurídico, ela é um marco na afirmação da proeminência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na ordem jurídica nacional. As demandas pelo reconhecimento de direitos humanos relacionados a orientação sexual e à identidade de gênero se inscrevem nesse contexto. A partir de meados dos anos 90 do século passado, aportam aos tribunais brasileiros os primeiros litígios judiciais desafiando a discriminação sexual. Numa retrospectiva histórica, pode-se afirmar que, a partir de então, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 2011, o direito brasileiro experimentou uma fase de afirmação de direitos sexuais, em especial voltados contra a discriminação por motivo de orientação sexual. Já as demandas relacionadas à identidade de gênero (relativas, em especial, à alteração de nome e de sexo no registro civil) passam a se apresentar de modo mais significativo e a suscitar debate mais intenso somente a partir da segunda década deste século (OLIVEIRA, 2012).

No plano constitucional, o direito brasileiro registra, além da existência de projeto de emenda constitucional arquivado que visava à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação (BRASIL, 1999), previsões constitucionais estaduais específicas em alguns estados da federação (Mato Grosso Sergipe, Piauí e Distrito Federal).

No plano legislativo interno, há duas referências na legislação federal: a Lei nº 9.612, de 1998, que trata da proibição de discriminação por motivo de “preferências sexuais” na programação da radiodifusão comunitária, e a Lei nº 11.340, de 2006, que combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem distinção de orientação sexual. Nos âmbitos estadual e municipal, mais de uma centena de localidades brasileiras e alguns estados federados sancionaram leis, de cunho administrativo, proibindo discriminação por motivo de orientação sexual. Nesse conjunto de normas, merece destaque o Programa Brasil sem Homofobia (Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB – *gays*, *lésbicas*, *transgêneros* e *bissexuais* – e de Promoção da Cidadania de Homossexuais), lançado em 2004, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos.

A inserção da proibição de discriminação por orientação sexual iniciou-se em virtude de demandas judiciais voltadas para as políticas

de seguridade social, a partir de meados dos anos 1990 (LEIVAS, 2003, p. 111).

Um exame do conteúdo dessas iniciativas chama a atenção para duas tendências: a busca por direitos sociais como reivindicação primeira no âmbito da qual a diversidade sexual se insere, e a utilização do direito de família como argumentação jurídica recorrente. Essas tendências caracterizam uma dinâmica peculiar do caso brasileiro, dado que, em outros países, via de regra, a luta por direitos sexuais inicia-se pela proteção da privacidade e da liberdade negativa, e a caracterização jurídico-familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo é etapa final. Além dessas tendências, a inserção da diversidade sexual, assim como manifestada na legislação existente, revela a tensão entre as perspectivas universalista e particularista no que diz respeito aos direitos sexuais e à diversidade sexual, de um lado, e à luta por direitos específicos de minorias sexuais, de outro.

A primeira tendência a ser examinada é a utilização de demandas reivindicando direitos sociais como estratégia de defesa da diversidade sexual. Como referido, enquanto em países ocidentais de tradição democrática, a luta por direitos sexuais ocorreu, inicialmente, pelo combate a restrições legais à liberdade individual, no caso brasileiro o que se percebe é a afirmação da proibição da discriminação por orientação sexual como requisito para o acesso a benefícios previdenciários. Tal é o que revela, por exemplo, a superação no direito europeu da criminalização do sexo consensual privado entre homossexuais adultos – a chamada sodomia – com fundamento no direito de privacidade, ao passo que, no caso brasileiro, desde o início, o combate à discriminação foi veiculado em virtude da exclusão discriminatória contra homossexuais do regime geral da previdência social, quando se trata de pensão e auxílio-reclusão para companheiro do mesmo sexo.

Uma hipótese para a compreensão desse fenômeno vem da gênese histórica das políticas públicas no Brasil. Gestadas em suas formulações pioneiras em contextos autoritários, nos quais os indivíduos eram concebidos muito mais como objetos de regulação estatal do que sujeitos de direitos, essas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade e da liberdade individuais. Alimentadas pela disputa política entre oligarquias e pelo referencial do positivismo social, as políticas públicas no Brasil caracterizaram-se pela centralidade da figura do trabalhador como cidadão tutelado, evidenciando um ambiente de progresso econômico e social autoritário, sem espaço para os princípios da dignidade, da autonomia e da liberdade individuais (BOSI, 1992). Daí a persistência de uma tradição que privilegia o acesso a prestações estatais positivas em detrimento da valorização do indivíduo e de sua esfera de liberdade e

do respeito à sua dignidade, dinâmica que se manifesta na história das demandas por direitos sexuais mediados pelos direitos sociais no Brasil.

A segunda tendência é a recorrência dos argumentos do direito de família. De fato, não é difícil perceber que a inserção de conteúdos anti-discriminatórios relativos à orientação sexual valeu-se de argumentos de direito de família, o que se manifesta de modo cristalino pela extensão do debate jurídico – nos tribunais e naqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais – acerca da qualificação das uniões de pessoas do mesmo sexo. A par da polêmica sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual.

As razões disso podem ser buscadas na já registrada fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade que caracterizam nossa cultura. Fora da comunidade familiar, em que o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função do que como fim em si mesmo, só haveria espaço para o exercício de uma sexualidade indigna e de categoria inferior.

Além disso, uma rápida pesquisa sobre as respostas legislativas estaduais e municipais revela a predominância de duas perspectivas quanto à diversidade sexual. De um lado, diplomas legais de cunho mais particularista, nos quais uma categoria de cidadãos é identificada como destinatária específica da proteção, como é o caso, por exemplo, da legislação paulista sobre combate à discriminação por orientação sexual (Lei nº 10.948, de 2001) e da lei do município de Juiz de Fora –MG (Lei nº 9.791, de 2000). De outro, diplomas mais universalistas, com destaque para a lei gaúcha (Lei nº 11.872, de 2002).

Enquanto a lei paulista e a mineira referem-se a “qualquer cidadão homossexual (masculino ou feminino), bissexual ou transgênero” (MINAS GERAIS, 2000), a lei gaúcha

“reconhece o direito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo para tanto promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízo a terceiros” (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

A adoção de estratégias mais particularistas expõe-se a riscos importantes: reificar identidades, apontar para um reforço do gueto e incrementar reações repressivas (basta verificar o contradiscurso conversador dos “direitos especiais” e a ressurgência de legislação medicalizadora “curativa” de homossexuais). Isso sem se falar dos perigos de limitar a liberdade

individual na potencialmente fluida esfera da sexualidade (preocupação expressa pela chamada ‘teoria *queer*’) e de requerer, quando acionados os mecanismos de participação política e de proteção estatal, definições identitárias mais rígidas acerca de quem é considerado sujeito da proteção jurídica específica. Nesse contexto, mostra-se preferível a adoção de estratégias mais universalistas. Elas parecem ser capazes de suplantar as dificuldades de uma concepção meramente formal de igualdade, desde que atentas às diferenças reais e às especificidades que se constroem a cada momento, sem nelas se fechar; trata-se de reconhecer a diferença sem canonizá-la, trabalhar com as identidades autoatribuídas sem torná-las fixas e de rejeitar a reificação do outro.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo

Sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, de que a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar, como união estável, dando interpretação conforme a Constituição ao Código Civil, art. 1.273 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, decisão conjunta) repercute de forma muito intensa no desenrolar dos direitos sexuais no Brasil.

Neste artigo, a análise dessa decisão se concentra no âmbito propriamente jurídico, dividindo-se em dois tempos. Inicialmente, serão listadas algumas das mais importantes e diretas repercussões jurídicas da histórica decisão do STF, bem como seu significado imediato para o debate, inclusive enfrentando a objeção da “usurpação” e do “ativismo” de que é acusado o Supremo Tribunal Federal.

A seguir, serão destacados alguns argumentos trazidos nos votos já divulgados, considerando seu impacto para o fortalecimento ou não dos direitos humanos e dos direitos sexuais.

2.1. Repercussões jurídicas, políticas e sociais da decisão do Supremo Tribunal Federal

Muito se pode perguntar acerca do significado e da repercussão imediatos da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Destacarei alguns tópicos: qual o significado dessa decisão? Qual a repercussão para outras áreas do direito? O STF legislou, atropelando o Congresso Nacional? Quais as consequências práticas da decisão?

O significado é inestimável para a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais. Afirmaram-se direitos básicos a todos reconhecidos, como a liberdade sexual, a proibição de discriminação sexual, a privacidade, a intimidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a diversidade e o pluralismo.

A afirmação da existência e das consequências desses direitos, especialmente na esfera da sexualidade, já que minorias sexuais são discriminadas, deixa claro o dever de respeito aos homossexuais e a dignidade constitucional de que são merecedores. Isso, ainda que eventuais majorias, por sondagens de opinião ou por representantes eleitos, tentem impor seus preconceitos. Nesse sentido, nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Esse passo é de suma importância para o desenvolvimento e a consolidação do direito antidiscriminatório brasileiro, pois se trata de enfrentar uma espécie de preconceito que, ainda nos dias de hoje, não só atua concreta e injustamente na vida de indivíduos e de grupos, como teima em se justificar.

A repercussão se dá em vários campos. A partir do incontestável dever de respeito às minorias sexuais e da relevância dos direitos sexuais, ficam superadas posturas que tentam justificar discriminações no trabalho, na educação, na saúde e nas mais diversas relações sociais. Fica clara a urgência e a necessidade de medidas antidiscriminatórias, como a criminalização da homofobia. Ganha-se certeza sobre muitos temas como, por exemplo, a possibilidade de postulação de adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo em união estável. Abrem-se caminhos para levar a igualdade mais a sério, inclusive no direito de família, com o reconhecimento do direito ao casamento, como fez a Corte Constitucional da África do Sul.

O tribunal não legislou. Ele aplicou a própria Constituição, que já protege a todos de discriminação sexual, especialmente aqueles objeto de preconceito. Outros direitos também foram aplicados, especialmente a liberdade sexual e o respeito à dignidade humana. Daí a conclusão de que excluir as uniões homossexuais é restrição indevida, contrária à Constituição, deixando claro que o parágrafo 3º do art. 226 da CF/88 não torna a união estável exclusiva para heterossexuais.

As consequências são práticas e efetivas. Todos os juízes brasileiros estão vinculados à decisão, não podendo mais rejeitar a união estável pelo fato de serem pessoas do mesmo sexo. Vários direitos daí decorrem, tais como: inclusão em planos de saúde, previdência, associação como dependente em clubes e sociedades, dever de alimentos em caso de necessidade, divisão de bens adquiridos na constância da união, direito à herança, usufruto dos bens do falecido e acompanhamento de parceiro em instituições hospitalares.

2.2. A argumentação do Supremo Tribunal Federal: perspectivas e tensões diante dos direitos sexuais

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 é marcante no direito brasileiro por inúmeras razões. Dentre elas, podemos destacar razões relacionadas à história do direito brasileiro, à amplitude de argumentos de direitos fundamentais invocados e ao significado e aos efeitos da enunciação da categoria “família homoafetiva” para qualificar juridicamente as uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo.

Em primeiro lugar, ela corporifica a evolução jurisprudencial que, desde meados da última década do século passado, abriu o caminho e desenvolveu as razões jurídicas que fundamentaram não só a não discriminação por motivo de orientação sexual, como também enquadraram esses litígios na esfera do direito de família.

Em segundo lugar, no julgamento proferido são arrolados diversos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais, cujo conteúdo foi relacionado, de forma direta e clara, ao direito de não ser discriminado por orientação sexual e às consequências deles para o reconhecimento da união conjugal de natureza familiar.

Em terceiro lugar, chama a atenção a argumentação desenvolvida em torno da categoria “união homoafetiva”, não somente por introduzir um neologismo com tanta intensidade no ordenamento jurídico nacional, como também pelos efeitos “colaterais” da lógica pressuposta nessa expressão, quando atentamos para o quadro mais amplo dos direitos sexuais.

O conjunto dessas considerações aponta para um balanço em que a argumentação jurídica expressa no julgamento aludido configura um quadro de perspectivas e tensões.

Examine-se o primeiro desses aspectos, qual seja, o coroamento da evolução jurisprudencial experimentada nos tribunais brasileiros em face de casos sobre discriminação por orientação sexual.

De fato, do reconhecimento da relação de dependência entre pessoas do mesmo sexo, apta a deflagrar consequência jurídica de inclusão em plano de saúde titularizado por um dos companheiros, questão tida como pioneira nessa seara, até decisão proferida na ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal, registram-se vários precedentes.

Importa destacar, nessa trajetória jurisprudencial, a paulatina predominância de casos concretos que se desenrolam em unidades jurisdicionais especializadas em matéria de direito de família, sem esquecer precedentes nas áreas previdenciária e trabalhista. Esse fenômeno de concentração de demandas e argumentos de direito de família certamente contribuiu de modo decisivo para a chegada ao Supremo Tribunal Federal de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental versando sobre união estável, bem como foi decisivo para a adoção da expressão “união homoafetiva”.

O segundo aspecto acima enumerado diz respeito à relação entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e a conclusão pela proteção jurídica de direitos sexuais, mais especificamente, pelo reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares.

Nunca será demasiado enfatizar a perspectiva de direitos fundamentais consagrada pela decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal. A qualificação do litígio como uma questão diretamente vinculada ao âmago dos direitos fundamentais abre, para o campo dos direitos sexuais, bases sólidas e seguras em termos de garantia de direitos básicos de todos, na esfera da sexualidade, e também como instrumento necessário de proteção de minorias sociais, historicamente discriminadas por motivo de orientação sexual.

Com efeito, de acordo com o conteúdo dos votos proferidos pelos ministros que participaram do julgamento, pelo menos dois direitos fundamentais foram, de modo explícito e implícito, enfatizados: os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade; a par deles e com eles mantendo relação, foi destacado um dever constitucional de proteção deles derivado, tudo fazendo concluir pelo pronunciamento que reconheceu juridicamente a união de pessoas do mesmo sexo. Mencione-se a interpretação do direito fundamental de liberdade e sua concretização como direito fundamental de liberdade sexual, com repercussão direta no litígio então examinado.

É o que deflui, diretamente, da leitura dos termos do voto do Ministro relator, Ayres Brito. Ele é absolutamente claro ao concretizar o direito constitucional de liberdade como direito de liberdade sexual e, adentrando em grau ainda maior de concreitude, enumerar diversas dimensões dessa liberdade sexual constitucional. Enfrentando os diversos níveis em que o direito fundamental de liberdade, em sua faceta negativa, opera, ele distingue as esferas da liberdade sexual como intimidade sexual e também da liberdade sexual como privacidade sexual. Muito relevante sublinhar, nesse passo, o destaque para a função defensiva a que se destina essa liberdade sexual, no sentido de excluir intromissões de terceiros nessas esferas fundamentais da vida humana e de proteger a liberdade que se quer atribuir à sexualidade.

Afirmada a concretização do direito fundamental de liberdade como liberdade sexual, a proteger a intimidade e a privacidade das conjugalidades familiares homossexuais, outro direito fundamental de grande relevância expressamente destacado no julgamento foi o direito de igualdade.

Com efeito, o enfrentamento da discriminação por motivo de orientação sexual tem

sido, no campo dos direitos fundamentais, a arena mais profícua em que os tribunais vêm atuando. Alicerçados no direito de igualdade e qualificando a homossexualidade ora como identidade pessoal, ora como prática sexual juridicamente permitida (note-se que o julgamento do STF aludiu ora a “preferência sexual”, ora a “opção sexual” e ora a “orientação sexual”), cortes judiciárias mundo afora vêm concretizando esse direito fundamental como proibição de discriminação.

Nesse diapasão, ainda que o caso analisado não tenha avançado, em sua fundamentação, para as fronteiras da proibição de discriminação contra travestis e transexuais, não resta dúvida de que ficou afirmada, sem qualquer equívoco, no direito constitucional brasileiro, a ilegitimidade da discriminação homofóbica com base na compreensão adequada da proibição de discriminação por motivo de sexo.

Por fim, ao concluir essa seção, em que são destacados alguns tópicos dentre as inúmeras razões aduzidas pelos votos proferidos no julgamento aludido, chama atenção a introdução da categoria “homoafetividade”.

Sem colocar em questão em momento algum a intenção antidiscriminatória que inspirou a criação e introdução desse neologismo, seus termos fazem pensar sobre as concepções que o acompanham e os efeitos que dele podem exsurgir.

Como se sabe, a discriminação homofóbica que se enfrenta e que gera, no direito de família conservador, a resistência ao reconhecimento de uniões homossexuais radica-se, em primeiro lugar, no sexo e na sexualidade. Diz-se no sexo pelo fato de que foram as práticas e condutas sexuais que engendraram a rejeição de indivíduos (o conceito medieval de sodomia como prática, e não como identidade sexual) e de suas relações; diz-se também na sexualidade, na medida em que ela designa a esfera da

realidade em que certas condutas e, posteriormente, certas identidades são desvalorizadas e estigmatizadas. Sexo e sexualidade, ademais, são âmbitos da realidade e configuram experiências individuais e realidades sociais historicamente objeto de tabu e interdição, ainda que esses mecanismos, longe de extirpá-los da realidade, a eles agreguem diversos sentidos e dinâmicas do desejo, diversas formas de organização e de controle sociais e políticos.

Assim procedendo, o neologismo empregado acaba por retirar de cena, precisamente, o sexo e a sexualidade, substituindo-os pela noção de afetividade. Essa operação semântica, certamente bem intencionada e bem sucedida em sua recepção pela maioria das pessoas, termina por inscrever-se na tradição em que sexo e sexualidade são objeto de controle e repressão, o que não colabora com a força normativa e os sentidos vividos na sociedade e na cultura em matéria de liberdade e de igualdade sexuais.

Isso fica ainda mais claro se tormarmos em consideração o fato de que homossexuais são pessoas cuja identidade social, vítima de estigma e discriminação, está marcada exatamente pela sexualidade (daí, inclusive, a utilização por alguns da expressão “identidade sexual”, para referir-se à homossexualidade) e que a “fobia”, que se manifesta na “homofobia”, é desencadeada pelas práticas e condutas relacionadas ao sexo e à sexualidade entre iguais, às quais posteriormente se associa uma identidade sexual.

Assim, se é que algumas relações interpessoais marcadas pela coincidência sexual podem ser referidas indiretamente como “afeto pelos iguais”, em todas as outras situações em que a sexualidade e o sexo estejam presentes e não tenham, deliberadamente, por parte de seus partícipes, esse conteúdo afetivo, volta a reproduzir-se a discriminação associada ao sexo e à sexualidade. Desse modo, esse recurso pode ter o efeito de aumentar a estigmatização

contra práticas, estados e identidades homossexuais em que o afeto não é decisivo, primordial, relevante e é, até mesmo, explicitamente desconsiderado, como no caso de envolvimento puramente sexuais, sem objetivo de relacionamento afetivo, sem falar em expressões de práticas e representações da sexualidade, como o trabalho sexual, a literatura e a arte em geral que se debruçam sobre esses temas.

Nessa linha, com a devida licença para usar uma analogia cujos termos não coincidem completamente, mas que se revela útil, seria como pensar em estratégias de combate à discriminação racial e ao racismo que se utilizassem de recursos semânticos que eliminassem qualquer referência precisamente ao que foi e continua sendo o desencadeador do preconceito e da discriminação, qual seja, o elemento racial acionado pelo discriminador. Esse procedimento não seria somente despolitizador, por ter o efeito de anular a denúncia e a injustiça das visões hierarquizantes e inferiorizantes com base na raça, como também teria uma consequência negativa quanto à existência, à estima e ao reconhecimento das identidades raciais de tantos quantos nesses contextos, de forma positiva e afirmativa, assim forjam suas vidas e identidades.

No campo da sexualidade, o efeito é o de propor-se a enfrentar a homofobia (que é a fobia relacionada ao sexo e à sexualidade entre iguais), precisamente, com a eliminação ou o esquecimento daquilo que é o motivo, o fator desencadeador do processo de estigmatização e de discriminação. Seria como se fôssemos combater o racismo sem falar em raça, sem enfrentar os tabus e os estigmas injustamente associados a esse campo da experiência e da vida social, provocando um efeito silenciador e anestésico da injustiça racial – no caso da homofobia, da injustiça sexual. Numa paráfrase do famoso verso acerca do “amor que não ousa

dizer o seu nome”, o resultado produzido aqui é do “sexo que não ousa dizer o seu nome”.

Toda essa dinâmica, como ressaltado, tem efeitos deletérios e prejudiciais para as experiências do sexo e da sexualidade em que o afeto não está presente ou não se apresenta como objetivo almejado. No caso das relações homossexuais, pode-se dizer que uma das funções desempenhadas pela qualificação afetiva dos relacionamentos é de natureza assimilacionista³. Vale dizer, o recurso à afetividade funciona como elemento “purificador” da sexualidade e, em especial, da sexualidade homossexual.

Relacionamentos homossexuais, assim “higienizados” do que há de sexo e de sexual na homossexualidade, podem ser aproximados, assimilados, incorporados aos padrões vigentes daqueles que não têm dificuldade de apresentar-se sexuais – no caso, os relacionamentos heterossexuais. Nesse sentido, pode-se indagar acerca dos debates havidos no curso do julgamento, à medida que os diversos ministros iam explicitando sua argumentação, quanto à propriedade das uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito de família: seriam elas “uniões homossexuais estáveis” ou, coisa diversa, “uniões estáveis homossexuais”?

3. Desafios em matéria de orientação sexual e identidade de gênero: criminalização da homofobia, despatologização e afirmação da laicidade

A necessidade de uma abordagem mais forte contra a discriminação por orientação sexual fica patente em face dos desafios atuais no contexto brasileiro. Os debates sobre criminalização da homofobia, a proposta de disponibilização pública de tratamentos terapêuticos para reversão da homossexualidade e a tendência à patologização da transexualidade deixam claro quanto o heterossexismo reage diante do reconhecimento de direitos sexuais e quão ameaçados estão os direitos até agora conquistados.

3.1. Criminalização da homofobia

A prevenção e a repressão de condutas homofóbicas caminham lado a lado com o reconhecimento dos direitos fundamentais vinculados à orientação sexual e à identidade de gênero. Diante da intensidade da violência homofóbica no Brasil, mostra-se necessária uma reação mais forte, que inclua, no seio da legislação antidiscriminatória, proteção de natureza criminal. Com efeito, um dos desafios básicos para a democracia no Brasil é a construção de uma sociedade sem discriminações, em que

³ Para desenvolvimento desse argumento de modo mais sistemático, ver Rios (2013a).

a liberdade de cada um conduzir sua vida de modo autônomo seja respeitada. Para tanto, é preciso agir em várias frentes: medidas educativas, oportunidades de participação política e serviços públicos de saúde, segurança e justiça preparados para lidar com a diversidade – tudo isso é necessário.

Nesse contexto, a legislação antidiscriminatória se revela um dos instrumentos mais importantes. Não é por acaso que, desde o final do nazi-fascismo, preconceito e discriminação têm sido criminalizados. No Brasil, por exemplo, a lei nº 7.716/1989 define como crime tratamentos discriminatórios por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; ao seu lado, há projetos legislativos visando acrescentar a essa lista a proibição de práticas homofóbicas.

As funções que a legislação penal cumpre são insubstituíveis: além de possibilitar a punição de atentados graves contra a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, a lei penal tem caráter pedagógico e simbólico. Ela aponta quais são os bens jurídicos mais relevantes, entre os quais se inclui, sem dúvida, numa sociedade democrática e pluralista, o respeito à diversidade. A inclusão da homofobia entre as formas de discriminação penalmente puníveis é justa e necessária. Necessária porque, além de ter caráter repressivo pela punição de atos homofóbicos, atua preventivamente, evitando e desencorajando tais práticas. Justa porque fortalece o respeito à diversidade e à dignidade humana, sem o que não há garantias para a igual liberdade de todos, independentemente de cor, origem, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou de quaisquer outras diferenças.

Deixar a homofobia fora da lista de discriminações que a lei penal sanciona é relegar um sem-número de cidadãos a uma cidadania de segunda classe. Ao mesmo tempo, é minar o convívio pluralista e tolerante, sem o qual

ninguém pode sentir-se seguro de que não será discriminado em virtude de sua identidade – cor, origem, raça, deficiência, idade – ou de escolhas fundamentais relacionadas a religião, sexo, gênero, orientação sexual.

Não se trata de cerceamento das liberdades de opinião ou de religião. Assim como na proibição do racismo, o que se quer evitar é que a injúria e a agressão, fomentadoras do ódio e da violência, campeiem sem restrições, pondo em risco e ofendendo a vida e a dignidade. A proibição de discursos e práticas discriminatórias não inviabiliza as liberdades de opinião, crença e manifestação. Ao contrário, a prática das liberdades no mundo plural requer seu exercício sem violência ou intolerância (como, aliás, legitimamente ocorre na criminalização do escárnio público de alguém por crença religiosa).

3.2. Tratamentos terapêuticos de “reversão da homossexualidade”

Se a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia acaba por enfraquecer o enfrentamento das violações por motivo de orientação sexual e de identidade de gênero, ainda mais flagrante é a ameaça aos direitos humanos e fundamentais representada pela tentativa de institucionalizar, no sistema público de saúde, terapias de “reversão da homossexualidade”.

É o que ocorre no parlamento federal brasileiro, em que nas últimas legislaturas há projetos objetivando anular resolução do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe o oferecimento de tratamentos psicológicos desenvolvidos sob a premissa de que a homossexualidade seria uma doença. Com o pretexto de garantir a liberdade de profissão e de consciência titularizada pelos profissionais psicólogos, tais projetos esquecem que a resolução atacada versa, na verdade,

sobre ética na profissão psicológica, ao dispor que, efetivamente, psicólogos não podem tratar como se fosse doença aquilo que não é (a orientação sexual homossexual). Com efeito, não há “liberdade de diagnosticar” como doença aquilo que o conhecimento científico consolidado já demonstrou não ser doença, ainda mais quando motivações preconceituosas se fazem presentes, nutridas por convicções desprovidas de qualquer base científica.

Não bastasse isso, a pura e simples disseminação da ideia de “cura gay” é discriminatória e danosa, em especial para (a) pessoas que sofrem grave preconceito e discriminação homofóbicos e não encontram condições de reagir e (b) crianças, adolescentes e jovens que estão em especial posição de vulnerabilidade, inclusive no espaço familiar, quando suas famílias se deixam contaminar pelo preconceito. A ideia de “cura gay”, em si mesma, deixa inquestionada e naturaliza um lugar privilegiado para a heterossexualidade em detrimento de todas as demais expressões da sexualidade, configurando verdadeiro heterossexismo. Nessa linha, mostra-se inadequada, portanto, qualquer perspectiva que objetive criticar a “cura gay” com argumentos que busquem justificar a “normalidade” da homossexualidade, pois heterossexualidade e homossexualidade são expressões sociais, culturais, históricas e políticas dos modos de existir como indivíduo e de organizar a sociedade.

O espaço público democrático, em especial a esfera estatal, não admite desrespeito ou considerações pejorativas e negativas, por palavras e atos, em desfavor de cidadãos, com motivação discriminatória, tais como comparar condutas homossexuais a atos legalmente ilícitos (“não desrespeitamos homossexuais, mas sim condutas homossexuais, porque ilegítimas, porque são como roubar ou ofender alguém”). Isso sem falar no risco de alguns defenderem tais posições com objetivos econômicos, como

ter à disposição recursos públicos da saúde, a serem utilizados por instituições privadas, de modo contrário ao conhecimento científico e com propósito discriminatório.

3.3. Abordagens biomédica e de direitos humanos da identidade de gênero

Por fim, as demandas envolvendo identidade de gênero revelam outro dos desafios brasileiros contemporâneos em matéria de direitos sexuais. Elas podem ser agrupadas conforme o direito disputado⁴ (retificação de nome civil; retificação de sexo no registro civil mediante procedimento médico de mudança de sexo; retificação de nome e de sexo no registro civil sem a necessidade de procedimento médico⁵) e conforme a argumentação invocada para sustentar o pedido (argumentos biomédicos e argumentos de liberdade, autonomia, privacidade, respeito à dignidade e igualdade).⁶

Articulando esses dois grupos, podem-se examinar os direitos disputados com base na argumentação desenvolvida⁷. Em um grupo, constata-se demandas por retificação de nome e de sexo com a necessidade de aprovação e procedimentos médicos; no outro grupo, esses direitos não dependem da aprovação biomédica, muito menos da submissão do indivíduo a procedimentos terapêuticos, sejam esses

⁴Estas, conforme se constata pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela unificação jurisprudencial e pela última palavra quanto à interpretação da legislação civil, são as demandas mais recorrentes e relevantes nos tribunais brasileiros. (BRASIL, 2012).

⁵Há, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade objetivando interpretação conforme a Constituição da legislação civil, facultando a mudança de nome e de sexo sem a necessidade de procedimento cirúrgico. Ver Brasil (2009).

⁶Ver, para um desenvolvimento mais detalhado, Rios (2012).

⁷Ver Porto Alegre (2009): decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de incluir, no sistema público de saúde nacional, os procedimentos para mudança de sexo.

cirúrgicos ou não. Nesta análise, a abordagem do primeiro grupo recebe o nome de abordagem biomédica, ao passo que a abordagem do segundo grupo denomina-se abordagem de direitos humanos.⁸

A abordagem biomédica das questões jurídicas de identidade de gênero privilegia a perspectiva da doença e do distúrbio psíquico-orgânico (a transexualidade como disforia de gênero, popularizada na expressão “erro da natureza”). Nessa linha, ela desenvolve uma argumentação jurídica centrada no exercício do direito à saúde, entendido como acesso a uma prestação de saúde. Essa abordagem carrega consigo a patologização como estratégia de legitimação do direito pleiteado: sem o reconhecimento do defeito da natureza, não há aprovação social, moral e jurídica. A premissa de seu raciocínio é o binarismo de gênero e, mais ainda, a conformidade do sexo biológico ao gênero referendado pelo tratamento médico. Sua lógica é normalizadora, vale dizer, submissão aos padrões vigentes e reificados nas identidades masculina e feminina, experimentadas como manifestações das duas únicas possibilidades de corpo sexual: macho e fêmea, homem e mulher.

A abordagem de direitos humanos das demandas de identidade de gênero, a seu turno, vislumbra a existência concreta dos indivíduos com base em um amplo leque de possibilidades, isto é, na diversidade sexual. Desse modo, estrutura sua argumentação mediante a concretização dos direitos humanos e fundamentais de liberdade, privacidade, respeito à dignidade humana e igualdade, compreendidos como proibição de discriminação por motivo de sexo e de gênero.

Por essa via argumentativa, parte-se do reconhecimento e da aceitação da diversidade como um fato e como algo a ser valorizado e promovido, sem a necessidade de legitimar os diversos modos de estar no mundo e de vivenciar a sexualidade pela conformidade ao binarismo de gênero. Nesse contexto, é importante registrar a existência, no parlamento federal brasileiro, de projeto de lei sobre identidade de gênero, elaborado de acordo com essa perspectiva.⁹

Do ponto de vista dos direitos humanos, a dianteira de uma ou outra perspectiva não é irrelevante. Ao contrário, a força normativa da Constituição e o conseqüente dever de adotar a compreensão que maior eficácia empreste aos direitos fundamentais requer a prevalência da interpretação que harmonize, se necessário, o direito à saúde da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana. Não se trata de hierarquizar direitos fundamentais, privilegiando direitos de liberdade

⁸ Sobre o tema, noticiando o debate no direito estadunidense e fazendo a aproximação com o direito brasileiro, ver Suizama (2011, p. 166-207).

⁹ Trata-se do projeto de lei nº 5002/2013.

negativa sobre direitos prestacionais positivos. O que está em jogo é como dar concretude à noção da indivisibilidade e da interdependência entre os vários direitos humanos fundamentais, de modo a alcançar a maior eficácia jurídica de todos os direitos fundamentais.

O fenômeno da transexualidade é emblemático para se demonstrar essa dinâmica entre os vários direitos fundamentais. Isso porque a medicalização é a abordagem que predomina quando o assunto é transexualidade, do que decorre a ênfase no debate sobre o direito à intervenção cirúrgica, instrumento apto a reparar o “erro da natureza”. Como acima referido, a essa perspectiva biomédica subjaz o chamado “binarismo de gênero”, vale dizer, a concepção segundo a qual as identidades sexuais masculina e feminina correspondem a certos padrões pré-determinados, resultantes de uma série de elementos e características. Quem define essa combinação é, basicamente, a atuação combinada de duas ordens de saberes e de crenças: o poder que detêm os profissionais da saúde (vistos como guardiões do saber biomédico) de definir “cientificamente” quem é homem e quem é mulher e, a seu lado, a prevalência de determinadas percepções, socialmente dominantes, sobre o que é ser masculino e o que é ser feminino. Tanto é verdade que, para a apropriação médica da transexualidade como algo reservado à atuação e ao saber médicos, foi necessário separar os “verdadeiros” transexuais (mediante a enumeração de sintomas determinados) dos “falsos” transexuais.

Se tal binarismo for adotado no enfrentamento jurídico das questões relacionadas à identidade de gênero, estar-se-á reforçando a rigidez e a determinação por terceiros (os detentores do saber médico e as crenças majoritárias sobre o que é ser verdadeiramente feminino e masculino) acerca da identidade sexual e de gênero que cada indivíduo experimenta e

desenvolve em sua vida; o que se estará enfraquecendo, quando não comprometendo mortalmente, é o conteúdo jurídico dos direitos de liberdade, de igualdade, de não discriminação e do respeito à dignidade humana.

Nesse contexto, em que a autonomia e a igualdade, que são os valores básicos do constitucionalismo democrático, serão eclipsadas pelo poder alheio da medicalização e de opiniões socialmente dominantes, só restará uma alternativa aos seres humanos: deixar-se enquadrar no processo classificatório imposto por essas forças, segundo as quais o ser homem e o ser mulher, o ser masculino e o ser feminino dependerão sempre do atestado alheio, que exige e impõe o enquadramento de acordo com um processo classificatório heterônomo, baseado na avaliação de um conjunto de características que abrange fatores genético, gonadal, endócrino, genital e psíquico.

Se acaso for adotada uma perspectiva que assuma acrítica ou ingenuamente esse binarismo de gênero, estar-se-á a perpetrar uma série de restrições a diversos direitos fundamentais. Isso porque uma solução que se fundamente exclusivamente numa concepção biomédica e limitada conduz não só à limitação da esfera de autodeterminação de indivíduos “heterossexuais normais” (homens heterossexuais dotados de modos mais delicados e temperamento mais sensível, por exemplo, são excluídos em testes psicotécnicos para cargos públicos policiais por não atenderem à “escala de heterossexualidade”) e de transexuais (que podem pleitear judicialmente, já tendo obtido sucesso, alteração de nome e registro civil sem submeter-se à cirurgia de transgenitalização), como também produz e legitima graves violações de direitos fundamentais de mulheres, travestis e homossexuais.

Para os direitos das mulheres, uma solução orientada por tal binarismo rígido reforça dinâmicas históricas de subordinação feminina,

reproduzindo situações e ideologias que reservam às mulheres o domínio do lar e um papel secundário na vida pública, social e econômica. Com relação à homossexualidade, uma perspectiva que reforce o binarismo de gênero é devastadora. No horizonte dessa dinâmica binária, a atração ou a conduta sexuais de alguém em direção a indivíduo do mesmo sexo são consideradas anormais e intoleráveis. Tanto que a proposta daqueles a quem mais incomoda e os quais menos toleram a diversidade sexual (que é o oposto do binarismo) é, pura e simplesmente, a eliminação da homossexualidade mediante a sua cura, por meio de tratamentos médicos ou de rituais e práticas religiosas comunitárias, quando não a criminalização. Para os direitos das travestis, o reforço do binarismo de gênero é ainda mais violento. As travestis, encarnando quiçá a experiência mais radical da autonomia individual diante das convenções sociais sobre o que é padronizado como “natural” quanto ao sexo e sobre o que é tolerável pelos padrões tradicionais e dominantes de convívio entre homens e mulheres, ousam inventar um novo modo de ser em termos de gênero, transitando verdadeiramente nas “fronteiras do gênero”.

3.4. Laicidade e direitos sexuais

Sem perder de vista a diversidade de questões e a originalidade de cada um desses desafios (criminalização da homofobia, propostas de tratamentos terapêuticos e necessidade de uma abordagem de direitos humanos da identidade de gênero), há um pano de fundo no cenário brasileiro atual que perpassa todos esses debates e reivindicações. Cuidar-se da consolidação da laicidade estatal como princípio organizador das políticas públicas, legislação e jurisprudência, diretriz que se encontra ameaçada por projetos de poder levados a cabo por forças políticas presentes na sociedade brasileira, representantes de um pensamento cristão de matriz fundamentalista e com explícita militância política¹⁰.

Com efeito, a relação entre o conteúdo jurídico desse princípio e a proteção dos direitos humanos e fundamentais relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero pode ser afirmada pelos elementos destacados pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência vem salientando a laicidade (a) como princípio organizador da vida política nacional, (b) como proteção relacionada ao direito fundamental de liberdade religiosa e (c) como conteúdo jurídico protetivo da autonomia privada.

Em primeiro lugar, a laicidade foi afirmada como princípio constitucional organizador da vida política nacional (saliento as manifestações do

¹⁰ Ver Vital da Cunha (2012).

Ministro Celso de Mello, em especial na ADPF nº 132¹¹ e na ADI nº 3510¹²). Qualificando o Estado brasileiro como laico, secular e democrático, o Supremo Tribunal Federal vislumbra na laicidade um postulado essencial da organização institucional do Estado, decorrente de uma decisão política fundamental, que demarca domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (secular).

Para tanto, identificam-se, ao menos, duas direções. A primeira direção atenta para a conduta estatal perante as instituições religiosas e as respectivas crenças. Trata-se da vedação de interferência estatal no espaço privado em que se insere e se organiza a fé religiosa, em defesa da liberdade religiosa de indivíduos e de grupos, assim como das instituições religiosas que se formam nesse contexto. A outra direção cuida de eventual movimento das instituições religiosas em face do Estado. A laicidade requer que o Estado, diante de tal espécie de pretensão, não se deixe contaminar, nas suas ações ou omissões, por princípios teológicos ou razões de ordem confessional, ainda que provenientes de setores majoritários na sociedade. Aqui, portanto, se insere a resistência que é exigida pelo Estado diante de iniciativas fundamentalistas que objetivem se apropriar das estruturas estatais. Dessa primeira dimensão, em que a atenção se volta para a laicidade como princípio organizador da vida política, deflui a interdição de que concepções morais de cunho religioso guiem a conduta estatal quando estão em causa direitos fundamentais.

Em segundo lugar, e em estreita relação com a dimensão organizativa, a laicidade se apresenta como princípio que objetiva proteger a liberdade religiosa em particular na sociedade democrática e plural, dimensão também subli-

nhada pelo Ministro Celso de Mello, nos precedentes referidos. Tanto assim que se incluem, no conteúdo material da laicidade, as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa, em respeito ao pluralismo. O mandamento de neutralidade axiológica, presente na laicidade, é compreendido como uma exigência que tem por finalidade preservar a integridade da liberdade religiosa dos cidadãos.

Se a relação entre laicidade e liberdade religiosa (que é uma liberdade fundamental específica) é direta e explícita, vale destacar, num terceiro momento, a relação entre a laicidade e o direito fundamental geral de liberdade, de modo ainda mais amplo. A laicidade do Estado, conjugada com a autonomia privada, conduz à proteção da liberdade individual de agir, por exemplo, em matéria reprodutiva, de acordo com seus valores e convicções (voto do Ministro Joaquim Barbosa, na ADIN nº 3.510).

Mediante a enumeração de alguns aspectos da laicidade, sublinhados pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes que discutem direitos sexuais (reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo) e reprodutivos (destino de células fecundadas na utilização de técnicas de fertilização artificial e interrupção de gestação de fetos em caso de anencefalia), pode-se adentrar na relação entre a laicidade e os direitos sexuais e reprodutivos em geral, com os olhos voltados para os deveres fundamentais de proteção.

Com efeito, tanto direitos constitucionais que garantem posições jurídicas fundamentais a seus titulares (como ocorre nos direitos de liberdade sexual e reprodutiva, assim como na liberdade religiosa, por exemplo), quanto princípios fundamentais organizadores da vida política (como é o caso da laicidade, no primeiro aspecto destacado nos julgamentos referidos) exigem ações e omissões estatais, ambas em favor da proteção, promoção e concretização dos

¹¹ Ver BRASIL (2011).

¹² Ver BRASIL (2010).

seus respectivos objetos de proteção. Omissões, a fim de que o ente estatal não invada espaço de liberdade garantido aos indivíduos; ações, como imperativos de tutela dos bens da vida (liberdade sexual e reprodutiva) considerados fundamentais pela ordem constitucional.

Como visto na primeira parte, a laicidade se apresenta, objetivamente, como princípio constitucional fundamental, como “princípio da separação das confissões religiosas do Estado” (superação dos modelos de união político-religiosa) e como “princípio da não confessionalidade” (apartamento estatal das matérias e sujeitos religiosos e atuação submetida à não confessionalidade)¹³. Ao mesmo tempo, ela se conecta, de modo íntimo, a direitos subjetivos constitucionalmente previstos, em especial à liberdade geral, à liberdade sexual e reprodutiva, à liberdade religiosa e ao direito de igualdade, este como mandamento que proíbe a discriminação por motivos religiosos.

Sendo assim, pode-se estabelecer uma relação de mão dupla entre a laicidade e os direitos fundamentais. Vale dizer: considerar tanto o que a laicidade acarreta para a compreensão e o exercício de direitos fundamentais, quanto aquilo que a previsão de direitos fundamentais (em especial, sexuais e reprodutivos) aponta para a compreensão da laicidade e dos deveres de proteção a ela associados.

De um lado, a laicidade é princípio organizativo que se radica e pode ser visto como uma emanção do direito fundamental de liberdade religiosa, a essa liberdade servindo e concretizando. Desse modo, ao concretizar os direitos fundamentais, a laicidade exige que o Estado não adote nenhuma perspectiva religiosa, que não se utilize de diretrizes religiosas ao agir, que não discrimine indivíduos e grupos em virtude da presença ou da ausência de crenças religiosas.

De outro lado, os variados direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, a que estão associados deveres constitucionais de proteção por parte do Estado, obrigam-no não somente a abster-se de agir informado por diretrizes religiosas, como também a tomar medidas positivas e concretas quando pretensões religiosas tentarem, valendo-se ou não do aparato estatal, criar obstáculos para o exercício dos direitos fundamentais. De outro modo, omitindo-se de modo inconstitucional, o Estado compactua com violações a direitos fundamentais, precisamente por não se comprometer com a laicidade que não é somente princípio organizativo e manifestação da dimensão objetiva da liberdade religiosa, mas também se relaciona com a proteção da liberdade, de modo amplo, e com outros direitos fundamentais. Esse descompromisso, do ponto de vista jurídico, pode ser traduzido como omissão (relativa ao dever constitucional de proteção) contrária ao princípio constitucional fundamental que é a laicidade, compreendido de modo global.

A laicidade se apresenta como liberdade, tanto de modo negativo (ausência de interferência indevida), como positivo (condições possibilitadoras do exercício dos direitos). No primeiro sentido, de modo negativo, impedindo que o Estado (em toda sua gama de atividades legislativa, executiva e judiciária) se valha de diretrizes religiosas ao concretizar esses direitos; no segundo sentido, de modo positivo, obrigando o Estado a atuar, a fim de proteger os direitos sexuais de indivíduos e de grupos, sempre que interferências religiosas intentem tomar ou restringir as condições para o reconhecimento e o exercício, nos espaços públicos, de tais direitos.

Tome-se a hipótese dos direitos sexuais. O Estado, organizado sob a égide da laicidade, tem de desenvolver uma legislação, jurisprudência, administração e políticas públicas que, no âmbito da saúde, não somente evitem a

¹³ Ver Weingartner Neto (2010, p. 170).

adoção de diretrizes religiosas, mas também que não se omitam caso pretensões ou iniciativas religiosas disseminem a subordinação feminina ou a homofobia.

Nessa linha, pode-se refletir, por exemplo, com base na decisão prolatada na ADPF nº 132. A conclusão de que o Estado brasileiro, ao não disciplinar legalmente a união estável homossexual, omite-se, de modo inconstitucional, quanto aos seus deveres constitucionais de proteção dos direitos fundamentais de liberdade sexual e de não discriminação por motivo de orientação sexual, demonstra que o direito fundamental de não discriminação por motivo de orientação sexual informa a laicidade. Como constitucionalmente prevista, a laicidade se concretiza como um dever de agir para que razões religiosas não triunfem no espaço público e, desse modo, não imponham restrições inconstitucionais ao exercício da liberdade sexual e da não discriminação por motivo de orientação sexual.

Conclusão

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo, em matéria de direitos humanos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero, caracteriza-se pelo avanço de determinadas demandas, resistência a medidas de proteção e, ao mesmo tempo, riscos concretos de retrocesso.

De fato, é inegável a importância e o peso, no mundo jurídico, da decisão do Supremo Tribunal Federal referente à união estável de pessoas do mesmo sexo. Ao afirmar o *status* de direito fundamental da liberdade sexual e da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual e, ao reconhecer a diversidade sexual como um dado relevante e protegido pelo direito constitucional, a atuação do tribunal acabou por consolidar uma trajetória jurisprudencial de reconhecimento de direitos, em especial quanto à orientação sexual. Oxalá posicionamento jurisprudencial igualmente fortalecedor dos direitos humanos e fundamentais se verifique quando o tribunal vier a apreciar a ação de inconstitucionalidade que diz respeito à identidade de gênero, cuja fundamentação reflete uma abordagem de direitos humanos.

Por outro lado, há resistência cada vez maior às propostas legislativas que instituem respostas criminais para o enfrentamento da homofobia, articulada em especial por setores que investem na contaminação do debate público democrático pela invocação de razões religiosas, em nítida afronta à laicidade estatal.

Nesse contexto, a luta contra a homofobia e o heterossexismo, que engendram a discriminação por orientação sexual sofrida por *gays*, lésbicas, travestis e transexuais, é arena decisiva. Ela permite, ao mesmo tempo em que os direitos sexuais são desenvolvidos, superar graves in-

justiças e construir padrões mais democráticos e pluralistas de convívio social, de modo que o necessário respeito à diversidade se torne valor básico para todos.

Sobre o autor

Roger Raupp Rios é juiz federal, mestre e doutor em Direito (UFRGS) e professor do curso de mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário UniRitter – Porto Alegre.
E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

SEXUAL RIGHTS IN BRAZIL: TRENDS AND TENSIONS

ABSTRACT: This paper analyses the legal treatment on homosexuality in Brazilian law, highlighting the main trends and tensions in such field, specially considering the Brazilian Supreme Court decision on same sex partnership and Family Law. It emphasizes the most important challenges related to sexual orientation and gender identity, such as the criminalization of homophobia, the initiatives considering medical therapy on homosexuality, the biomedical approach on gender identity, and the crucial importance of secularity.

KEYWORDS: SEXUAL RIGHTS. BRAZILIAN LAW. HOMOSEXUALITY. SEXUAL ORIENTATION. GENDER IDENTITY. HOMOPHOBIA. SECULARITY.

Referências

ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros. *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Brasília: ANIS, 2007. Disponível em: <http://www.anis.org.br/biblioteca/2014-12/Livro_Legislacao_e_Jurisprudencia_LGBTTTpdf.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BOSI, Alfredo. *A dialética da colonização*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*, 8 jan. 1831.

_____. Decreto n. 949, de 5 de novembro de 1890. Estabelece um Código Penal para a Armada. *Coleção de Leis do Brasil*, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-949-5-novembro-1890-553428-publicacaooriginal-71316-pe.html>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

¹⁴ Sem revisão do editor.

_____. Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19612.htm>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de emenda constitucional n. 67 de 1999*. Brasília, 30 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14330>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual. Brasília: Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2004. 31 p. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 7 ago 2015.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 6 ago. 2015.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275. *Supremo Tribunal Federal*, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 29 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de direito fundamental n. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 5 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011.

_____. *O STJ e as possibilidades de mudança no registro civil*. [Brasília: Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ], 23 set. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/O-STJ-e-as-possibilidades-de-mudan%C3%A7a-no-registro-civil#>. Acesso em: 1º set. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 5.002 de 2013*. Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Lei n. 11.697, de 13 de junho de 2008. [Lei orgânica do Distrito Federal]. *Diário Oficial da União*, 16 jun. 2008.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os homossexuais diante da Justiça: relato de uma Ação Civil Pública. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando; RIOS, Roger Raupp. *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MATO GROSSO (Estado). *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Cuiabá, 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70444/CE_MatoGrosso.pdf?sequence=11>. Acesso em: 7 ago. 2015

MINAS GERAIS (Estado). Lei n. 9.791 de 12 de maio de 2000. Dispõe sobre a ação do Município no combate às práticas discriminatórias, em seu território, por orientação sexual. *Tribuna de Minas*, 13 maio 2000. Disponível em: <http://www.jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023610>. Acesso em: 11 ago. 2015.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil*: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

PORTO ALEGRE (Cidade). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível n. 2001.71.00.026279-9. Relator: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. DJ, 15 jul. 2009. *Diário eletrônico*, 3 ago. 2009. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador>>.

php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200171000262799&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=5e910e7bda1a4eb31c0157cc87ae28fe&txtPalavraGerada=WDVe&txtChave=>. Acesso em: 7 ago. 2015.

PORTUGAL. *Ordenações do senhor rey Dom Affonso V.* [Ordenações afonsinas, 1446]. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

_____. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei n. 11.872, de 19 de dezembro de 2002 que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, 20 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.872.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

RIOS, Roger Raupp. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?: por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: UZIEL, A. P., Grossi M., MELLO, L. (Org.). *Conjugualidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 109-30.

_____. Sexual Rights of Gays, Lesbians, and Transgenders Persons in Latin America: A Judge's View. In: CORRALES, Javier; Pecheny, Mario (Org.). *The politics of Sexuality in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 251-258.

_____. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, R. R., GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C., (Org.). *Homossexualidade e direitos sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-114.

_____. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana. (Org.). *O triunfo do corpo*: polêmicas contemporâneas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 85-118.

_____. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilística*, ano 2, n. 2, 2013a. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva-o-direito-de-familia-come-instrumento-de-adaptacao-e-conservadorismo-ou-a-possibilidade-de-sua-transformacao-e-inovacao/>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. Apuntes para un derecho democratico de la sexualidad. In: BORILLO, D.; CASTILLO, V. *Derecho y política de las sexualidades*: una perspectiva latino-mediterránea. Barcelona: Huygens Editorial, 2013b. p.73-94. Disponível em: <<http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/M4%20R.%20Rios%20Derechodelasexualida.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIOS, Roger Raupp; SHAFER, Gilberto; BORBA, Felipe. Direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 26, n. 127, p. 311-330, 2012. .

RIOS, Roger Raupp; SANTOS, Wederson. Diversidade sexual, educação e sociedade: reflexões a partir do Programa Nacional do Livro Didático. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. *Homofobia e educação*: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Lei estadual n. 10.948, de 5 de novembro de 2001 que dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

SERGIPE (Estado). *Constituição do Estado de Sergipe*. Aracaju, 1989. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/constituicao_estadual.asp>. Acesso em: 28 de agosto de 2013.

SUIAMA, Sérgio. Em busca de um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros. In: RIOS, R. R., GOLIN, C.; LEIVAS, P. G. C. (Org.) *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 166-207.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Adriana. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 51-62.

VITAL DA CUNHA, Christina. *Religião e política: uma análise de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *A liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

